CAHIERS DE DEFENSE SOCIALE

Joachim Vogel in memoriam

2013

Table de Matières
Table of Contents

Letter from the President / Lettre du Président
Carta del Presidente
Luis Arroyo Zapatero 8

Joachim Vogel in memoriam
Klaus Tiedemann 11

Derecho penal y Constitución en la era del global law
Adán Nieto Martín 17

Les défis du droit pénal de l'Union à l'heure de la charte et du parqueteuropéen
Stefano Manacorda 38

Corporate Criminal Law in the United States: The Emergence of a Progressive Account
William S. Laufer 49

Corporate criminal liability: Prevention and Compliance from the Viewpoint of Japanese Law
Danako Takayama 55

Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas
Jean Pierre Matus Acuña 60

Improving the recovery of assets resulting from organized crime
Patricia Faraldo 69

Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European arrest warrant
Anabela Miranda Rodrigues 82

Cesare Beccaria Medal Awarding Ceremony for Klaus Tiedemann, Milan, 3rd May 2013 // Remise de la Médaille Cesare Beccaria à Klaus Tiedemann, Milan, 3 Mai 2013 // Acto de entrega de la Medalla Cesare Beccaria a Klaus Tiedemann, Milán, 3 de mayo de 2013 91

Tiedemann en Milán y con Beccaria
Luis Arroyo Zapatero 92

Hommage à Klaus Tidemann / Homenaje a Klaus Tiedemann
Carlo Enrico Paliero 95

Jornada de Estudio en honor de Klaus Tiedemann con ocasión de la imposición de la «Medalla Beccaria» por parte de la Société Internationale de Défense Sociale (Sociedad Internacional de Defensa Social), 3 de mayo de 2013, Milán
Andrea Giudici y Carlo Parodi 103

XVI International Congress: International Penal Policy in the era of the United Nations Millennium Declaration, 21-23 November 2012, Mexico D.F. // XVI Congrès international de la Société internationale de Défense Sociale: La politique internationale pénale à l'ère de la Déclaration du Millénaire des Nations Unies, 21-23 Novembre 2012, Mexique D.F. // XVI Congreso Internacional: Política criminal internacional en la era de la Declaración del Milenio de NN.UU., 21-23 de Noviembre de 2012, Méjico D.F. 109

General Report on the International Congress "International Criminal Policy in the age of the United Nations Millennium Declaration", 21-23 November, 2012 / Relación General del Congreso Internacional "Política Criminal Internacional en la era de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas", 21-23 de noviembre de 2012
Francesco Viganó 110

Preparatory conference for the 5th World Congress against the Death penalty, Madrid, 11th June 2013 // Conférence préparatoire au 5ème Congrès mondial contre la peine de mort, Madrid, 11 june 2013 // Jornadas dedicadas al V Congreso mundial contra la pena de muerte, Madrid, 11 de junio de 2013 161

For a humanist criminal policy: against the death penalty / Pour une politique criminelle humaniste: contre la peine de mort / Por una política criminal humanista: contra la pena de muerte
Luis Arroyo Zapatero 162

Concerning the death penalty abolition: a long road
Sergio García Ramírez 164

Francisco de Goya: against the cruelty of the penal system and the death penalty
Luis Arroyo Zapatero 170

Inkeri Anttila (1916–2013) in memoriam
Raimo Lahti 182

Membres / Members /Miembros de la Sids-Issd 185

Letter from the President

Luis Arroyo Zapatero

Following our congress in Mexico City, on November 2012, the *Société* has continued its work, preparing this edition of the Cahiers and engaging in intense activity, generally on matters of the universal abolition of the death penalty, which we organize along the lines of political-criminal action against cruel and inhuman punishment, and against punitivism.

A very recent event that has affected us directly is the demise under tragic circumstances of our young colleague, Joachim Vogel. The personal admiration and sympathy that all of us felt for him, our acute awareness that we have today lost a great scientist, but our certainty also that he would have gone to achieve the highest levels of excellence of his entire generation has led to the suggestion that we dedicate this edition of the Cahiers to his memory, to which his master, Klaus Tiedman, who gave his *laudatio* in Tubingen, has especially contributed, as have colleagues who have sent us their speeches from the Congress in Mexico, while the book is under preparation.

We are never prepared to see children pass away before the parents, we are only at ease when with nostalgia we reminisce over companions that passed away, leaving us at a perfect age, as they have lived a complete personal, professional and academic life, which has been the case this year of our honorary vice-president and ex-Minister of Justice of Finland, Iker Antila, the master of Raimo Lahti, who contributes here his *in memoriam.*

The edition also reports on the Klaus Tiedemann Becarria Medal Award ceremony that took place on 3rd May in Milan, in the framework of a symposium on economic criminal Law in the age of compliance, organized by Luigi Foffani at the Universidad de Módena, and by Francesco Viganó and Emilio Dolcini at the Universidad de Milano, and by the Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, with the Laudatio of Carlo Enrico Paliero and a review of speeches and discussions.

Next year, as Mario Pisani has reminded us, 250 years will have elapsed since the publication of the Treatise on crimes and punishments of the Marqués de Beccaria. It is a good opportunity to review both the past and the present with far too many novelties that would concern the young prince from Milan. We are all committed to commemorate the event.

I can only continue to praise the Director, Stefano Manacorda, and the assistant copywriter, Marta Muñoz de Morales, for the tasks they accepted in the preparation of this edition. ◧

La lettre du Président

Luis Arroyo Zapatero

Depuis notre Congrès organisé à Mexico en novembre 2012, la Société a poursuivi ses travaux, préparé ce numéro des Cahiers et mené une intense activité en vue de l'abolition universelle de la peine de mort, s'insérant au sein d'une action de politique criminelle contre les peines cruelles et inhumaines et dirigée contre le "punitivisme".

Récemment, un événement nous a frappé de plein fouet, la disparition dans un tragique accident de notre jeune collègue Joachim Vogel. L'admiration et la sympathie que nous lui portions tous, la pleine conscience d'avoir perdu l'un des grands chercheurs contemporains et certainement aussi celui qui avait déjà atteint le plus haut niveau d'excellence de sa génération nous ont conduit à dédier à sa mémoire ce volume des Cahiers, auquel ont notamment contribué son maître Klaus Tiedemann, qui a prononcé sa *laudatio* à Tübingen ainsi que les collègues qui nous ont remis leurs interventions au Congrès de Mexico tandis que se prépare l'ouvrage complet des actes.

Nous ne sommes jamais préparés à voir partir les enfants avant leurs parents, il n'est guère que les amis qui nous abandonnent à un âge honorable, après avoir mené une vie personnelle, professionnelle et académique complète, que nous pouvons voir disparaître, avec nostalgie mais dans la tranquillité, comme ce fut le cas cette année de notre vice-président d'honneur et ancien Ministre de la Justice de Finlande Iker Antila, maître de Raimo Lahti qui rédige ici son hommage *in memoriam*.

Ce volume rend compte également de la cérémonie de remise de la Médaille Beccaria de la Société à Klaus Tiedemann qui a eu lieu le 3 mai 2013 à Milan dans le cadre d'un Symposium sur le *Droit pénal économique à l'ère de la compliance*, organisé pour l'Université de Modène, par Luigi Foffani, et l'Université de Milan, par Francesco Viganó et Emilio Dolcini ainsi que par le Centre national de prévention et de défense sociale, avec la *laudatio* de Carlo Enrico Paliero et le compte rendu des interventions et des discussions.

L'année prochaine, comme nous l'a rappelé Mario Pisani, auront lieu les 250 ans de la publication du *Traité des Délits et des peines* du Marquis de Beccaria. C'est une belle occasion qui nous est offerte de passer en revue le passé et le présent, chargé de nombreuses nouveautés qui inquièteraient le jeune prince de Milan. Nous nous engageons à célébrer le souvenir de cet événement.

Je ne peux enfin manquer de remercier le travail du Directeur, Stefano Manacorda et de la rédactrice adjointe, Marta Muñoz de Morales, dans la composition de ce numéro. ◧

Carta del Presidente

Luis Arroyo Zapatero

Tras nuestro congreso en la Ciudad de México en noviembre de 2012 la *Société* ha continuado sus trabajos, preparando este número de los Cahiers y realizando una intensa actividad, generalmente en materia de abolición universal de la pena de muerte, que orientamos como acción político criminal contra las penas crueles e inhumanas y contra el punitivismo.

Un hecho nos ha golpeado directamente en este tiempo, la desaparición en trágico accidente de nuestro joven colega Joachin Vogel. La admiración y simpatía personal que guardábamos por él todos nosotros, la conciencia plena de que hemos perdido un gran científico del presente, pero seguro también de que habría alcanzado después la máxima excelencia de toda su generación nos ha sugerido dedicar este volumen de los Cahiers a su memoria, a lo cual han contribuido especialmente su maestro Klaus Tiedemann, que pronunció su laudatio en Tubingen y los colegas que nos han enviado sus ponencias del Congreso de México, mientras se prepara el libro completo.

No estamos preparados nunca para ver partir a los hijos antes de los padres, sólo estamos tranquilos cuando vemos desaparecer con nostalgia a los compañeros que nos abandonan a la edad perfecta como para haber realizado una vida personal, profesional y académica completa, como ha sido el caso este año de nuestra vicepresidente de honor y antigua Ministra de Justicia de Finlandia Iker Anttila, maestra de Raimo Lahti, quien redacta aquí *su in memorian.*

El volumen recoge también noticia de la ceremonia de entrega de la Medalla Beccaria de la Société a Klaus Tiedemann que tuvo lugar el 3 de mayo en Milán en el marco de un Simposio sobre El Derecho penal económico en la era de la *compliance*, organizado por las Universidades de Módena, Luigi Foffani, y de Milán, Francesco Viganó y Emilio Dolcini y por el Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, con la Laudatio de Carlo Enrico Paliero y una relación de las ponencias y discusiones.

El próximo año, como nos ha recordado Mario Pisani, se cumplen los 250 años de la publicación del Tratado de los delitos y las penas del Marqués de Beccaria. Es una buena oportunidad para revisar el pasado y un presente con demasiadas novedades que inquietarían al joven príncipe de Milán. Todos estamos comprometidos para rememorar el hecho.

No quiero dejar de agradecer los trabajos que han tomado el Director, Stefano Manacorda, y la Redactora adjunta, Marta Muñoz de Morales en la composición de este número. ◧

Joachim Vogel in memoriam

Klaus Tiedemann

La mort a frappé trop tôt le Professeur Joachim Vogel, à Venise, le 17 août dernier. Il y avait seulement quelques semaines de cela, nombre de ses amis fêtaient à Tübingen, dans une ambiance cordiale, son cinquantième anniversaire, enchantés par le bonheur de sa jeune famille. Le dernier jour des vacances, sur le Grand Canal de Venise, un Vaporetto à la conduite fatale l'a arraché à une vie active et comblée de succès, ainsi qu'à sa famille, spectatrice de l'événement dans le plus amère des malheurs.

Il est né à Giessens le 2 juin 1963, doté d'un talent incomparable pour le droit, d'une intelligence brillante et d'une soif de savoir qui ignorait toutes les frontières. Après ses études à Fribourg, où il fut stagiaire puis assistant, il fut considéré comme l'un des jeunes chercheurs les plus méritants, capable dans le même temps d'écrire des articles de fond sur notre discipline, de publier un délicieux opuscule de méthodologie juridique et un essai critique sur un écrivain contemporain. Très vite, il s'est concentré sur l'étude de questions centrales du droit pénal économique telle que la responsabilité du fait des produits, la fraude à la loi et le blanchiment de capitaux. Parallèlement à un parcours académique réussi avec les meilleures appréciations ainsi qu'à son *practicum*, il préparait une thèse de doctorat sur les infractions d'omission et un important rapport d'habilitation, qui, au jour d'aujourd'hui, demeure l'unique recherche systématique des nouvelles infractions d'escroquerie. Certaines parties, telles celles sur l'histoire ou sur le concept de tromperie, furent publiées séparément par la suite.

Son habilitation à Fribourg, en 1999, fut immédiatement suivie par sa nomination comme professeur C3 à Munich. Un semestre plus tard seulement, il occupait la Chaire de Droit pénal et de procédure pénale à Tübingen, déclinant par la suite l'offre honorable de l'Université de Cologne. De son passage à Tübingen résulte un bon nombre de publications, qui lui permettront de demeurer toujours présent dans la conscience et la mémoire de tous les pénalistes : un travail courageux sur l'influence du national-socialisme sur le droit pénal actuel, issu de son intervention aux journées des professeurs de droit pénal ; le texte de sa conférence devant le Conseil de la Société des études juridiques de Karlsruhe sur les nouvelles perspectives de la procédure pénale internationale qui a constitué le point le plus important de son programme annuel ; ses commentaires innovants dans la douzième édition du *Leipziger Kommentar* – sur le dol, l'imprudence, l'erreur (avec l'analyse de son incidence selon les secteurs d'activité et les groupes professionnels) et les infractions patrimoniales, avec une attention particulière pour leur dimension institutionnelle – représentent sans doute certaines des contributions les plus brillantes de cette édition ; enfin, et tout à fait crucial, son exposé exhaustif et influent du nouveau droit pénal du marché de capitaux, entrepris en mettant singulièrement l'accent sur le droit comparé.

Sa capacité de travail stupéfiante et son bon sens furent rapidement connus en Allemagne, le portant vers de nombreux postes à responsabilité ainsi que vers diverses charges et offices publics : premier Juge au tribunal supérieur de Stuttgart et ensuite dans celui de Munich, rédacteur de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* ; Secrétaire et finalement président du groupe allemand de l'AIDP. C'est précisément pour cette Association, qu'en juin 2013, depuis son *Lehrsthul*, au sein de la Faculté de Munich, qu'il avait rejoint quelques mois auparavant, il organisait un congrès impressionnant sur l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales. Un thème de politique criminelle de la plus haute actualité sur lequel il avait dispensé récemment des conférences à Francfort et à Milan. Il a toujours été aux avant-postes du droit pénal en lien étroit avec la pratique.

L'investissement notoire de Joachim Vogel s'est manifesté également dans ses enseignements. La vivacité avec laquelle il transmettait les connaissances stupéfiait toujours les étudiants. Ils furent nombreux ceux qui, à la suite de sa mort tragique, sont venus exprimer leur consternation. Forcera aussi toujours l'admiration sa capacité, en dépit d'une telle quantité de travaux, à ne pas négliger son rôle de père attentif et plein de tendresse. Son sens de la justice, il l'a également mis au service de la réforme de la rétention de sureté ainsi qu'au service des condamnés placés dans les hôpitaux psychiatriques de Bavière. Innombrables également furent les conseils juridiques qu'il a prodigués à ses amis, relations ou entreprises.

Son ambition la plus importante dans le champ du droit pénal, outre la présentation académique du droit pénal européen, fut l'internationalisation de la dogmatique allemande, par le renforcement de sa capacité à concurrencer la culture juridique anglo-saxonne. Ses multiples contacts internationaux lui permirent d'observer comment son influence allait déclinant à l'étranger alors que se développait clairement l'immigration de boursiers étrangers vers les États-Unis. Il avait une idée exacte de l'urgence et de la nécessité de réaliser un travail de droit comparé. Dans un article publié en tant que rédacteur de la *Juristen Zeitung* en 2012, il avait exposé sa pensée à cet égard.

Il avait devant lui un avenir resplendissant, plein d'activités qu'il avait à peine ébauchées. Sa mort précoce a laissé un vide, non seulement au sein de sa famille, dont nous partageons la peine, mais également au sein de l'ensemble de la science pénale allemande, et un vide tel qu'à l'heure actuelle je ne vois personne à même de le remplir à nouveau. De même, le monde du droit pénal européen souffre une grande perte, comme l'ont exprimé, entre

autres, avec émotion les Présidents de l'Association Internationale de Droit Pénal et de la Société de Défense Sociale, dont il était membre des conseils. Des Universités espagnoles, italiennes et américaines ont déjà annoncé qu'elles organiseraient des hommages en son honneur. Les professeurs de droit pénal allemands n'ont pas tardé à se joindre à elles. Le dernier des honneurs qu'il ait reçus, dont la joie il est en train encore de apprécier, fut son élection en tant que membre ordinaire de l'Académie des Sciences et des Lettres de Mainz, fin juin 2013.

En présence de nombreux amis, venus de loin, collègues et disciples nous lui avons dit au revoir au cimetière de Tübingen. Douze gondoliers vêtus des costumes traditionnels l'ont conduit vers sa dernière demeure. ◧

Joachim Vogel in memoriam

Klaus Tiedemann

Una muerte demasiado temprana alcanzó al Profesor Joachim Vogel en Venecia, el pasado 17 de agosto. Hacía solo unas pocas semanas, cuando muchos de sus amigos celebrábamos en Tübingen, en una ambiente entrañable, su 50 cumpleaños, admirándonos la dicha de su todavía joven familia. Era el último día de las vacaciones, cuando en el Gran Canal de Venecia un Vaporetto fatalmente conducido le arrancó de cuajo una vida activa y colmada de logros, sumiendo a su familia, que contemplaba los hechos, en la más amarga de las desdichas.

Había nacido en Giessen el 2 de Junio de 1963, dotado de un talento inusual para el derecho, de una inteligencia brillante y de una sed de saber que desconocía cualquier frontera. Tras sus estudios en Friburgo, donde se desempeñó ya como alumno en prácticas y después como asistente, fue considerado como uno de los jóvenes investigadores más valiosos, capaz al mismo tiempo de escribir profundos artículos sobre nuestra disciplina, de publicar un delicioso opúsculo de Metodología jurídica y un ensayo crítico sobre un escritor contemporáneo. Muy pronto se centró en el estudio de cuestiones centrales del derecho penal económico como la responsabilidad por el producto, el fraude de ley o el blanqueo de capitales. Al mismo tiempo que superaba con las máximas calificaciones sus exámenes académicos y su *practicum*, preparaba una extensa tesis doctoral sobre los delitos de omisión y un importante escrito de habilitación, que al día de hoy sigue siendo la única investigación sobre la sistemática de los nuevos delitos de estafa. Algu-

nas de sus partes, como las relativas a la historia o al concepto de engaño, fueron publicadas por separado posteriormente.

A su habilitación en Friburgo, en 1999, le siguió de inmediato la "llamada" como profesor C3 en Munich. Sólo un semestre después ocupaba la cátedra de Derecho penal y derecho procesal penal en Tübingen, rechazando posteriormente una honrosa oferta de la Universidad de Colonia. De su tiempo en Tübingen proceden un buen número de publicaciones, que le permitirán estar siempre presente en la conciencia y en la memoria de todos los penalistas: un valiente trabajo sobre la influencia del nacionalsocialismo en el derecho penal actual, procedente de su intervención en las jornadas de profesores de derecho penal; el texto de su conferencia ante el consejo de la Sociedad de Estudios Jurídicos de Karlsruhe sobre las nuevas perspectivas del derecho procesal internacional que constituyó el punto más importante de su programa anual; sus innovadores comentarios en la duodécima edición del Leipziger Kommentar sobre el dolo, la imprudencia, el error (analizando su incidencia en distintos sectores de actividad y grupos profesionales) y los delitos patrimoniales, subrayando sus componentes institucionales, se trata sin duda de una de las contribuciones más brillantes a esta edición; finalmente, y como punto álgido, publicó su exhaustiva e influyente exposición del nuevo derecho penal del mercado de capitales, acometida con un marcado acento en el derecho comparado.

Su asombrosa capacidad de trabajo y su buen criterio fueron pronto conocidos en Alemania, conduciéndole a numerosos puestos de responsabilidad y a variados quehaceres y oficios públicos: Juez primero en el Tribunal Superior de Stuttgart y posteriormente en el de Munich; redactor de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*; Secretario y finalmente presidente del grupo alemán de la AIDP. Precisamente para esta asociación, en junio de 2013, desde su *Lehrsthul* en la Facultad de Munich a la que había accedido meses antes, organizó un impresionante congreso internacional sobre la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un asunto político criminal de la máxima actualidad sobre el que había ofrecido recientemente sendas conferencias en Frankfurt y Milán. Fue siempre un adelantado del derecho penal con una vinculación envidiable con la práctica.

El compromiso proverbial de Joachim Vogel se plasmó también en su exitosa labor docente. La viveza con que transmitía los conocimientos asombraba siempre a sus estudiantes. Fueron muchos los que tras su trágica muerte expresaron su consternación. Será siempre admirable cómo pese a toda esta cantidad de trabajos no descuidaba su función de padre atento y lleno de cariño. Su sentido de la justicia lo empleó también en la reforma de la custodia de seguridad y en los condenados por delitos que se encontraban en los hospitales psiquiátricos de Baviera. Innumerable fue además el asesoramiento jurídico que prestó a amigos, conocidos y empresas.

Su ambición más importante en el ámbito del derecho penal, con la exposición académica del derecho penal europeo, fue la internacionalización de la dogmática alemana, fortaleciendo su capacidad para competir con la cultura jurídica anglosajona. Sus múltiples contactos internacionales le permitieron observar cómo su influencia iba decreciendo en el extranjero a la par que se producía una clara inmigración de becarios extranjeros a los Estados Unidos. Tenía una idea exacta de la urgencia y necesidad de realizar un trabajo de derecho comparado. En un artículo publicado como redactor de la *Juristen Zeitung* en 2012 expuso sus opiniones al respecto.

Ante él tenía un futuro resplandeciente y lleno de actividad, que apenas sí había comenzado. Su temprana muerte ha dejado un hueco, no sólo en su familia, a la que acompañamos en su dolor, sino también en toda la ciencia penal alemana, que en este momento no veo quién pueda rellenarlo. Tam-

bién el mundo del derecho penal europeo siente su pérdida, tal como han expresado, entre otros, con palabras conmovidas los Presidentes de la Asociación Internacional de Derecho penal y de la Société de Défense Social, a cuyos consejos pertenecía. Universidades españolas, italianas y estadounidenses han anunciado ya que realizarán homenajes en su honor. Los profesores de derecho penal alemanes no tardarán en sumarse a ellas. El último de los honores que recibió, cuya alegría seguramente aún está experimentando, fue su elección como miembro ordinario de la Academia de Literatura y Ciencia de Mainz a finales de Junio de 2013.

En presencia de numerosos amigos, venidos desde lejos, colegas y discípulos le hemos despedido en el cementerio de Tübingen. Doce gondoleros ataviados con sus vestimentas tradicionales le han conducido hasta su última morada. ◧

I

Derecho Penal y Constitución en la era del *global law**

Adán Nieto Martín
Catedrático de Derecho penal
Universidad Castilla-La Mancha

SUMARIO: I- DE LA PIRÁMIDE A LA RED. II- LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL GLOBAL. III- EL DIÁLOGO ENTRE NORMAS Y ACTORES. 1. El diálogo entre normas. 2. El diálogo entre jueces.

I. DE LA PIRÁMIDE A LA RED

Cuando en los años 70 del pasado siglo la doctrina europea empezó a establecer las relaciones entre la Constitución y el derecho penal lo efectuaba desde una clave puramente nacional. Los ordenamientos estatales se entendían como entes autónomos e independientes, desconectados entre sí. La imagen absolutamente dominante para describir el ordenamiento jurídico era la pirámide kelseniana, en cuyo vértice sólo se dibujaba una Constitución, un catálogo de derechos fundamentales y unos jueces constitucionales que ejercían de faraones absolutos del sistema. Es verdad que cuando Franco Bricola publica en 1973 su *Teoria generale del reato*[1], al menos en Europa, las bases del nuevo orden habían sido ya puestas: en 1953 se aprueba el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en 1959 la Corte entra en funcionamiento; el TJCE, hoy TJUE, había establecido el principio de primacía y el carácter autónomo del ordenamiento europeo, y en 1970 había dictado *International Handelgesellschaft* declarando que

* Versión revisada y actualizada del trabajo que con el mismo nombre se publicó en Corcoy/Puig (dirs.), Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Marcial Pons, 2012.

1 BRICOLA, Teoría general del reato, en Novissimo Digesto Italiano, Vol. XIX, Turin, 1973, p. 7 ss.

los derechos fundamentales eran parte integrante del ordenamiento comunitario[2]; incluso el Tribunal Constitucional alemán pronunció en 1974 *Solange I*[3], el primer episodio de los "tiras y aflojas" que los jueces de Karlsruhe tienen como los de Luxemburgo.

Pese a que en los años 70 pudiera hablarse ya de ordenamientos en red o de constitucionalismo multinivel, el derecho penal seguía perteneciendo al núcleo más duro de la soberanía estatal. El Consejo de Europa trabajaba en Convenciones que pretendían mejorar la cooperación judicial, pero ni de lejos planteaba aún la elaboración de Convenios de derecho material. Hay que esperar a 1998 con el Convenio sobre protección del medio ambiente mediante el derecho penal, para que el Consejo de Europa se anime con la armonización[4]. Las Naciones Unidas, tras la publicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, habían renunciado a completar su sistema de protección universal de derechos humanos con la creación de un Tribunal Internacional. Desde la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948), sus incursiones directas en el ámbito del derecho penal habían cesado. Los años 60 estuvieron más centrados en el desarrollo de derechos sociales[5].

Igual ocurría en el ámbito de la entonces Comunidad Económica Europea. Un círculo muy reducido de especialistas comenzaban ya a contemplar como el TJCE y la Comisión en el ámbito del derecho de la competencia estaban construyendo los cimientos de una Parte General del Derecho penal o cómo el fraude a las subvenciones de la UE era un fenómeno preocupante. A finales de los 70 con el grupo de Trevi, se inicia una cooperación política relacionada con el terrorismo. Incluso en la temprana fecha de 1964, el TJUE había dicho en *Costa/Enel*[6] que el derecho penal no tenía nada de especial como parte del ordenamiento jurídico, y que como cualquier otro sector estaba supeditado al principio de primacía del derecho supranacional. Pero eran intentos tímidos, excepciones que confirmaban la regla, y ni aún podía imaginarse que existiera una política criminal común y un especio judicial europeo único.

Cuatro décadas después de la formulación del marco de relaciones entre derecho penal y constitución, las cosas han cambiado notablemente. La protección de determinados bienes jurídicos o la gestión de determinadas formas de criminalidad se conciben hoy como un problema de gobernanza global. Las causas son diversas. A veces porque, como en el caso de los delitos de genocidio, medio ambiente o corrupción, consideramos que existen bienes jurídicos globales, cuya protección no puede dejarse en manos de un país[7]. En otras ocasiones, porque el espacio dónde se producen las conductas delictivas difícilmente puede ligarse a un determinado territorio, como ocurre en la delincuencia informática, y en otras porque existen grupos criminales que aprovechan la desaparición de los controles sobre los movimientos de capitales, personas o servicios[8]. El Tratado de Lisboa en su art. 83.1 mediante el concepto de "delincuencia transnacional grave…" ha sintetizado y constitucionalizado (¡¡), lo que hasta entonces eran puras descripciones criminológicas[9].

2 STJUE, 17.12.1970, asun. 11/70, Internationale Handelgesellschaft, Rec. 1970, p. 125 ss. La doctrina del TJUE (entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) sobre derechos fundamentales se inauguró además con un problema meramente penal, la aplicación de los principios de proporcionalidad y culpabilidad a la imposición de una sanción (una caución del mercado agrícola) que para la empresa constituía una multa.

3 *Solange-I-Beschluss* (BVerfGE 37, 271 ff.).

4 En 1989 la Convención sobre *insider trading* del Consejo de Europa, aun tenía como objetivo la cooperación judicial, al igual que la Convención de 1990, sobre blanqueo de capitales, embargo y confiscación de bienes procedentes del delito.

5 Cfr. Introducción: El Derecho penal internacional y europeo, en Arroyo/Nieto, Código de Derecho Penal Europeo e Internacional, Ministerio de Justicia, 2008.

6 STJUE, 7.3.1964, asun. C-6/64 Rec. 1964, p. 1145 ss.

7 Cfr. Espósito /Garcimartín Alférez (ed), La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 16, 2012.

8 Vid. sólo Muñoz de Morales, El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad, Civitas, 2010, p. 47 ss.

9 Para una interpretación de este concepto, por todos, Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht. Nomos, 4 Aufl, 2010. P. 115 ss.

La delincuencia transnacional grave ha generado en primer lugar a un incremento de la cooperación judicial sin precedentes. Lo que antes era anecdótico ha pasado a ser un fenómeno casi estructural del proceso penal. La cooperación ha aumentado además hoy el número de actores y niveles. En relación a sus niveles existe cooperación horizontal, las de jueces de distintos Estados, pero también vertical, como por ejemplo la que existe entre la Corte Penal Internacional y los Estados o, en el futuro, la que se producirá entre el fiscal europeo y los jueces y fiscales nacionales. En relación a sus actores podríamos distinguir entre cooperación simétrica, la que se produce entre jueces-fiscales, y asimétrica, la que se produce por ejemplo entre jueces y autoridades administrativas. Así, por ejemplo, en materia de competencia las autoridades administrativas de la UE cooperan con los jueces o fiscales norteamericanos que aplican la *Sherman Act*[10].

La cooperación judicial constituye uno de los canales más importantes de la red regulatoria global que introduce en los ordenamientos normas foráneas, vehiculadas a través de decisiones judiciales. Esta interlegalidad produce no pocas fricciones. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se solicita a nuestro país la extradición o la entrega de personas juzgadas en rebeldía, pero también cuando se intentan hacer valer en el proceso penal español pruebas que han sido obtenidas conforme a otro ordenamientos jurídico o se solicita la extradición de personas para que cumplan una pena impuesta en otro país, en el seno de un sistema penitenciario cuyos niveles de respeto a los derechos de los reclusos son diferentes etc..

La conexión entre normas procedentes de distintas pirámides no sólo se produce obviamente a través de la cooperación judicial, la armonización es la otra gran ruta. El derecho penal ha pasado a ser uno de los ámbitos preferidos de actuación de todas las organizaciones internacionales, con decenas de convenciones y tratados que han alterado el tradicional monopolio de los legisladores estatales a la hora de decidir la criminalización de conductas. Por supuesto, cooperación y armonización, no son sino caras de una misma moneda: a mayor necesidad de cooperación, mayor necesidad de armonización[11].

Igualmente, y como tercer factor de formación de este nuevo *ius comune*, debe destacarse las decisiones de los tribunales regionales de derechos humanos. La Corte Interamericana y TEDH, han contribuido al proceso de armonización universalizando estándares de protección y generando una jurisprudencia global en materia de derechos humanos.

En realidad, en los últimos años lo que ha ocurrido es que los ordenamientos jurídicos han dejado de ser grandiosas pirámides que flotaban imponentes unas al lado de otras en el magma del derecho internacional, para convertirse en partes de una red regulatoria[12] muy compleja, con múltiples interco-

10 Art. 8, del Convenio de Asistencia Judicial entre la UE y los Estados Unidos de América, DO L 181 de 19.7.2003. Sobre la cooperación "asimétrica" entre jueces y administración en la UE, vid. Nieto Martín, Administrative Sanctions, en Ortega/Arroyo/Plaza, Spanish Administrative Law under European Influence, Europa Law Publisching, Groningen, 2010. Desde luego también existe un sistema de cooperación administrativa entre autoridades administrativas (simétrica), tanto vertical como horizontal, destinada a la imposición de sanciones administrativas, vid. Lacny/Papryzki/Zielinska, The System of Vertical Cooperation in Administrative Investigation Cases; Böse, The System of Vertical and Horizontal Cooperation in Administrative Investiations in EU Competitions Cases, ambos en Ligetti (ed.), Toward a Prosecutor For The European Union, Hart Publishing, Vol I A Comparative Analysis, 2013.

11 Muñoz de Morales, (not. 8), p. 48 s.

12 La imagen de la red como explicación del mundo actual, no pertenece sólo al ámbito del derecho. En el ámbito de la sociología Manuel Castells la ha propuesto como metáfora *(The Rise of the Network Society*. Oxford, 2ª ed. 2000), en el ámbito de las ciencias naturales se ha asistido a una evolución similar, desde un sistema cartesiano, basado en la analítica y en la descomposición del todo en partes, que pueden estudiarse y entenderse de manera aislada, se ha pasado a un pensamiento en red. La visión del conocimiento científico como "edificio" – pirámide – compuesto de partes, ha sido reemplazada por la red, sin cimientos, que a semejanza de lo que ocurre con el derecho en red, no acepta ninguna constante, ley o ecuación fundamental. Vid. Capra, La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos, Anagrama, 1998.

nexiones, en la que además no sólo intervienen los Estados, jueces, legisladores o policías nacionales, sino organizaciones internacionales de muy diversa índole (desde la UE al Banco Mundial, pasando por la OMC) y actores privados, principalmente multinacionales, ONGs. A esta red regulatoria la podemos denominar *global law*[13], sistema de normas y actores, substancialmente diferente al derecho internacional clásico que se ocupa principalmente de las relaciones entre Estados soberanos.

En esta red regulatoria, encontramos las normas jurídicas vinculantes procedentes de la era de la soberanía estatal y del derecho internacional clásico *(hard law*), frente a otro nuevo tipo de normas a las que denominamos *soft law* que no son vinculantes, en cuanto que no tienen ningún soberano tras sí, pero, en el terreno empírico, son tremendamente eficaces. Unas veces porque son seguidas por los diversos actores, otras porque tienen gran influencia en la conformación del *hard law*, como pasa por ejemplo con las recomendaciones del GAFI en el marco del blanqueo de capitales[14].

La regulación global confía igualmente en el poder de autorregulación de las empresas[15]. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el fin de que adopten programas de cumplimiento para prevenir la comisión de hechos delictivos, debe incluirse dentro de lo en la jerga de las organizaciones internacionales se llama cooperación entre el sector público y privado[16]. Este tipo de cooperación supone una cierta privatización del proceso penal. Los Estados soberanos impotentes para solucionar problemas globales como la corrupción o las prácticas ilícitas en materia de competencia animan, a través por ejemplo de los programas de clemencia o de acuerdos procesales, a las grandes empresas a que realicen investigaciones internas, que les proporcione el material probatorio necesario[17]. Incluso puede hablarse de una cierta privatización del proceso legislativo y del *enforcement.* Las políticas anticorrupción de las empresas multinacionales están generando estándares normativos que aplican en diversos países, con independencia de cuál sea la legislación nacional. A través de análisis de *due diligence* exigen de quien, por ejemplo, les presta servicios de asesoría o consultoría que cumplan sus propias políticas internas anticorrupción, todo ello tras someterles a un análisis de riesgos con el fin de comprobar su honorabilidad profesional. Cuando se trata de joint ventures las exigencias pueden ser mayores y llegar incluso a exigir cambios internos en la empresa. En suma, lo queramos o no, el poder de las grandes empresas multinacionales para imponer sus propios ordenamientos internos es mayor que el de algunos Estados, razón por la cual forma parte sus Códigos Éticos o políticas anticorrupción forman parte del entramado de normas del *global law*.

---

13 Vid. Sieber, Legal Order in a Global Law, en Bogdandy/Wolfrum (eds), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol 14, 2010, p. 1 ss.

14 Para una descripción de este nuevo tipo de regulación, Braithwaite, Regulatory Capitalism, Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

15 Vid. Arroyo Jimenez/Nieto Martín (ed), Autorregulación y Sanciones, Lex Nova, 2008.

16 Como ejemplo de este tipo de *partnership between public and private sector*, puede verse en materia de corrupción OCDE, Good Pratice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance, 18.2.2010. Pero la cooperación, entre público y privado para prevenir una forma de criminalidad no es desde luego exclusiva de este sector. La prevención del blanqueo de capitales, a través de los sujetos obligados se basa en esta estrategia, pero también por poner otro sector muy distinto el *identity theft*, donde las organización internacionales que promueven la criminalización de este comportamiento mencionan constantemente la cooperación con el sector privado. Vid. al respecto en número especial dedicado a esta cuestión de los Cahiers de défense sociale: bulletin de la Societé International de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste, Nº. 36, 2009-2010.

17 El paradigma es el caso Siemens: Siemens desarrolló una investigación interna, por orden de la SEC, en 34 países diferentes, en las que se realizaron 1.750 entrevistas y se recopilaron más de 100 millones de documentos. La investigación costó unos 850 millones de dólares, y fueron facturadas 1.6 millones de horas de trabajo, vid. Graeff/Schröder/Wolf (hrsg.), Der Korruptionsfall Siemens, Nomos, 2009; Wrage/Richarson, Siemens AG Violations of the Foreing Corrupt Practices Act, International Legal Maters, Vol. 48, nº 2, 2009.

Una de las características más complejas de la red de normas son las relaciones entre las normas de máximo nivel, aquellas que contienen derechos fundamentales, fenómeno que los constitucionalistas han pasado a denominar como "constitucionalismo multinivel"[18]. La red regulatoria de normas fundamentales produce fuertes colisiones entre derechos fundamentales reconocidos en un sistema y negados, o reconocidos más limitadamente en otros. Quizás el caso más sintomático de los últimos años es el que dio lugar al asunto *Kadi*: un reglamento procedente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con "listas negras" en materia de terrorismo, que se transforma en un Reglamento de la UE y es aplicado por los jueces nacionales, cuya legitimidad, por violar derechos fundamentales, acaba siendo cuestionada ante el TJUE[19].

Los "choques" entre jueces de máximo nivel son más violentos cuando se trata de intérpretes máximos de sistemas normativos conectados entre sí. Este problema es particularmente grave, aunque no exclusivo, en la UE con el cruce de los tribunales constitucionales nacionales, el TJUE, que ahora además interpreta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y por supuesto el TEDH. El derecho de la UE que es directamente aplicable o debe ser transpuesto por los EEMM implica que necesariamente entren en juego los tres niveles de "constitucionalidad". Los casos relativos a vulneración de derechos fundamentales en casos de asilo, decididos recientemente por el TEDH y el TJUE[20], son una buena muestra de la complejidad del constitucionalismo multinivel a la europea.

Estas fricciones no son, desde luego, coyunturales. De hecho, fueron avistados la mayoría de las constituciones, convenios o cartas. Todos ellos contienen preceptos que sirven de empalme con los diversos sistemas constitucionales o que establecen sus ámbitos competenciales. Existen constituciones abiertas, como la española, que a través de su art. 10.2, llaman al derecho internacional para que integre sus contenidos[21]. Mayor apertura tiene aún si cabe, la doctrina del TJUE sobre derechos fundamentales, que considera al derecho internacional y a las tradiciones constitucionales comunes, como fuente de los derechos fundamentales europeos[22]. Las convenciones supranacionales utilizan para eliminar fricciones las llamadas cláusulas horizontales, señalando que el estándar supranacional no puede servir para rebajar el nivel de protección de los derechos fundamentales. Es el caso de los art. 53.2 de la CDFUE[23] o del art. 53 del CEDH.

Descrito sucintamente el paso de la pirámide a la red, el objetivo de este trabajo es analizar los retos que la nueva estructura del derecho plantea para los principios constitucionales del derecho penal. Dicho de otro modo: ¿cuáles serían los problemas que los autores que se enfrentaron con las cuestiones centrales de la legitimidad del derecho penal en los años setenta tendrían que resolver

18 El término fue acuñado por Pernice, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?" (1999) 36 CMLRev, 1999, nº 36, 703-750; Multilevel Constitutionalism in the European Union European Law Review, 2002, nº 27, 511-529. Para un desarrollo posterior, vid. por ejemplo, Walker, Multilateral Constitutionalims: Looking Beyond the German Debate, LEQS Paper nº 08/2009.

19 STJCE de 3.9.2008, asun. C-402/05, C415/05.

20 Vid. Infra not. 61 y 62.

21 Vid. Saín z Arnaiz, La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los Derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución Española, CGPJ, Madrid, 1999.

22 Cfr. Sotis, ¿Cómo construyen los jueces europeos un derecho fundamental o – poniéndolos en el Sollen – cómo deberían construirlo?, en Díez Picazo/Nieto Martín, Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo, Civitas, 2010, p. 73 ss. En el marco del derecho penal, la técnica de construcción de un derecho fundamental europeo es por ejemplo relevante a la hora de ver qué contenido podría tener la reserva de ley en el derecho penal de la UE, vid. por ejemplo, desde este enfoque Bernardi, Riserva di legge e fonti europee in materia penale, en Annali, dell'Universitàdi Ferrara-Scienze Giuridiche, vol. XX, 2006, p. 64 ss o Muñoz de Morales, (not. 8), p. 453 ss.

23 Alonso García, Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, en Garcia de Enterria/Alonso García (dirs), La encrucijada constitucional de la Unión Europea, Civitas, 2002, p. 151 ss.

hoy? Probablemente sean dos. El primero de ellos no es otro que la adaptación de los problemas de legitimidad y límites de la intervención penal en la red regulatoria global, es decir, el problema central de las relaciones entre derecho penal y constitución (I). El segundo es más novedoso: crear nuevas herramientas jurídicas que permita el trabajo en red entre normas y actores de distintos sistemas, sin que ello suponga ningún detrimento en el nivel de protección de los derechos fundamentales (II).

II. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL GLOBAL.

La legitimidad del derecho penal depende de que (1) las normas penales se adopten mediante un proceso que asegure, de algún modo, el consentimiento de todos los afectados y de que su texto sea preciso (principio de legalidad); que (2) el creador de la norma justifique la necesidad de la prohibición penal y la necesidad de la pena que en concreto se establezca (principio de proporcionalidad); que (3) la norma atribuya responsabilidad respetando una serie de criterios básicos que se derivan de la dignidad de la persona (principio de culpabilidad y fair trial).

De estos tres pilares de la legitimidad penal, los que con más frecuencia entran en colisión con las normas penales del derecho global son los que tienen que ver con la legalidad y la proporcionalidad. Desde la Ilustración, la reserva de ley o el *nullum crimen sine lege parlamentaria* exige que las normas penales se elaboren por los representantes de los ciudadanos reunidos en las asambleas legislativas. La discusión en esta sede aseguraba un procedimiento idóneo para la racionalidad, la transparencia y la *accontability* de aquellos que habían adoptado la decisión. Estos tres valores conforman el contenido material o los objetivos de la reserva de ley[24]. Las normas penales de origen supranacional han modificado el papel de las asambleas legislativas en la toma de decisiones en materia penal. La discusión que hemos tenido en la UE en relación a la tensión entre armonización y principio de legalidad[25], no es distinta, substancialmente, a la que existe en general en al proceso de armonización que se realiza a través de convenios o acuerdos procedentes de otras organizaciones internacionales[26].

Los problemas de legalidad en ambos casos suelen salvarse, en primer lugar, alegando que dado que las asambleas legislativas nacionales son libres para transponer convenios o directivas, los contenidos materiales de la reserva de ley están garantizados por el acto de transposición. Esta respuesta resulta, sin embargo, demasiado formal[27]. En muchos sectores, las organizaciones internacionales disponen de mecanismos de presión que hacen en la mayoría de los casos inviable una negativa del Estado a transponer sus obligaciones internacionales o supranacionales. Aunque los Estados pueden negarse a ratificar convenios internacionales en materia de medio ambiente o delitos informáticos, la posibilidad de apartarse de la política criminal internacional sobre drogas, blanqueo de capitales, corrupción, terrorismo, criminalidad organizada es

24 La reflexión en torno a la reserva de ley nacional y sus funciones materiales se ha desarrollado considerablemente al hilo de los problemas de legitimidad del derecho penal europeo, como consecuencia de la crítica a su déficit democrático, vid. por ejemplo Grandi, Nullum crimen sine lege parlamentaria y derecho penal europeo, en Díez Picazo/Nieto Martín, Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo, Civitas, 2010, p. 183 y ss; Muñoz de Morales, (not. 8), p.497 ss.

25 Como ejemplo, de los problemas de legitimidad vid. por ejemplo opiniones como las de Hefendel, Europäischer Umweltschutz: Demokratiespritze für Europa oder Brüsseler Putsch?, ZIS, 2006, nº 4, p. 161 ss.

26 Cfr. Sieber, Legal Order (not. 13), p. 26 ss.

27 Aunque limitándome al derecho de la UE, vid. ya Nieto Martín, Fraudes comunitarios, Praxis, Barcelona, 1996, p. 359 ss. Más adecuadas resultan posiciones como la de Bernardi, para quién la reserva de ley se satisface tanto por la participación del Parlamento Europeo y propio proceso legislativo europeo, como la participación de las asambleas nacionales en momentos diferentes del procedimiento, al inicio, mediante el Protocolo de Subsidiariedad, como en la fase final, de transposición, vid. Bernardi, La aproximación al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, Revista Penal, nº 27, 2011, p.32 s.

mucho menor y ello sin contar con que no todos los Estados tienen la misma fuerza para participar de manera efectiva en el diseño de la política criminal internacional[28].

La solución al problema de la legalidad supranacional pasa por construir un modelo de reserva de ley supranacional que asegure que la combinación del proceso legislativo dentro de la organización internacional, conjuntamente con el proceso de adopción en cada sistema, mantiene las exigencias de racionalidad, transparencia y *accountability* de la reserva de ley nacional. La reserva de ley supranacional debiera servir, en primer lugar, para limitar la transferencia de competencias penales a organizaciones internacionales que no satisfagan unos estándares mínimos de calidad en los procesos de adopción de normas y, sobre todo, para ser utilizada por los tribunales internos para enjuiciar la validez de la ratificación de un Convenio internacional o para negar que los jueces nacionales tengan la obligación de interpretar el derecho interno conforme a la normativa internacional. Este nuevo control judicial requeriría investigar, por ejemplo, el iter legislativo que sigue una organización internacional para adoptar un convenio y el grado de transparencia en su adopción[29].

Algunos autores, en relación a la armonización procedente de la UE, han mostrado por ejemplo que tras el Tratado de Lisboa el proceso de toma de decisiones en el marco del procedimiento de codecisión tiene una calidad democrática comparable que el que existe en muchos Estados miembros[30]. Otros intentos han logrado elaborar propuestas de reserva de ley supranacional a partir de criterios de democracia deliberativa que se ajustan mucho mejor al funcionamiento de instituciones internacionales como la Unión Europea[31]. Esta nueva reserva de ley supranacional considera tan importante como el consentimiento en la toma de decisión a través de los representantes de los ciudadanos, la existencia de un proceso legislativo, en el que todos los afectados puedan participar y exista un correlativo deber de argumentar por parte de quien toma la decisión. Con ello lo decisivo no es o no sólo el fundamento democrático representativo de quien adopta la decisión de criminalizar, sino los cauces de participación ciudadanas previos. El art. 11 del TUE es expresión de esta ida de democracia: "las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar públicamente todas las opiniones en todos los ámbitos de actuación"[32]. Una reserva de ley supranacional basada en la calidad del proceso, más que en la representatividad de la decisión, implica reforzar los mecanismos de responsabilidad – accountability – de la toma de decisiones, a través de un incremento de la obligación de argumentación previa y la constante evaluación de los resultados.

Contar con un prototipo de reserva de ley supranacional resuelve los problemas de legitimidad de las normas armonizadoras procedentes de organizaciones internacionales como la UE u otras más clásicas. Pero no resuelve el problema de la legitimidad del *soft law*, ni de los mecanismos de auto-

28 Cfr. Hinojosa Martínez, Globalización y soberanía de los Estados, Revista Electrónica de Estudios Internacionales (www.reei.org), 2005, pág. 6 s.

29 Desde último punto de vista es por ejemplo enteramente criticable el *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, cuyas negociaciones se han mantenido absolutamente en secreto. Además este tratado se caracteriza porque sus impulsores han evitado el que sea negociado en el marco de alguna organización ya existente, por lo que se han eludido los procesos, más formalizados, participativos y transparentes, de toma de decisiones de las organizaciones internacionales.

30 Grandi, The Qualities of Criminal Law- Connected to National and European Law-making Produceres, European Criminal Law Review, 3/2011, Vol. 1, p. 285 ss.

31 Resulta fundamental en este punto la propuesta de reserva de ley supranacional de Muñoz de Morales, (not. 8), p. 549 ss; *ibídem*, In Pursuit of Basics for a New Principle of Legal Reserve in Supranational Law, EuCLR, 3/2012, Vol. 2, p. 252 ss.

32 Vid. igualmente el Libro blanco sobre la gobernanza europea, Bruselas, 25.7.2001, COM (2001) 428 final.

rregulación de las empresas. En efecto, las normas de *soft law* dada su alta eficacia reguladora deben poseer también criterios de legitimación, que deben consistir en que sean adoptadas mediante un procedimiento transparente y participativo. E igual cabría decir en relación a los mecanismos de autorregulación de las empresas[33], como singularmente sus Códigos Éticos [34], y sistemas de cumplimiento normativo (vid. infra).

Mas la legitimidad del derecho penal no depende sólo del consentimiento de los afectados, de la legalidad, sino de que el autor de la norma justifique la necesidad de la prohibición penal y la necesidad de la pena que en concreto se establezca. Los Convenios internacionales, no así las directivas o las decisiones marco de la Unión Europea, suelen dejar en manos de los Estados miembros, utilizando la técnica del margen de apreciación, la determinación de las sanciones a imponer e incluso la concreción de su naturaleza jurídica. La fórmula de sanciones eficaces, disuasivas y proporcionadas que ha utilizado durante años la UE resulta de gran utilidad no solo para permitir que los ordenamientos internos guarden su coherencia interna, sino también desde el punto de vista del control judicial del principio de proporcionalidad. El margen de apreciación desplaza la justificación del principio de idoneidad al legislador interno[35].

El derecho penal global por la alta dañosidad social de las conductas que aborda (corrupción, blanqueo, tráfico de seres humanos...) puede tener fricciones con el principio de proporcionalidad de las penas, pero no tanto con la justificación de la prohibición en sí. En realidad, cuando se aborda este aspecto, la verdadera cuestión es si resulta conveniente que una determinada cuestión de política crimininal (vgr. blanqueo de capitales) sea abordada por organizaciones internacionales o actores supranacionales, en lugar de dejar su resolución en manos del legislador y del derecho penal nacional. Este problema que es estructural a todo el derecho globar se ha discutido con especial intensidad en la Unión Europea. Desde hace años existe un debate doctrinal acerca de cuáles son las relaciones entre el principio de proporcionalidad penal y el principio de subsidiaridad, según el cual la UE solo debe intervenir armonizando una parcela del derecho penal cuando justifique su mayor eficacia. Este principio debería hacerse valer en cualquier parcela del derecho global[36]. La intervención de un actor global y el consiguiente desplazamiento del Estado hace más compleja la intervención de los ciudadanos en la política criminal y esto ocurre tanto en el marco del UE, como del Consejo de Europa, como en relación a las normas de soft law procedentes del GAFI.

De un modo paralelo a esta cuestión, se ha discutido acerca de si el concepto de bien jurídico puede resultar de utilidad en este contexto. El gran mérito de la aproximación constitucional al derecho penal en los años 70, fue sin duda rescatar el papel del concepto de bien jurídico como límite al derecho penal, que había ido quedando reducido al papel de herramienta hermenéutica. Pues bien, en este nuevo escenario el concepto de bien jurídico debe reformularse para que sirva de límite al legislador supranacional, y no tanto en relación a la cuestión de la dañosidad social, sino como criterio de delimitación de los espacios que deben quedar

33 Sobre legitimidad y autorregulación, vid. Arroyo Jimenez, Introducción a la autorregulación, p. 31 ss.; Maroto Calatayud, Liberalismo vs. Neocorporativismo: los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes, en Arroyo Jimenez Nieto Martin (eds), (not. 15), p. 53 ss.

34 Vid. infra. nots. 46-48 ; en concreto sobre la la legitimidad de los Códigos Éticos, Keller, Codes of Conduct and their Implementation: the Question of Legitimacy, en Wolfrum/Röben (eds), Legitimacy in International Law, 2008, p. 219 ss.

35 Cfr. Sotis, Estado actúal y perspectivas de futuro en la armonización del derecho penal material, en Arroyo/Nieto (dir.), El derecho penal en la Unión Europea, Colección Marino Barbero, Cuenca, 2007.

36 Cfr. Donnini, Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2003; Bernardi (not. 27), p. 27 ss.

en exclusiva manos del derecho penal estatal[37]. Esta sería la verdadera utilidad del concepto de bien jurídico supranacional. Algunas aportaciones interesantes se han hecho ya en este sentido, han mostrado su potencial crítico, como límite al legislador supranacional[38].

El *Manifiesto sobre política criminal europea* constituye a mi juicio el camino a seguir para este nueva era de las relaciones entre derecho penal y constitución, con el fin de examinar la legitimidad del derecho penal supranacional. El *Manifiesto* ha reformulado los principios básicos del derecho penal nacional en clave supranacional, y referidos a una nueva forma de legislación penal en la que los preceptos tiene un doble origen supranacional y nacional. El aspecto más interesante y novedoso del Manifiesto es que, en el sentido que antes indicábamos, conecta la legalidad penal con el *good governance*. De acuerdo con esta idea, los principios del derecho penal no sólo tiene el contenido material tradicional (vgr. la idoneidad de la protección penal), sino que incorporan también un aspecto procedimental que se basa en obligaciones de argumentación[39]. Si en el Derecho penal liberal nacional, al legislador se le concedía un importante margen de apreciación y no estaba obligado a demostrar empíricamente que sus intervenciones resultaban eficaces, el Derecho penal liberal supraestatal se legitima a través de la demostración empírica de su validez y de su constante evaluación.

En el Derecho de la Unión Europea, a partir de 2002, se han generalizado las evaluaciones de impacto, mediante las que se justifica la necesidad de intervención, su compatibilidad con derechos fundamentales, la existencia de alternativas y sus costes[40]. Todas las propuestas de directiva en materia penal de los últimos años han sido precedidas por esta evaluación ex ante. Igualmente la UE ha generalizado la evaluación de su normativa en materia penal. Los Programas de la Haya y Estocolmo[41] y sobre todo el art. 70 del Tratado de Lisboa obligan a realizar una evaluación objetiva e imparcial de las normas penales europeas. Desde el Convenio PIF todas las normas europeas han sido sometidas a evaluación ex post[42]. Otras organizaciones internacionales como el Consejo de Europa o la OCDE garantizan la eficacia de sus Convenios en materia de corrupción, poniendo en marcha sistemas de eva-

37 Cfr Muñoz de Morales, (not. 8), p. 319.

38 Cfr. Sotis, Il diritto senza códice, Giuffrè, Milano, 2007, p. 76 ss.

39 El manifiesto puede encontrarse on line en varios idiomas en www.crimpol.eu, en castellano ha sido publicado en Revista Penal, nº 27, 2011, p. 83 ss y en Revista General de Derecho Penal, 2010, nº 13. Para una explicación de sus principios vid. Asp, Subsidiarity and Coherence in European Criminal Law, European Criminal Law Review, n.1, 2011, p, Kaiafa, The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, European Criminal Law Review, n.1, 2002; Nieto Martín, La armonización del Derecho Penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. European Criminal Policy Intitiative y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, Revista Penal, nº 27, 2011, p. 78 ss; Satzger, Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe "European Criminal Policy Initiative", ZIS, 12/2009, p. 691 ss.
El Manifiesto de política criminal ha tenido notable influencia en la reciente comunicación de la Comisión Europea sobre el derecho penal, que de anuncia una mayor preocupación por los principios, vid. Communication from the Commission to the Europea Parliament, the Council, the European Economica and Social Committee and the Comitte of Regions, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law, Brussels, 20.9.201. COM(2011) 573 final.

40 Al respecto, con ulteriores referencias, Muñoz de Morales, (not. 8), p. 583 ss

41 Progama de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, Bruselas, 2.12. 2009, DOC, Consejo 1702/09, pág. 6. Es igualmente revelador en este sentido el Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre disposiciones tipo para orientar las deliberaciones del Consejo sobre Derecho penal, DOC del Consejo, n º 16542/2/09 REV 2, de 27.11.2009

42 Sobre la evaluación ex post de las normas penales y la evaluación en el derecho penal de la UE, vid. Muñoz de Morales, (not. 8), p. 588 ss; la misma, Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo y nacional, Revista Penal , nº 27, Enero 2011, p. 51 ss.

luación, que al menos en el caso de la OCDE están dando muy buenos resultados[43].

El defecto fundamental de estas herramientas es que, de un lado, se encuentran desenfocadas. Su objetivo es muchas veces formal – comprobar que se ha realizado una transposición correcta – o orientado a los resultados - ¿cuántas condenas?, ¿qué problemas aparecen? –, pero hasta ahora olvidan realizar una evaluación axiológica dirigida a comprobar de manera sistemática el cumplimiento de cada uno de los principios fundamentales en derecho penal. Aunque, por ejemplo, contemplan la posibilidad de utilizar opciones alternativas no lo hacen desde el principio de última ratio[44].

Pese a estas críticas debe reconocerse que la evaluación ex ante y ex post de la política criminal supranacional como política pública, está más desarrollada en el ámbito supranacional que en muchos Estados y, singularmente, España. La tarea principal de la nueva aproximación a la Constitución y al derecho penal se encuentra no tanto en la formulación de los principios, sino en desarrollar una metodología eficaz para la evaluación que permita, empíricamente, comprobar la eficacia real de las normas penales, la existencia de alternativas etc. Se trata de una vieja aspiración, pero que realmente nunca se ha tomado demasiado en serio[45].

La existencia de una cultura de la evaluación en el ámbito internacional constituye un buen marco para desarrollarla. Como ha demostrado la jurisprudencia constitucional de todos los países sobre el principio de proporcionalidad, en realidad éste es papel mojado, si no se mejoran los instrumentos de evaluación. Sólo cuando se da este paso, puede existir una verdadera *accountability* judicial y política del legislador, que ya sea en el ámbito local o supraestatal es el núcleo duro de la legitimidad y, como parte de ella, de la legalidad. Dentro del Derecho penal supraestatal el Derecho penal de la UE es el que está sometido a un control judicial más estricto, no puede decirse en cambio lo mismo de las normas penales procedentes de otras organizaciones internacionales. En cualquier caso, la evaluación tanto ex ante como ex post, puede servir para un control judicial indirecto de Convenios internacionales a cargo de los tribunales constitucionales, del TEDH o incluso del TJUE.

La armonización, a través de directivas o de convenios internacionales no es sin embargo la única manifestación sustantiva del derecho penal global. Como en parte ya se ha señalado, las empresas a través de sus código éticos, su sistema de cumplimiento y su capacidad para realizar investigaciones internas constituyen un sistema sancionador privado, cuya capacidad de enforcement de normas penales como las relativas a la corrupción o las prácticas restrictivas de la competencia es comparable cuando no superior a la de los Estados. Por esta razón, estos sistemas de autorregulación necesitan también ser legitimados. En este punto deben ser atendidas propuestas como la *deliberative bussines ethics*[46], la *stakeholders democracy*[47] *o el tripartism*[48] que pasan fundamentalmente por pro-

43 Sobre la evaluación del Convenio OCDE en materia de corrupción, probablemente la más importante de todas, vid. Pieth, La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio, en Delmas Marty/Pieth/Sieber, Los caminos de la armonización penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 308 ss.

44 Vid. por ejemplo, Weyemberg/De Biolley, Comment évaluer le droit pénal européen?, Editions de L'Universite de Bruxells, 2006.

45 Cfr. Donini, La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico, en Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2003, p. 85 ss; el mismo, Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites: La experiencia italiana, Revista Penal, nº 8, 2001, p. 24 ss.

46 Burg, Deliverative Bussines Ethics, Journal of Business Ethics (2009) Vol. 88, p. 665–683; Palazzo/Scherer, Corporate Legitimacy as Deliberation, *Journal of Business Ethics, (2006) Vol. 66, pp. 71-88*

47 Matten/Crane, What is Stakeholder democracy? Pespectives and issues, Business Ethics: A European Review, Vol. 14.1, 2005, p. 6 ss.

48 Ayres/Braithwaite, Responsive Regulation. Trascending the Regulation Debate, Oxford, 1992; vid. también Nieto Martín (not. 15), p 231 ss.

fundizar en las nociones de responsabilidad social corporativa y buen gobierno enmarcándolo en un modelo de legitimidad propuesto por Habermas. Este modelo de legitimación sería por tanto común a las normas sancionadoras provenientes de organizaciones internacionales y a los sistemas de cumplimiento normativo empresarial.

Los problemas de legitimidad afectan también a uno de los fenómenos sancionadores globales más característicos del *global law* como son los sistemas de listas negras. Las *black listing* son utilizadas en dos ámbitos diferentes. De un lado, por las Naciones Unidas en el contexto de la prevención del terrorismo, como posteriormente vamos a ver la legitimidad de estas sanciones ha sido cuestionada por el TJUE en su sentencia Kadi[49]. De otro, el sistema de listas negras del Banco Mundial y del resto de bancos mundiales de desarrollo[50]. Mediante este sistema se sanciona casos de corrupción y otros delitos económicos realizados por empresas y particulares en proyectos financiados por el banco mundial. Las sanciones que impone el Banco Mundial comprenden desde la amonestación hasta el *debartment* que impide la participación temporal o definitiva en proyectos financiados por el Banco Mundial[51]. Con el fin de incrementar la legitimidad de este sistema sancionador global[52], el Banco Mundial paulatinamente ha ido describiendo con mayor precisión las infracciones, conformando un proceso en el que cabe una suerte de doble instancia ante el Santions Board[53], estableciendo algún derecho de defensa e incrementando la transparencia de sus decisiones a través de su publicación (Law Digest[54].

No obstante, resulta dudoso que estas mejoras solucionen totalmente la legitimidad de este tipo de sanciones. Aunque su proceso de imposición está rodeado de mayores garantías que el de las listas negras de Naciones Unidas en materia de terrorismo, siguen siendo sanciones impuestas por un organismo internacional no sujetas a control judicial, con un estándar de prueba que no satisface los requisitos de la presunción de inocencia ("*more likely than not*"). Su base legal es además un acuerdo del Executive Directors del Banco Mundial en un proceso que dista mucho de parecerse a un procedimiento legislativo. No obstante, su legitimidad podría venir en este punto de la aceptación por parte de las empresas. Al participar de manera voluntaria en los proyectos financiados por el Banco Mundial asumen, como una condición más, someterse a este singular sistema punitivo.

III. EL DIÁLOGO ENTRE NORMAS Y ACTORES.

La segunda tarea a realizar por el "derecho penal y constitución" de la era post estatal es el desarrollo de herramientas jurídicas que permitan a los ordenamientos trabajar en red, reduciendo al máximo las tensiones, pero sin que a su vez disminuya el estándar de protección de derechos fundamentales que desde el fin de la IIGM se ha ido alcanzando en los ordenamientos internos. Las construcciones jurídicas que deben desarrollarse deben ser útiles,

49 STJUE, 3.9. 2008, asun. C-402/05 y C-415/05, Kadi, vid. infra not. 78

50 En virtud de un acuerdo firmado entre los distintos bancos de desarrollo las sanciones impuestas por cada uno de ellos son reconocidas, mediante un principio similar al reconocimiento mutuo, por el resto de los bancos. De este modo las empresa sancionadas por uno de los bancos son incluidas en las listas negras del resto, vid. Agreement for Mutual Enforcement of Debartment Decisions (www.ebrd.com/downloads/integrity/Debar.pd)

51 Cfr. World Bank, Guidelines: Procurement under IBRD Loans and ICA Credits, May 2004 (Revised, 2010), punto 1.14. Fraud and Corruption; Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers, May 2004 (Revised, 2010), punto. 1.22 Fraud and Corruption.

52 En el incremento de las garantías fue fundamental el informe realizado por Thornburgh/Gainer/Walker, Report Concerning the Debartment Processes the World Bank, August 14, 2002. (http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/thornburghreport.pdf)

53 Cfr. World Bank Santions Procedures. As adopted by the World Bank as of January 1, *2011*

54 The World Bank Group. Sanctions Board. Law Digest. December 2011.

en primer lugar, para solucionar los conflictos entre normas y decisiones judiciales procedentes de diversos sistemas. Pero, por otro lado, habrá que atender a las posibilidades de entablar diálogos entre los actores de diversos sistemas, especialmente sus jueces que son quienes más expuestos están a situaciones de conflicto[55].

Dicho de otro modo, los problemas de colisión entre normas de distintos puntos de la red, no se solucionan sólo estableciendo criterios como el de primacía, orden público o contenido ad extra de un derecho fundamental. Estas herramientas, que van a estudiarse a continuación, solventan conflictos ente sistemas de normas, pero no necesariamente solucionan la totalidad del conflicto, en cuanto que finalmente este debe ser elaborado a través de una decisión judicial.

55 Aunque no sólo los jueces, también los legisladores pueden estar expuestos a situaciones de conflicto, en situaciones en que por ejemplo se nieguen a transponer un tratado internacional, firmado por el gobierno, o en el caso de la UE cuando exista una negativa a transponer una directiva. De hecho, el famoso *emergency break* del arts. 82.3 y 83.3 del TFUE puede entenderse como una herramienta de diálogo entre legisladores. Este precepto permite a los EEMM a solicitar que se suspenda la tramitación de una directiva, tanto en materia procesal, como de derecho penal material, cuando considere que afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia. La idea del emergency break es similar, pero en el proceso legislativo, a la noción de orden público que, como veremos, se utiliza en el ámbito de la cooperación judicial con idénticas funciones.
Mas avocados al diálogo entre los legisladores son los Protocolos sobre el papel de los Parlamentos nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que contienen un procedimiento denominado de alerta temprana que permite a los Parlamentos nacionales examinar si una propuesta se adecúa al principio de subsidiariedad. Antes incluso de instaurarse este procedimiento un buen ejemplo de diálogo entre legisladores fue el *Informe del parlamento holandés respecto a la propuesta modificada de directiva relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual,* COM (2006) 168 final. En profundidad sobre estas cuestiones, *Muñoz de Morales,* (not. 8), p. 704 ss. El diálogo entre legisladores sería parte en cualquier caso de la reserva de ley supranacional, como ha puesto de manifiesto Bernardi, (not. 27), p. 32 s.

1. El diálogo entre normas.

Un buen punto de partida para empezar a abordar las colisiones normativas son los casos *Soering*[56] *y Bosphorus*[57]*, ambos del TEDH. La esencia de la doctrina del caso Soering* es bien conocida: las violaciones indirectas de los derechos fundamentales. Cuando los jueces de un país A cooperan en el proceso de otro Estado en el que se ha producido o va a producirse previsiblemente una violación de derechos fundamentales (en este caso: tratos inhumanos), esta cooperación supone una vulneración de estos derechos fundamentales en el ordenamiento cooperante[58].

Soering constituye un avance, que trae consigo un importante problema. Un avance porque hasta ese momento existía una considerable tendencia al autorreferencialidad constitucional. Este autismo podía manifestarse de dos formas curiosamente radicalmente diferentes. De un lado, en la doctrina del *non inquiry*: qué ocurre en el ordenamiento con el que voy a cooperar no es de mi incumbencia, entre otras razones porque mis principios y garantías no son de aplicación en él. Por eso, por ejemplo, antes de *Soering* podía ser irreprochable constitucionalmente entregar a alguien a las autoridades de otro país aunque existiera el peligro de que fuera torturado. Con la misma lógica, se admitían pruebas de otro ordenamiento que habían sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales conforme al ordenamiento del país receptor o se aplicaba la doctrina del *male captus bene detentus*. La detención ilegal que ha tenido lugar en otro ordenamiento y que ha sustituido al procedimiento de extradición no tiene relevancia, porque precisamente ha ocurrido

56 STEDH Soering v. UK, núm. 14038/88, 7.7.1989.
57 STEDH, Bosphorus v. Irlanda, 30.6.2005, req. nº 45036/98.
58 Cfr. Nieto Martín, La Cooperación Judicial en la Unión europea como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los Derecho Humanos, en Hacia la Abolición Universal de la pena capital, Ed. Arroyo/Biglino/Schabas, Tirant lo Blanch, 2010.

en otro sistema y en otro territorio[59]. Más, de otro lado, la autorreferencialidad constitucional podía conducir a una aplicación unilateral de las garantías del país cooperante, construyendo un modelo propio constitucional de extradición, que no tuviera en cuenta la situación en otros sistemas jurídicos[60].

Este tipo de argumentos es coherente con la lógica de los sistemas jurídicos concebidos como grandiosas piramidales aisladas unas de otros y con una concepción del Derecho internacional, reducido a regular las relaciones entre Estados. *Soering* contiene por ello un nuevo modelo de entender las relaciones entre pirámides. Inaugura de algún modo la idea de la red, en cuanto que establece vías de conexión entre los derechos fundamentales de una pirámide y las de otra.

La construcción del Tribunal Constitucional español sobre el contenido ad extra de los derechos fundamentales o contenido absoluto[61] constituye un complemento ideal para *Soering*, en cuanto que resuelve de un modo satisfactorio los problemas que ésta plantea. En efecto, la doctrina de las violaciones indirectas llevada a sus últimas consecuencias responde a la "lógica de las pirámides", pues lo que viene a señalar es que cuando coopero con otro sistema o impongo mi catálogo de derechos fundamentales o "no hay juego". *Soering* no había planteado este problema porque evidentemente el derecho afectado, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, es universalmente reconocido y no está sujeto a ningún tipo de ponderación que haga su contenido fluctuante. Pero los casos con que se enfrentó el TC español eran bien distintos. Se trataba del derecho a un proceso justo y la admisibilidad de las sentencias en rebeldía, donde las soluciones son distintas de país a país. Por esta razón el TC, con independencia de cuál fuera el contenido del fallo, acertó plenamente en la construcción de la "herramienta": el contenido ad extra de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales tienen distinto contenido según operen en relación a situaciones internas o, como ocurre en los casos de cooperación judicial, para proyectarse sobre otros ordenamientos[62]. En este caso sólo es relevante su contenido más esencial.

Por supuesto, la doctrina del TC no es una excepción. El concepto de orden público, ideado en el siglo XIX con fines bien distinto, sirve hoy en Alemania, Austria o Suiza, para alcanzar resultados parecidos. La diferencia entre contenido *ad extra* y *ordé public* es que este último concepto tiene una amplitud mucho mayor, en cuanto no sólo contiene los derechos fundamentales, sino también otros principios, como el de culpabilidad o protección de bienes jurídicos, que no en todos los países forman parte indiscutiblemente del marco constitucional[63].

Debido a la vaguedad del concepto de orden público y sus múltiples interpretaciones en cada Estado, el TJUE en el asunto *Krombach* optó por la creación de un concepto autónomo de orden público, que es el que habría de operar en el marco de la

59 Con ulteriores referencias, Nieto Martín, El concepto de orden público como garantía a los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional, en Nieto Martín/Díez Picazo, (not. 22), p. 153 ss; Beltran de Felipe/Nieto Martín, Post 9/11 Trends in International Judicial Cooperation, Human Rights as a Constraint on Extradition in Death Penalty Cases, Journal of International Criminal Justice, Vol. 10, Issue 3, pp. 581-604.

60 Vid. Pérez Manzano, Ius puniendi, fronteras y derechos fundamentales: un modelo constitucional de extradición, en Revista Aragonesa de Administración Pública, VI, 2003, p. 337 ss.

61 STC 91/2000, de 30.3.2000. En relación a la saga de sentencias del TC sobre los juicios en rebeldía, la doctrina de las violaciones indirectas, vid. Cedeño Hernán, Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 199/2009, de 28 de Septiembre, Revista General de Derecho Europeo, núm. 20.

62 Una postura opuesta es por ejemplo la mantenida en Alemania por Lagodny, en Schomburg/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4 Aufl., 2006, § 73, marg. 7 y ss.

63 Un exhaustivo comentario del § 73 de la Ley de cooperación judicial alemana, en dónde se recoge la cláusula de orden público, puede verse en Vogel, en Pötz/Kreß (Hrsg), Internationales Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, § 73, Beck, Heildelberg, 2008.

cooperación judicial europea. A partir de *Krombach* puede distinguirse entre un orden público nacional y otro europeo. Este último es el que debe aplicarse en la cooperación judicial en el seno de la UE. *Krombach* se sitúa de nuevo en el escenario de la cooperación judicial, en este caso civil, y los juicios en rebeldía. El Sr. Krombach, con domicilio en Alemania, fue condenado en Francia por homicidio imprudente en rebeldía, estableciéndose una responsabilidad civil de 350.000 Francos. El padre de la victima reclama en Francia esta cantidad, a lo que se oponen las autoridades alemanas debido a que había existido una condena en rebeldía y este tipo de juicios violaba sus derechos fundamentales y por tanto el orden público. El art. 27.1 del Convenio de Bruselas de Cooperación Civil contiene de hecho una cláusula de orden público: "violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido fundamental". Aunque este precepto se refiere claramente al orden público nacional, el TJCE lo convierte claramente en un orden público europeo, es el contenido europeo de cada derecho fundamental, y no el nacional, quien fijará lo que debe entenderse por orden público[64].

Los recientes casos Radu[65] y Melloni[66] son esenciales para entender el papel de los derechos fundamentales nacionales y europeos en ámbito de la cooperación judicial. Estas decisiones avanzan notablemente en la línea mantenida por Krombach: los derechos fundamentales que rigen en la cooperación judicial y en, buena medida, la aplicación del derecho de la UE son los recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales y no lo de los países miembros. En Radu tanto el TJUE como el Abogado General en sus conclusiones parten indiscutiblemente de esta premisa[67]. La preminencia de los derechos fundamentales de la UE se observa aún mucho mejor en Melloni, donde tanto el Abogado General como el Tribunal cierran casi cualquier camino a que el contenido de un derecho fundamental nacional pueda ser esgrimido dentro de la cooperación judicial y ello pese al esmerado planteamiento del TC español, que con gran inteligencia había ofrecido varios caminos para permitir que en el espacio judicial europeo hubiera espacio tanto para los derechos fundamentales nacionales como supranacionales[68].

Pese a que la supremacía de los derechos fundamentales supranacionales, del orden público suprancional, se afirma con especial contundencia, de alguno de los pasajes de las Conclusiones del Abogado General y de la sentencia del Tribunal puede extraerse aún algún punto que permita un cierto reconocimiento del papel de los derechos nacionales. El Abogado General señala que los Estados miembros, a modo de contralímite, pueden invocar su estándar nacional cuando ello afecte a su identidad nacional[69]. Es decir, invoca claramente una lógica similar a la de Omega y su concepción del orden público nacional. Por su parte el Tribunal admite que los derechos fundamentales nacionales pueden seguir siendo el marco de referencia cuando un acto de la Unión requiera medidas de ejecución nacionales[70], aunque como inmediatamente vamos a ver esta posibilidad sólo es posible en los límites establecidos en el caso Akerberg.

La sentencia Akerberg Franssonn[71], publicada el mismo día de Melloni, perfila aún más las relaciones entre las normas constitucionales y nacionales. En Melloni como acabamos de ver se impone, salvo excepciones, el estándar supranacional. En ello resulta determinante que la cooperación judicial y, más

64 STJCE, 28.3.2000, asun. C-7/98. Krombach v. Bamberski.
65 STJUE (Gran Sala), 29.1.2013, asun. C-396/11 Radu.
66 STJUE (Gran Sala), 26.2.2013, asun. C-399/11, Melloni.
67 Conclusiones del Abogado General Sra. Eleanor Sharpson, presentadas el 18.10.2012, asun. C-396/11
68 Vid. infra texto correspondiente con not. 93.
69 Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 2.10.2012, asun. C-399/11, párrafos 137 ss.
70 STJUE (Gran Sala), Melloni, párrafo. 60
71 STJUE (Gran Sala), 26.2.2013, 26.2.2013, asun C-617/10, Akerberg Fransson.

concretamente, la orden de entrega se trata de un ámbito completamente armonizado por el derecho de la Unión, donde los Estados miembros caracen de cualquier tipo de discrecionalidad para ejecutar el derecho de la Unión. En Akerberg, en cambio, la cuestión se plantea en el marco de la protección de los intereses financieros y el fraude al IVA, ámbito en el que los Estados miembros tienen un mayor margen de discrecionalidad, pese a la existencia del Convenio PIF o el art. 235 del TDFUE. Por esta razón el Tribunal concede un mayor espacio de juego a los derechos fundamentales nacionales. Akerberg impone una suerte de "doble filtro" en el que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión actúa como límite mínimo, que puede ser superado por el nivel de protección existente en el derecho nacional[72].

Obviamente el ámbito de la cooperación judicial o, más en general, la armonización del derecho penal en la UE no es el único donde podemos apreciar este tipo de problemas. El conflicto también se produce entre normas de una organización internacional, como la UE o Naciones Unidas, que deben ejecutarse por las autoridades estatales, que pueden estar sometidas a su vez a otros sistemas de protección de derechos fundamentales, como el CEDH, o lógicamente a las propias constituciones nacionales. En este terreno encontramos una serie de construcciones elaboradas por tribunales supranacionales y estatales que sirven para mitigar los conflictos. El TEDH, con *Bosphorus*, y el TC alemán con *Solange II*[73], fueron los primeros en afrontar el problema, con soluciones coincidentes[74].

En *Bosphorus* el TEDH tenía que decidir si un Reglamento de la UE que permitía el embargo de bienes, en el marco del conflicto bélico de la ex Yugoslavia, era conforme al Convenio. El nexo de unión, entre el sistema UE y el del CEDH, debe buscarse en que la ejecución de las normas de la UE eran realizadas por funcionarios nacionales, sometidos al CEDH. La doctrina del Tribunal de Estrasburgo es la *doctrina de la equivalencia global*: no resulta necesario analizar el comportamiento del estado que supuestamente ha infringido derechos fundamentales, cuando ejecuta una norma de una organización internacional que dispensa una protección equivalente a los derechos fundamentales.

La doctrina de la equivalencia global no tiene por qué ser exclusiva de los conflictos normativos que surjan entre dos organizaciones internacionales. En *Solange II* el TC alemán formulo las relaciones entre el derecho de la UE y la Constitución alemana de modo similar: en tanto el grado de protección a los derechos fundamentales fuera similar, el TC alemán renunciaba a enjuiciar la compatibilidad de las normas comunitarias y los actos que las ejecutaban con la Constitución alemana.

El TJUE se ha esforzado también por elaborar construcciones que permitan la convivencia entre los ordenamientos estatales y el de la Unión. El eje de su jurisprudencia es permitir restricciones a la eficacia de normas europeas o a derechos de la Unión, como la libre circulación de mercancías o servicios, basándose en el respeto al orden público nacional o a determinados valores constitucionales que no siempre se comparten por el resto de países. El sentencia más conocida de esta saga es el caso *Omega*[75]. A mitad de los años 90, en algunas ciudades alemanas se abren unos establecimientos denominados "laserdrónomos", en los que utilizando un equipo de laser, suministrado por una empresa inglesa, se juega a matar. Utilizando pistolas laser y chalecos especiales se simulan homicidios. Mientras que las autoridades administrativas

72 Cfr. Sarmiento, Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new framework of fundamental rihts protection in Europe, Common Market Law Review, 50, 2013, 1267-1304, p. 1287 ss

73 BverfG, 22.10.986, Az: 2 BvR 197/83.

74 Cfr. Jacque, L'arret Bosphorus, une jurisprudence "Solange II " de la Cour europeenne des droits de l'homme?, Revue trimestrielle de droit europeen, Vol. 4, nº 3, 2005, pág. 749 ss.

75 STJCE, 14.10.2004, asun C-36/02, Omega v. Oberburgermeisterin der Bundesstadt Bonn.

prohibieron la realización de estos juegos, señalando que la banalización de la violencia lesionaba el orden público y la dignidad humana, los jueces de última instancia consideraron que está decisión podía vulnerar la libre prestación de servicios y plantearon una cuestión prejudicial.

El problema era similar al de *Krombach*: ¿quién determina el concepto de orden público?. El TJUE desde los años 70 había considerado que el orden público era un límite legítimo a las libertades comunitarias (libre prestación de servicios, libre circulación de mercancías, personas y capitales), pero había considerado que este orden público debía basarse en una opinión común, compartida por todos los países. *Omega* en cambio apuesta por abrir un camino al reconocimiento de los valores y peculiaridades que puedan existir en cada país. En la interpretación del concepto de orden público debe dejarse un margen de apreciación a cada Estado.

¿Es *Omega* contraria a *Krombach*?, sí y no. Sí, desde luego, si se interpreta desde la óptica de la primacía de lo supranacional a toda costa, por encima de las particularidades de los estados; no, si se interpreta desde las posibilidades de la convivencia entre sistemas jurídicos en situaciones de interlegalidad[76]. La *doctrina del margen nacional de apreciación* que utiliza el TJUE es bien conocida en el TEDH que la emplea desde hace años, con el fin precisamente de respetar ámbitos de autonomía estatal en aquellos supuestos en que no existe consenso entre los estados en relación a los contenidos o los límites de un derecho fundamental como consecuencia de consideraciones de carácter moral o cultural o de la mejor situación del legislador nacional para apreciar cuál es la medida más idónea en una situación excepcional[77].

SolangeII, *Bosphorus*, *Omega* pueden ser catalogadas como soluciones a la búsqueda del consenso o la no conflictividad. Pero las colisiones, sin embargo, no siempre pueden evitarse. No es deseable además que la evitación "pacífica" de conflictos prime siempre a toda costa sobre la protección efectiva de derechos fundamentales. El caso paradigmático es el asunto *Kadi*[78]. En este caso, las autoridades nacionales ejecutaban un Reglamento del Consejo de la UE, que a su vez era la transposición fiel de una decisión del Consejo de Naciones Unidas, relativo a la confiscación de bienes de personas que estaban incluidas en una "lista negra" por ser sospechosas de terrorismo. La ausencia de garantías de cualquier tipo a la hora de ser incluida en una "lista negra" y la imposibilidad de recurso posterior, hacía difícilmente compatible la normativa de Naciones Unidas con los derechos fundamentales europeos. Tras una solución contempori-

76 Como ha expuesto Manacorda, el concepto de orden público serviría en este sentido para permitir a los Estados una "zona de refugio" de su derecho penal, al abrigo de la primacía del ordenamiento comunitario y de sus efectos negativos, útil para invocar en aquellos casos en que la norma penal protege un valor esencial para un país, no necesariamente compartido o entendido por el resto, vid. Manacorda, Le contrôle des clauses d'ordre public: la "logique combinatoria" de l'encadrement du droit penal, en Giudicelli-Delage/ Manacorda (dir.), Cour de justice et justice pénal en europe, Société de Législation Comparé, Paris, 2010, p. 57 ss.

77 Vid. el magnífico estudio de García Roca. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derecho humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010. El margen de apreciación nacional se ha convertido también en una mecanismo de evitación de conflictividad en manos del TJUE y de la Corte Iberoamericana. Vid. respectivamente Díaz Crego, El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TJCE referida a los derechos fundamentales, en García Roca/Fernández Sánchez (coords), Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, pág. 55 ss; Barbosa Delgado, Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, Revista Derecho del Estado, nº 26, 2011, pág. 107 ss.

78 Para un comentario de esta sentencia (not. 49), en la perspectiva que aquí interesa, vid. Nieto Martín, Kadi (STJCE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea, en Terrorismo y Estado de Derecho, Dir. Serrano Piedecasas/Demetrio Crespo. Iustel. 2010.

zadora del Tribunal de Primera Instancia de la UE, la gran sala decide aplicar el estándar de derechos fundamentales de la UE para juzgar una medida que era aplicación directa de una norma procedente de otra organización internacional.

Las recientes sentencias sobre los casos de asilo a Grecia del TEDH[79] y del TJUE[80], muestran en un sentido similar a *Kadi*, como la presunción de protección equivalente en ocasiones se abandona cuando existen evidentes violaciones o puestas en peligro de derechos fundamentales. El 21 de Enero de 2011 el TEDH se enfrentó con una situación estructuralmente similar a la de *Soering* y las violaciones indirectas. Un ciudadano afgano que se encontraba en Bélgica tenía que ser transferido a Grecia, país por el que había entrado al territorio a la UE, con el fin de que éste decidiera o no acerca de la concesión del Derecho de asilo. Esta forma de proceder, establecida en la regulación común del asilo, el Convenio de Dublin[81], conlleva que las autoridades belgas deben proceder de manera casi automática a la entrega. El TEDH, aplica en este caso la lógica de las violaciones indirectas de Soering y considera que la entra del ciudadano afgano a Grecia supone una violación del art. 3 del CEDH (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) debido al estado infrahumano de los centros de asilo en Grecia, como consecuencia de la crisis. Esta doctrina, como le recuerda el gobierno holandés al TEDH, rompe de alguna forma con *Bosphorus* y la doctrina de la equivalencia global.

Un año después del caso *M.S.S* ante TEDH, el TJUE, en su sentencia de 21 de diciembre de 2011 (*caso N.S*), relativa también a un supuesto de *refoulement* a Grecia, ha reconocido que un Estado miembro no está obligado a transferir de manera automática a una persona que se encuentra en su territorio, cuando ello supone un peligro para un derecho fundamental como la prohibición de malos tratos. Las repercusiones de esta última sentencia están aún por ver. El Convenio de Dublín se basa en un principio estructuralmente similar a la confianza mutua que, como es sabido, es el pilar que sustenta al principio de reconocimiento mutuo. La idea de confianza mutua responde a una filosofía similar a la presunción de equivalencia de *Bosphorus*. Permite confiar que las autoridades de otro Estado son capaces de hacer bien su trabajo y garantizar una suficiente protección a los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, y como ya ha advertido algún autor, el caso *N.S. v Secretary of State for the Home Department* puede socavar el principio de reconocimiento mutuo y con ello de herramientas tan esenciales para el Espacio de Justicia y Libertad Común como la orden de detención europea[82].

En general, lo que manifiesta este grupo de sentencias disonantes, de *Kadi* a los casos de asilo, es que la idea de equivalencia y el respeto hacía la capacidad de otro ordenamiento, debe ser completada con una doctrina que permita solucionar casos excepcionales, en los que de forma evidente se están vulnerando derechos fundamentales. De otro modo, la búsqueda de consensos a toda costa acabaría por reducir los mecanismos de protección de derechos fundamentales de cada sistema en los casos de situaciones de interlegalidad. La nueva arquitectura jurisdiccional de protección de derechos fundamentales debe verse por tanto como una red de jueces, que disponen, de un lado, de herramientas que les permiten el trabajo en común, confiando en la eficacia de sus estándares de protección, pero

79 TEDH, 21.1.2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application no. 30696/09.

80 TJUE, 21.12.2011, case C-411/10, *N.S. /Secretary of State for the Home Department* (England and Wales).

81 Reglamento nº 343/2003 de 18.2.2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO L 50 de 25.2.2003, p. 1

82 Cfr. Billing, The Parallel Between Non-Removal of Asylum Seekers and Non-Execution of a European Arrest Warrant an Human Rights Grounds: The CJUE Case of N.S v. Secretary for Home Department, European Criminal Law Review, nº 4, 2012.

también de mecanismos de control mutuo en situaciones de evidente vulneración de derechos fundamentales ya sea por normas de otro sistema, ya sea por decisiones judiciales o administrativas. El desarrollo de este último tipo de herramientas redunda en la concesión de un mayor estándar de protección derivado, precisamente, del trabajo en red.

2. El diálogo entre jueces.

Hasta ahora se han expuesto doctrinas jurisprudenciales que muestran formas de resolver los conflictos entre normas en sistemas en "red". Pero un sistema jurídico global en red no sólo necesita de herramientas que establezcan relaciones entre las normas, como por ejemplo, el criterio de primacía o de interpretación conforme del Derecho de la Unión Europea, sino que también es preciso generar instrumentos que permitan el diálogo entre jueces. El término diálogo tiene en este lugar básicamente sentidos[83]. A veces se tratará de un diálogo real y formalizado, como el que se produce a través de la cuestión prejudicial entre los tribunales nacionales y el TJUE, en otras ocasiones por diálogo se entiende simplemente el recurso al derecho comparado y, más concretamente, a sentencias de tribunales de distintos sistemas jurídicos. Sería posible, por supuesto, establecer situaciones de diálogo mucho más avanzadas, como comités conjuntos de tribunales regionales de derechos humanos, o de los distintos tribunales constitucionales de una determinada región como la Unión Europea. En la UE se manejó durante algún tiempo la idea de un super tribunal compuesto por miembros de TC nacionales y el TJUE.

A la distinción entre distintas formas de diálogo debe añadírsele otra división más. Existen situaciones en la que el diálogo entre jueces de distintos sistemas es forzoso. Hasta ahora esta situación de diálogo forzoso se produce únicamente en la UE y con otras características en la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos. En otros casos, el diálogo es sólo facultativo. Los TC nacionales de los países de la UE, el TJUE y el TEDH, el TEDH y la Corte Iberoamericana o los tribunales de los países del common law no están obligados a dialogar entre sí, aunque, como veremos, esta afirmación debe matizarse.

En cualquier caso conviene mantener por separado las divisiones establecidas en los dos párrafos anteriores: *diálogo formalizado/utilización de jurisprudencia comparada* y *diálogo forzoso/facultativo*. Así, por ejemplo, los tribunales nacionales pueden utilizar con el TJUE tanto el diálogo formalizado como la utilización de la jurisprudencia comparada. En otras ocasiones, como ocurre entre el TEDH y el TC nacional deberíamos hablar de un diálogo forzoso no formalizado. Forzoso porque cláusulas como el art. 10.2 de la Constitución española requieren metodológicamente el recurso a la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo[84], pero desformalizado o facultativo porque no existe una vía de comunicación formal, como lo que se da entre algunos tribunales regionales de latinoamérica y los jueces nacionales. Esta mezcla da lugar a que el TC use la jurisprudencia del TEDH prácticamente como si se tratara de jurisprudencia propia.

En el caso de la UE como es conocido ha existido y existe una reticencia al diálogo forzoso por parte de los jueces nacionales a la hora de plantear la cuestión prejudicial. Esta resistencia es particularmente persistente en los casos de los tribunales constitucionales. Por esta razón constituyó todo un hito la cuestión prejudicial que planteo el Tribunal Constitucional belga en relación a la compatibilidad de la orden de detención europea con determinados derechos fundamentales. La actitud de los jueces belgas contrastó notablemente con la de los TC checo, polaco, chipriota y, sobre todo, la

83 Es fundamental en lo que sigue Vergottini, Más allá del diálogo entre tribunales, Cuadernos Civitas, Madrid, 2010.

84 Vid. Saíz Arnaiz, La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los Derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución Españoa, CGPJ, Madrid, 1999.

del Tribunal Constitucional alemán, que de manera autónoma juzgaron la constitucionalidad e la orden de detención[85]. En este contexto resulta de gran importancia la primera cuestión prejudicial planteada por el TC al TJCE, en el marco nuevamente de la orden de detención y las sentencias en rebeldía, sobre la que volveremos de inmediato.

La reciente sentencia del TEDH *Ullens de Schootenet et Rezabveck c. Bélgica*[86] resulta una aportación esencial a la construcción del *diálogo forzoso* entre tribunales. Lo llamativo de este supuesto es que hayan sido los jueces de Estrasburgo los que han realizado esta aportación esencial al sistema de cuestión prejudicial. El caso que da origen a esta importante sentencia es el arquetipo de los denominados efectos negativos del derecho de la UE en el derecho penal nacional: los acusados consideran que el precepto penal por el que están siendo juzgados es contrario a los tratados de la UE; los jueces belgas en cambio no sólo no aprecian dicha contradicción, bastante evidente a la luz de las circunstancias del caso, sino que además se niegan a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. Por esta razón, los recurrentes deciden ir al TEDH, alegando que la negativa arbitraria de los jueces belgas a plantear una cuestión prejudicial, constituye una violación del art. 6 del Convenio (derecho a ser oído por el tribunal fijado por la ley). El TEDH al acoger sus argumentos supone un importante avance en el diálogo forzoso entre tribunales, pues viene a indicar que allí donde existen posibilidades de diálogo, negarlas de manera arbitraria, contraviene el derecho al juez legal. Quien es juzgado tiene por tanto derecho al diálogo, a que le pueda oír el juez de otra pirámide normativa cuando ello resulta necesario.

La situación de diálogo facultativo resulta a primera vista radicalmente distinta a la anterior. Por lo pronto, en estos casos no existe por supuesto ningún cauce formal y el diálogo se traduce simplemente en el recurso a la jurisprudencia comparada o al derecho comparado. A este fenómeno se le ha dado recientemente el nombre de fertilización cruzada o *crossfertilization*. Este fertilización es bastante frecuente en la jurisprudencia constitucional. Aunque no existe ninguna cita expresa no hace falta realizar estudios profundos para por ejemplo comprobar que la formulación del principio de proporcionalidad del TC español bebe directamente de las fuentes de Karlsruhe o que en la ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión la jurisprudencia del TS de los Estados Unidos ha sido siempre una guía para la de la UE.

Se da un paso más cuando una sentencia de un tribunal extranjero es citada expresamente en la sentencia. El caso de la Corte Iberoamericana y la CEDH ha sido paradigmático. Pero también en la europea resulta conocido la sentencia del TC italiano sobre el derecho a la vida y los problemas de la eutanasia. La cita de sentencias extranjeras no está exenta de críticas, cuando se trata de tribunales absolutamente independientes. Se objeta en este sentido que la elección de las citas se hace de manera arbitraria, descontextualizada o como citas de autoridad. Generalmente no existe además un diálogo abierto entre los tribunales. Es frecuente que algunos países ex comunistas citen al TC alemán, pero no viceversa, e igual ocurre en el ámbito de la common wealth o del área de influencia del derecho norteamericano.

En EEUU, las referencias al TEDH y al derecho extranjero, fueron especialmente importantes en *Lawrence v. Texas*[87], caso en el que el TS declaró in-

85 Para un análisis de este conjunto de sentencias Komarek, European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the limits of contrapuntual principles, Common Market Law Review, n º 4, 2007, pág.s 9 ss.

86 STEDH, 20.9.2011, req. nº 38353/07

87 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). La cita a la jurisprudencia del TEDH, se reduce a una sentencia STEDH, *Dudgeon* v. *United Kingdom,* (1981) , con el fin de mostrar que en la civilización actual el castigo de la homosexualidad es algo anacrónico. Las referencias al derecho comparado se extienden también a los informes ante el Parlamento británico en la década de los 70 para abolir el castigo de la homosexualidad.

constitucional una ley del Estado de Texas que castigaba las relaciones entre homosexuales, y en *Roper v. Simons*[88], en que el declaró inconstitucional la pena de muerte aplicada a menores. Estas citas fueron objeto de duras críticas por una parte del TS y de la doctrina utilizando un argumento que plasma muy bien el "tiempo de las pirámides": cada derecho constitucional es autosuficiente y no necesitas de fuentes externas para ser interpretado[89]. Para los partidarios del *originalismo*, la cita a las opiniones de otros ordenamientos rompe con la imagen del juez constitucional como mero ejecutor de la Constitución, tal como fue establecida originariamente[90].

Los argumentos más relevantes en contra del uso de la jurisprudencia constitucional comparada son sin duda los del *originalismo*, en cuanto que sacan a la luz la raíz del problema. Aunque, evidentemente, no puede criticarse que se atienda a cómo se ha resuelto un caso similar por otros tribunales extranjeros. El derecho comparado puede desde luego utilizarse mal, descontextualizado o de manera incompleta, pero tener conocimiento de la experiencia comparada siempre a porta una mayor razonabilidad y ayuda a entender el problema de manera más exacta. El problema es en qué medida decisiones de tribunales foráneos pueden tener una influencia directa en la interpretación de un derecho constitucional. El debate nos sitúa de nuevo ante el problema de decidir si el modelo constitucional responde al de la pirámide o como consecuencia de la globalización, la importancia del derecho internacional, hoy las constituciones, o las Convenciones internacionales, deben interpretarse desde la mentalidad de la red.

Esta cuestión, obviamente, no puede ser cerrada en este momento. Pero lo cierto es que el hecho de la globalización, y las modificaciones que ha producido en el concepto de soberanía estatal[91] y, más aún, la mutación que en este concepto ha experimentado la soberanía de los países de la UE, deben tener su reflejo en las teorías de la interpretación de la Constitución. Situar la interpretación de la Constitución en clave soberanista-autorreferencial implica desconocer estas alteraciones en el concepto de soberanía. Por esta razón, resulta razonable mantener que en la interpretación de la Constitución resulta necesario la referencia no ya sólo al derecho internacional de los derechos humanos o a la jurisprudencia del CEDH, sino también a la doctrina o a la legislación en materia de derechos fundamentales, de otros países y tribunales.

Estas referencias resultan especialmente necesarias en el momento de dotar de contenidos a los conceptos que permiten las relaciones entre normas como es el caso del orden público, las violaciones indirectas o la equivalencia global. Aunque estas herramientas resultan aceptables, no resuelven del todo la colisión, como muestra la oscilante doctrina del TC español sobre la cooperación judicial en sentencias dictadas en rebeldía. En efecto, el problema del contenido ad extra de un derecho fundamental o del orden público nacional o europeo es el que, en teoría, permite a un único tribunal determinar unilateralmente cuál es el contenido de los derechos. La sentencia 91/2000 muestra los pocos esfuerzos que hace el TC por "enterarse" que ocurre en otros sistemas, las referencias al derecho constitucional comparado son más bien escasas[92].

---

88 Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

89 Con referencias bibliográfica, Vergottini, (not. 83), p. 220 s.

90 Sobre la cuestión de fondo de esta polémica, los métodos de interpretación de la constitución, en el TS de los EEUU, vid. Beltrán de Felipe, Originalismo e interpretación Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional, Civitas, 1989.

91 Cfr. Hinojosa Martínez (not. 28), p. 1: "es necesario abandonar el concepto clásico de soberanía del Estado heredado del siglo XIX en cualquier aproximación actual a dicho concepto". Sobre la evolución del concepto de soberanía, vinculándolo a la necesidad de reformular la reserva de ley penal, Muñoz de Morales (not. 8), p. 497 ss y especialmente p. 509 ss.

92 En ninguna de las sentencias sobre rebeldía y orden de extradición europea el TC español cita jurisprudencia de otros tribunales, vid. STC de 30.3.200, 91/2000; STC 177/2006, de 5.6.2006; STC 155/2009, de 25.6.2009; STC 199/2009, de 9.6.2011.

El problema que encierran estos conceptos es por tanto, y fundamentalmente, de índole metodológico: ¿cómo se determina el contenido ad extra o el orden público? La solución no es otra que recurriendo al derecho comparado como criterio de interpretación de la Constitución.

Desde la perspectiva que aquí nos interesa, el acierto fundamental de la cuestión prejudicial planteada por el TC español en relación a la eurooden, y que ha dado lugar al asunto Melloni[93], fue considerar que los derechos fundamentales de la UE son claves para concretar el contenido esencial o el contenido ad extra de un derecho fundamental conforme a nuestra Constitución. En este caso, es cierto, se trata de un supuesto de diálogo forzoso, articulado además por la vía del art. 10.2 de la CE que hace referencia a los Convenios internacionales suscritos en España como criterio de interpretación de los derechos fundamentales. El contenido de un derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE resulta obviamente relevante en la interpretación de un derecho fundamental de la Constitución[94].

El método de interpretación de la Constitución que aquí se propone pasa por dar un salto más, pero que obedece a la misma lógica. El núcleo esencial de los derechos fundamentales en caso de cooperación y de situaciones de interlegalidad debe interpretarse de manera dialogada, partiendo del contenido que tienen en países o regiones que comparten un modelo de Estado similar. La aceptación de la doctrina de los tribunales en situaciones de interlegalidad depende de que coordinen sus posiciones, a través de lo que se ha dado en llamar una interpretación convergente o evolutiva[95]. En el nuevo escenario de la globalización, los jueces, incluidos los constitucionales, deben acostumbrarse a trabajar sin *Grundnorm*, o aceptando que en realidad existe una red de *Grundnormen*, acomodando mutuamente sus decisiones. La legitimidad de las decisiones judiciales en el ámbito internacional no proviene de que se tomen decisiones aisladas y unilaterales, sino de establecer un marco de diálogo que ha de ser lo más cercano a la situación ideal del habla de Habermas[96]. ◧

93 Not. 66

94 Vid. Arroyo Jimenez, Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional, InDret 4/2011 (www.indret.com). Desde el punto de vista del diálogo constitucional que aquí se propone la sentencia Melloni (not. 66) resulta sin embargo decepcionante. Por lo escueto y tajante de sus conclusiones no adopta un estilo conforme al diálogo, en el mismo sentido Díez-Hochleitner, El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión, Working Papers on European Law and Regional Integration, WP IDEIR nº 17 (2013), especialmente p. 28.

95 Acerca de este tipo de interpretación, que se ha aplicado por ejemplo en la interpretación de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, vid. Canosa Usera, La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derecho Humanos, en García Roca/Fernández Sánchez (coord.), (not. 77), p. 79 ss;

96 Aunque pensado para el ámbito de la UE, estas son las propuestas del constitucional pluralism que han descrito autrores como Mac Cormick, Beyond the Sovereign Satate, Modern Law Review, 1993, núm. 56, p. 1 ss: Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, Modern Law Review, 2002, núm. 65, p. 317 ss; Maduro, Contrapuctual Law: Europe's Contitutional Pluralism in Action, in Walker N., Sovereignty in Transition, 2003, p. 501 ss.

I

Le droit pénal à l'épreuve de la Charte des droits fondamentaux: confirmations et innovations dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

Stefano Manacorda
Professeur de droit pénal – Seconda Università di Napoli. Directeur de l'Equipe « Internormativités dans l'espace pénal » - Collège de France.

1. Préambule : Chartes des droits et rôle du juge en matière pénale.

La multiplication des Chartes des droits fondamentaux mène à des effets de convergence territoriale et de divergence de contenu, en raison de l'absence d'organisation hiérarchique et du polycentrisme normatif dont elles sont porteurs, donnant lieu à un cadre faisant l'objet de lectures très diverses[1]. Si, d'une part, la position de ceux qui voient dans ce mouvement un renforcement de la protection des droits, en raison de la coexistence vertueuse de systèmes autonomes[2], il est d'autre part indis-

1 A propos de la protection multiniveaux des droits fondamentaux voir, à partir des écrits d'I. Pernice, Multilevel constitutionalism in the European Union, *European Law Review*, Vol. 27, n.5, 2002 p. 511 et s., P. Bilancia – E. De Marco (dir.), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004 ; M. Cartabia, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007 ; P. Passaglia, la protection multiniveaux des droits fondamentaux: les rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et la cour de justice de l'uUion européenne, *Jurisprudentia*, 2005, p. 98 et s. ; A. Ruggeri, La tutela « multilivello » dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali, *Politica del diritto*, 2007, p. 317 et s. ; F. Sorrentino, La tutela multilivello dei diritti, *Riv. It. Pub. Com.*, 2005, p. 79 et s.

2 Dans la perspective du droit pénal V. Manes, I principi penalistici nel network multilivello : trapianto palingenesi, cross-fertilization, *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2012, p. 839 et s., ainsi que S . Manacorda, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU : una nuova topografia delle garanzie pe-

cutable qu'un tel patchwork est également porteur d'un certain sens d'égarement[3]. La multiplicité des standards normatifs de référence, combinée à la multiplication des instances juridictionnelles appelées à les appliquer, risque de donner lieu à une incertitude dans l'application. De telles craintes sont renforcées par des facteurs ultérieurs de chaos, tels que l'absence de mécanismes institutionnels visant la cohérence des interprétations, et la succession de décisions qui, fondées sur la doctrine du précédent, adaptent les des solutions issues des décisions rendues par les cours européenne au moyen d'opérations herméneutiques de *legal transplant* pas toujours réussies[4]. La doctrine de l'effet utile et l'interprétation conforme conduisent à des conséquences imprévisibles, également *in malan partem*, ainsi renforçant la complexité du système. Tout ceci pourrait, selon certains, amener à préconiser un rôle créatif du juge, libéré de toute astreinte lorsqu'il n'est pas accompagné d'un encadrement systématique opportun.

Face à de telles données, et avec la conviction qu'un tel mouvement général prend des connotations positives seulement s'il est accompagné d'une certaine systématisation, nous proposons d'effectuer une tentative de clarification de quelques principes fondamentaux qui devraient régir – dans le nouveau et toujours variable scénario – le recours aux textes internationaux de protection des droits fondamentaux dans l'optique pénaliste. Dans une telle perspective spécifique, après avoir préliminairement délimité le champs soumis à l'incidence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union sur les systèmes pénaux (para. 2), les réflexions qui suivent s'orienteront dans trois directions différentes qui sont déjà apparues dans le débat doctrinal : le rapports entre la Charte et les autres instruments de protection des droits fondamentaux (para. 3) ; les conditions d'application de la Charte (para. 4) ; les effets directs des normes de la Charte (para. 5). A la marge, quelques remarques devront être dédiées à la description des interférences avec les garanties constitutionnelles (para. 6) afin de saisir, en conclusion, les retombées prévisibles d'un tel cadre sur le jugement de conformité des normes pénales aux standards de protection des droits fondamentaux (para. 7).

2. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: le système pénal en première ligne.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a déjà fait l'objet de prises de position changeantes, dérivées des incertitudes persistantes quant à ses critères d'application et à ses rapports avec les sources préexistantes qui constituent un véritable puzzle constitutionnel et européen[5]. Les deux récentes décisions de la Grande Chambre de la Cour de Justice dans les affaires *Åkerberg Fransson* et *Melloni*, toutes deux datées du 23 février 2013 - qui font déjà l'objet de quelques commentaires - contribuent à clarifier le rôle, peut-être innovant sur ce point, de la Charte. Ces arrêts représenteront le point de référence essentiel (bien que non exclusif) des réflexions qui suivent[6]. Les

nalistiche *in* Europa *?,* in V. Manes – V. Zagrebelsky (dir.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento pénale italiano,* Milano, 2011, p. 147 et s.

3 Sur ce sujet V. Manes, Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento e (per il giudice) penale interno, *in* V. Manes – V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano,* cit., p. 61 et s. Récemment, l'accent a été mis sur "les inquiétudes liées à la protection à de multiples niveaux des droits fondamentaux" D. Tega, *I diritti in crisi, Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasbourgo,* Milano, 2012.

4 Pour une étude sur le rôle du juge dans l'application des droits de l'homme et les défis complexes qui les attendent R. Conti, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice,* Milano, 2011.

5 Voir V. Manes, *I principi penalistici nel network multilivello,* cit., p. 847 et s.

6 Dans la doctrine pénaliste, parmi de nombreux travaux, F. Palazzo, Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal, *Rev. Sc. Crim.*, 2008, p. 1 et s.; F. Viganò, Fonti europee e ordinamento italiano, *Dir. Pen. e proc.*, 2011, p. 5 et s. (en particulier p. 19 et s.) ainsi que notre Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia

décisions en question dévoilent de multiples perspectives du point de vue pénal : la première décision concerne les garanties pénales inhérentes à la pluralité des mesures punitives et au principe *ne bis in idem* interne ; la seconde porte sur les garanties de nature procédurale liées au mandat d'arrêt européen. Cela ne fait par ailleurs que confirmer un courant principalement pénaliste des récentes décisions européennes et constitutionnelles plus significatives adoptées sur le plan des rapports entre les sources, s'agissant de la discipline au sein de laquelle l'implication des droits fondamentaux est la plus importante.

Par delà cette évidence cependant se cache des questions essentielles : la banalisation de l'élément pénal vers laquelle la Cour de Justice semble s'être dirigée pour garantir l'effectivité de sa suprématie est-elle acceptable? Est-il admissible que le juge

---

delle garanzie penalistiche in Europa ?, cit., p. 147 et s.; L. Burgogue-Larsen (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,* Bruxelles, 2005; Id., La "force de l'évocation" ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *in L'équilibre des pouvoirs et l'esprit des institutions. Mélanges en l'honneur Pactet,* Paris, 2003, p. 77 et s.; Id., Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Cahiers de droit européen,* 2004, p. 863 et s.; Id., L'apparition de la Charte des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, note sous Parlement c. Conseil, 27 juin 2006, *AJDA*, 4 décembre 206, n°41/2006, p. 2286 et s.; S. Iglesias Sanchez, The Court and The Charter : The Impact of the Entry Into Force Of the Lisbon Treaty on the Ecj's Approach To Fundamental Rights, *Common Market Law Review,* 2012, p. 1565 et s.

Par rapport à C-GE (GS), décision du 26 février 2013, Acklagaren c. Hans *Åkerberg* Fransson, C-617/10 voir M. Abenhaïm, La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt « Åkerberg Fransson », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2013, p. 175 et s.; J.F. Akandji-Kombé, Arrêt «Akerberg Fransson»: l'application juridictionnelle de la Charte européenne des droits fondamentaux, *Journal de droit européen*, 2013, p. 184 et s.; R. Conti, Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo ? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le carte dei diritti dopo la sentenza Aklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10), www.diritticomparati.it; F. Fontanelli, Fransson and the application of the EU Charter of Fundamental Rights to State measures - nothing new under the sun of Luxembourg, http://www.diritticomparati.it; V. Kronenberger, Quand «mise en oeuvre» rime avec «champ d'application»: la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le contexte de l'application du ne bis in idem, *Revue des affaires européennes*, 2013, p.147 et s. ; J. Morijn, Akerberg and Melloni : what the ECJ said, did and may have left open, www.eutopialaw.com; P. Oliver, T. Bombois, «Ne bis in idem» en droit européen: un principe à plusieurs variantes, *Journal de droit européen*, 2012 , p. 266 et s.; F. Picod, La Charte doit être respectée dès qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, *La Semaine Juridique - édition générale*, 2013, p. 312 et s.; D. Simon, Ne bis in idem. La Cour valide à certaines conditions la faculté de cumul de sanctions fiscales et pénales au terme d'un examen approfondi des exigences résultant de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux, *Europe*, 2013 Avril Comm. nº 4, p.14 et s.; V. Skouris, Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson, Il diritto dell'Unione Europea, 2013, p. 229 et s.; F. Vecchio, I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali, *Quaderni costituzionali*, 2013, p.454 et s.; J. Vervaele, The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU, *Review of European Administrative Law*, 2013, p.113 et s.; D. Vozza, I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea, http://www.penalecontemporaneo.it; F. Zampini, Fraude fiscale et principe ne bis in idem : la position de la CJUE, *Revue Lamy droit des affaires*, 2013, p. 52 et s.

Par rapport à C-GE (GS), décision du 26 février 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal, C-399/11,* voir M. Brkan, L'arrêt Melloni: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, *Revue des affaires européennes*, 2013, p.139 et s.; R. Conti, Da giudice (nazionale) a Giudice (euro unitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni, www.diritticomparativi.it; A. Di Martino, Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia, www.diritticomparati.it; G. Gazin, Mandat d'arrêt européen. Reconnaissance mutuelle versus protection des droits fondamentaux : prévalence accordée à la première en droit pénal de l'UE, *Europe*, 2013 Avril, Comm. nº 4, p. 23 et s.; J. Morijn, Akerberg and Melloni, cit.; E. Van Rijckevorsel, La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt « Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2013, p. 182- et s. Sur les conclusions de l'Avocat Général dans l'affaire Melloni, parmi d'autres, A. Ruggeri, Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell'avv. Gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo), www.diritticomparati.it.

européen ne s'ouvre pas, dans sa composition et dans ses techniques argumentatives, à une certaine influence pénaliste? Le moment ne serait-il pas venu de créer des sections spécialisées de la Cour de Justice prêtant une attention à la complexité et à la signification particulières des thèmes touchant à l'Espace de liberté, de sécurité et des justice[7]? Il s'agit d'interrogations qui resteront pour l'instant volontairement sans réponses, espérant toutefois que quelques éléments de réflexion pourront émerger des remarques suivantes.

Par ailleurs, et c'est un élément ultérieur digne d'intérêt dans la perspective disciplinaire choisie, il semble évident que le juge ordinaire autant que le juge constitutionnel, apparaissent comme étant encore peu enclins à reconnaître un rôle à la Charte dans le domaine du droit pénal. Concernant la Cour constitutionnelle italienne, seule une décision traite *ex professo* ce thème (décision n. 80/2011), et rares sont celles qui font référence à la Charte même lorsque cela aurait été pertinent. Ainsi, par exemple, dans la décision n. 7/2013[8], le juge référant – en soulevant la question d'inconstitutionnalité de l'article 569 du code pénal, en ce qu'il prévoit que la condamnation prononcée contre un parent pour le délit de déclaration d'une naissance inexistante entraîne de droit la perte de l'autorité parentale en vertu de l'article 566 al. 2 du code pénal, empêchant ainsi le juge de procéder à une quelconque appréciation de l'intérêt supérieur du mineur en l'espèce - avait invoqué la Charte. Celle-ci prévoit en effet, à l'article 24 paragraphes 2 et 3 que: « Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » et que « Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ». De tous les paramètres internationaux évoqués par le juge *a quo*, la Charte est le seul instrument auquel la Cour constitutionnelle a omis de se référer dans sa décision.

Une certaine réticence du à se référer à la Charte est probablement imputable au niveau déjà élevé des standards de protection des droits fondamentaux résultant de la combinaison des Constitutions avec la Convention européenne des droits de l'homme et de l'hésitation à avoir recours à un instrument dont la portée demeure encore incertaine. Aujourd'hui toutefois, cet élément mérite d'être reconsidéré à la lumière des plus récents ajouts de la jurisprudence du Luxembourg et il ne semble pas possible de pouvoir exclure que la prudence interne soit destinée à céder le pas à une plus grande considération de la Charte, comme cela a déjà été le cas sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme. Le potentiel d'application de la Charte dans le champ pénal provient, par exemple, au sein du Chapitre VI en matière de Justice, de l'article 49 qui énonce de manière novatrice le principe de proportion entre les délits et les peines de façon explicite[9], ainsi que la reconnaissance de nouveaux droits dans les autres chapitres de la Charte.

En définitive, si le système pénal semble être en première ligne par rapport à la Charte, les juges semblent encore être en attente d'un éclaircissement des termes du débat.

---

7 L'article 257 TFUE dispose que "Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent créer des tribunaux spécialisés adjoints au Tribunal chargés de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques ».

8 Cour constitutionnelle italienne, décision du 23 janvier 2013, n. 7, Pres. Quaranta, Rel. Grossi, avec une note de V. Manes, La Corte costituzionale ribadisce l'irregionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" de "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost), www.dirittopenalecontemporaneo.it.

9 Sur ce principe, C. Sotis, I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, p. 111 et s.; Id., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 81 et s.

3. La Charte et la Convention européenne des droits de l'homme en concurrence sur le terrain pénal : dimension autonome ou dérivée par rapport au contenu du droit ?

Avant même les décisions que l'on commente ici, la doctrine et la jurisprudence, à l'exception de quelques voix isolées, avaient conjointement exclu que la Charte puisse donner lieu à une réception de la Convention européenne des droits de l'homme sur le plan communautaire. Comme le montrent les plus récentes décisions une telle conclusion n'est pas autorisée par l'article 6(3) TUE, en vertu duquel les droits fondamentaux garantis par la Convention « font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux », formule qui ne contient pas d'innovation par rapport à la précédente contenue dans le traité d'Amsterdam selon lequel l'Union « respecte » uniquement les droits en question.

Une telle ligne interprétative est d'ailleurs confirmée par la récente décision *Åkerberg Fransson*, laquelle - au paragraphe 44 – affirme que « s'agissant, d'abord, des conséquences à tirer, pour le juge national, d'un conflit entre le droit national et la CEDH, il y a lieu de rappeler que (...) le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la CEDH et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national »[10].

Reste donc intouchée la proposition qui avait été avancée et que la Cour confirme selon laquelle seule l'adhésion de l'Union européenne à la Convention pourrait substantiellement modifier le cadre juridique actuel : la Convention « ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union »[11]. A cet égard, il suffit seulement de rappeler ici, qu'au cinquième tour des négociations qui s'est tenu du 3 au 5 avril 2013, il a été convenu de procéder à la conclusion de l'accord[12] pour laquelle l'avis obligatoire de la Cour de Justice est attendu.

Cependant, une lecture plus attentive permet facilement de saisir qu'une telle affirmation du principe est destinée, au moins en partie, à être atténuée par le renvoi au contenu de la Convention opéré par la Charte à travers la clause de coordination de l'article 52. Comme la décision *Åkerberg Fransson* le rappelle : « l'article 52, paragraphe 3, de la Charte impose de donner aux droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la CEDH le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention". Il est donc plausible de retenir que si la CEDH ne fait pas non plus l'objet d'une communautarisation formelle – qui aurait eu pour effet, dans certains ordres juridiques, de la rendre directement applicable devant le juge ordinaire – lorsque la Charte énonce, même de manière générale, des droits reconnus par la CEDH ou par la

10 C-GE, GS, 24 avril 2012, C-571/10, *Kamberaj*, §§ 60-63, avec la note de A. Ruggeri, La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012), www.giurcost.org.

11 Dans la très vaste littérature portant sur la question de l'adhésion de l'UE à la CEDH, voir notamment O. De Schutter, L' adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, p. 535 et s.; A. Tizzano, Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH, *Rev. trim. de droit européen*, 2011, p. 9 et s.; F. Tulkens, La protection des droits fondamentaux en Europe et l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, *KritV*, 2012, p. 14 et s.; P. Mengozzi, Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH, *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 231 et s.; V. Zagrebelsky, La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, www.europeanrights.eu. Du point de vue droti pénal voir C. Sotis, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario, *in* V. Manes – V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 138 et s.

12 Cfr. A. Giliberto, Una pietra miliare nei negoziati sull'adesione dell'UE alla CEDU. Il report finale sul quinto incontro di negoziati per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (5 avril 2013), www.penalecontemporaneo.it.

Cour Européenne des droits de l'homme, leur signification et leur portée doivent être empruntées de l'interprétation élaborée à Strasbourg.

Par l'effet d'une telle clause de jonction, dans des cadres déterminés, il se produit donc une égalisation substantielle de la CEDH à la Charte qui a comme ultime effet celui même d'une élévation au rang communautaire du contenu de la CEDH. Une telle affirmation peut être vérifiée en relation avec certaines notions dérivées de la CEDH et délimitées par la Cour de Justice dans les deux décisions commentées ici.

La question se pose pour le principe *ne bis in idem*, obstacle auquel se heurtent maintenant avec une certaine régularité les prétentions punitives des États membres, tant dans leur portée interne, en référence à l'interdiction du double jugement au sein du même ordre, qu'en relation avec leur portée transnationale, dans les rapports entre États Membres de l'Union[13]. Il s'agit d'un droit fondamental qui fait l'objet d'une consécration expresse à l'article 50 de la Charte mais qui se trouve déjà reconnue, dans la dimension interne, à l'article 4 du Protocole n° 7 de la CEDH.

L'Avocat Général proposait une interprétation partiellement autonome de l'article 50 de la Charte, soulignant les limites d'une interprétation à la lumière exclusive de la CEDH. L'argument essentiel concernant cette question était le suivant : « À mon avis, la CEDH, à laquelle le droit primaire de l'Union fait référence, est la Convention à proprement parler, c'est-à-dire dans sa combinaison de dispositions impératives et, jusqu'à un certain point, aléatoires. L'interprétation des références à la CEDH figurant dans le droit primaire de l'Union ne peut pas faire abstraction de cette donnée. Compte tenu de tous les éléments qui précèdent, j'estime que l'obligation d'interpréter la Charte à la lumière de la CEDH doit être nuancée lorsque le droit fondamental en question, ou un aspect de celui-ci (comme c'est le cas de l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7 de la CEDH à la double sanction administrative et pénale), n'a pas été pleinement repris par les États membres. En outre, même si, dans ces circonstances, le droit et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à ce sujet constituent une source d'inspiration pour le droit de l'Union, je considère que l'obligation de calquer le niveau de protection de la Charte sur celui de la CEDH est dépourvue de la même effectivité » (Paragraphes 84 et suivants des Conclusions). En définitive, dans la perspective de l'Avocat Général, la nature encore incertaine et controversée du *ne bis in idem* dans le cadre européen ne permet pas de faire appel au droit de la CEDH pour combler le contenu de l'article 50 de la Charte.

Cette ligne d'interprétation n'est pas suivie par la Cour de Justice – en conformité d'ailleurs avec les Explications relatives à la Charte[14] – laquelle, sans opérer aucune référence explicite à la CEDH ou à ses protocoles, étend malgré tout la portée de la norme à l'ensemble de la matière pénale, comprenant donc également les sanctions administratives de nature punitive : « le principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, successivement une sanction fiscale et une sanction pénale dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal, ce qu'il ap-

13 Sur le sujet A. Eser, Justizielle Rechte. Vorbemerkungen und Kommentierung der Artikel 47-50, *in* J. Meyer (dir.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2006, 477 et s.; J. Stalberg, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Frankfurt am Main, 2013; D. Vozza, *Il principio del "ne bis in idem" in materia penale. Profili sostanziali e processuali in prospettiva interna, europea ed internazionale*, Thèse, Seconda Università degli Studi di Napoli, 2012, 134 et s. e 264 et s.

14 Dans les *Explications relatives à la Charte* il est noté, en relation avec l'article 50 de la celle-ci que « En ce qui concerne les situations visées par l'article 4 du protocole n° 7, à savoir l'application du principe à l'intérieur d'un même État membre, le droit garanti a le même sens et la même portée que le droit correspondant de la CEDH » et, en relation avec l'article 52 de la Charte que « l'article 50 correspond à l'article 4 du protocole n° 7 de la CEDH (...)».

partient à la juridiction nationale de vérifier » (paragraphe 37). L'on parvient ainsi, par le biais indirect de la catégorie de matière pénale, fruit de l'élaboration de la Cour européenne des droits de l'homme, à interpréter les droits issus de la Charte directement de la CEDH et plus amplement du complexe de normes aussi contenues dans les protocoles et résultant de l'interprétation de la Cour. La décision laisse irrésolue une série de nœuds problématiques propres au principe *ne bis in idem :* parmi lesquels la double valeur de l'article 50, qui se réfère tant au *non bis in idem* interne (hypothèse pour laquelle la solution de renvoi à la CEDH a été concrètement considérée) qu'au *ne bis in idem* transnational européen (pour lequel au contraire le Protocole n° 7 de la CEDH n'est pas pertinent). Dans ce dernier cas donc, l'article 50 devra être interprété pas le biais du support de divers instruments normatifs (en particulier l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen) et herméneutiques, ouvrant la voie à une prévisible divergence des standards de protection applicables dans un cas et dans l'autre.

En substance, à l'absence de réception formelle de la CEDH, s'ajoute son inclusion indirecte au sein du groupe des sources communautaires comme le prouve le principe de *ne bis in idem* et la matière pénale.

4. La mise en œuvre du droit de l'Union européenne comme condition d'application de la Charte: lien ténu ou fort ?

La thèse dérivative accueillie par la Cour de Justice doit maintenant être lue en relation avec le second aspect pertinent de la décision, tenant cette fois au champ d'application de la Charte. Il semble nécessaire de souligner, à titre préliminaire, que les juges du Luxembourg ont accueilli dans le cas *Åkerberg Fransson* une interprétation décidemment extensive en vertu de laquelle la Charte couvre maintenant des domaines plus étendus par rapport à ce qui avait été initialement retenu, ce qui a, plus que tout le reste, retenu l'attention des commentateurs[15].

La question trouve ses racines dans la lecture de l'article 51 de la Charte, au sens duquel les dispositions de cette dernière s'appliquent « *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre* le droit de l'Union », expression qui correspond à celle retenue par la Cour de Justice selon laquelle « les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires » (Décision du 13 avril 2000, C-292/97, paragraphe 37 citée dans les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux).

En l'espèce, l'Avocat Général proposait une interprétation différente – et bien plus restrictive – (paragraphes 61 et suivants des Conclusions) : « Je pense que l'on doit percevoir la différence entre la *causa* plus ou moins proche et la simple *occasio* dans l'analyse de ce sujet délicat. S'il existe, le problème que pose la conception de la portée du principe ne bis in idem en droit suédois est un problème général pour l'architecture de son régime de sanctions qui existe, en tant que tel, tout à fait indépendamment de la perception de la TVA, et dans lequel la présente affaire de sanction de la falsification de données apparaît comme une simple *occasio*. (...) Pour toutes ces raisons, je considère, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que la question que la juridiction de renvoi pose à la Cour ne doit pas être assimilée à un cas de mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la charte. Par conséquent, je suggère à la Cour de se déclarer incompétente pour répondre à cette question ».

La Cour de Justice, tournant le dos à une telle orientation, trouve dans l'affaire soumise à son jugement et relative au cumul des sanctions fiscales

15 F. Picod, La Charte doit être respectée dès qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, cit., p. 312 ; R. Streinz, Unbegrenzte Geltung der EU-Grundrechtecharta?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2013, n° 7, III.

administratives et des sanctions pénales pour le même fait d'évasion du paiement de la TVA dans l'ordre juridique suédois, une hypothèse dans laquelle avoir recours à la Charte.

Par le biais d'un subtil glissement terminologique, la décision, traversée par une certaine progression logique, passe en effet du concept de *mise en œuvre* (emprunté à l'article 51 et repris au paragraphe 17 de la décision) à celui de (champ) *d'application* (paragraphe 20) pour arriver à retenir qu'il est suffisant qu'il y ait un *lien direct* entre la politique communautaire et la norme interne (paragraphe 26). La conclusion s'impose : l'applicabilité des droits de l'Union implique celle des droits garantis par la Charte (paragraphe 21)[16].

Mais c'est précisément le concept de lien direct, non défini ultérieurement par la Cour qui délimite maintenant le champ d'action plus large de la Charte. La norme en matière de TVA entre dans le champ d'application de l'article 325 TUE, une norme que ni le juge référant, ni l'Avocat Général n'avaient évoqué, et relative à la lutte contre la fraude à l'atteinte aux intérêts financiers de l'Union. L'article 50 finit par s'opposer à une norme fiscale interne qui prévoit le cumul des sanctions fiscales et pénales, quand les premières sont de nature pénale (c'est-à-dire punitive).

Synthétiquement, c'est l'accueil (de principe) du « lien ténu » comme condition d'application suffisante pour fonder le recours à la Charte qui est opéré par la Cour de Justice. Avec un peu de provocation, il vaudrait la peine de se demander ici si toutes les normes aux sphères de criminalité comprises dans l'article 83 TFUE pourraient dès lors être assujetties à la Charte, rappelant qu'il s'agit de domaines particulièrement étendus et situés pleinement dans le champ d'intervention de la politique criminelle des États membres, tels que le terrorisme, la traite des êtres humains ou l'exploitation sexuelle des femmes et des mineurs, le trafic de stupéfiants, le trafic d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon des moyens de paiement, la cybercriminalité et la criminalité organisée.

La réaction du Tribunal constitutionnel allemand ne s'est pas faite attendre et dans la très récente décision du 24 avril 2013 sur les banques de données pour la lutte contre le terrorisme[17], il a exclu que la décision *Åkerberg Fransson* étende la compétence de l'Union en matière de droits fondamentaux, retenant que celle-ci se limite à définir un cadre concernant l'évasion à la TVA sans assumer pour autant une valeur générale.

La question prend une connotation problématique ultérieure lorsqu'elle est mise en relation avec les effets – vraiment remarquables – que la Charte semble désormais destinée à produire au niveau interne, devant le juge ordinaire, troisième schéma avec lequel la Cour impose de se confronter.

5. L'effet direct et la mise à l'écart de la norme : un schéma à repenser ?

L'aspect le plus pertinent, à première vue de la décision *Åkerberg Fransson*, est la prise de position de la Cour sur les effets que la Charte est destinée à déployer devant le juge interne. La Cour, sans aucune hésitation, retient en effet que les dispositions qu'elle contient ont un effet direct devant le juge : « En ce qui concerne, ensuite, les consé-

16 Tous ne s'accordent pas à retenir qu'un tel profil marque un renouveau (cfr. F. Fontanelli, *Fransson and the application of the EU Charter of Fundamental Rights to State measures – nothing new under the sun of Luxembourg*, *www.diritticomparati.it*, 1° marzo 2013), lequel estime toutefois en conlusion que «one should keep an eye on the Court's practice of considering within the scope of EU law those national measures that, simply, contribute to the implementation of an EU obligation without being primarily designed to transpose it. There might be cases where the link might prove too thin to matter».

17 *1 BvR 1215/07*. Federal Constitutional Court - Press office - Press release no. 31/2013 of 24 April 2013 Judgment of 24 April 2013. Pour une première note critique voir F. Fontanelli, Anti-terror Database, the German Constitutional Court reaction to Åkerberg Fransson – From the spring/summer 2013 Solange collection: reverse consistent interpretation, www.diritticomparati.it

quences à tirer pour le juge national d'un conflit entre des dispositions de son droit interne et des droits garantis par la Charte, il est de jurisprudence constante que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (paragraphe 45).

Par conséquent, une telle mise à niveau vers le haut de l'ensemble des dispositions de la Charte amène à retenir que toute norme contenue dans cette dernière peut donner lieu à un contrôle de conformité diffus destiné à éroder, s'agissant de la Charte, le monopole que certaines cours constitutionnelles se jusqu' à maintenant réservé concernant le contrôle de conformité des lois à la CEDH et aux autres conventions., comme c'est le cas pour l'Italie.

L'on pourrait toutefois se demander si l'interprétation indistincte, opérée par la Cour de Justice, selon laquelle toutes les dispositions de la Charte sont dotées d'un effet direct est conforme à la *distinction entre les règles et les principes* prévue par l'article 51(1), alors qu'il précise justement que : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives ». Selon les termes des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux : « Les principes peuvent être mis en œuvre par le biais d'actes législatifs ou exécutifs (adoptés par l'Union dans le cadre de ses compétences et par les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union); ils acquièrent donc une importance particulière pour les tribunaux seulement lorsque ces actes sont interprétés ou contrôlés. Ils ne donnent toutefois pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres (...). À titre d'illustration, citons, parmi les exemples de principes reconnus dans la Charte, les articles 25, 26 et 37. Dans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe: par exemple, les articles 23, 33 et 34 ».

6. Les rapports entre les garanties prévues au niveau national : bref commentaire sur la confrontation problématique entre la Charte et les Constitutions sur le terrain pénal

A la marge de cette note, il semble nécessaire de donner quelques éléments, sans pouvoir approfondir une question éminemment pertinente, la nécessité ultérieure – dans le déjà complexe scénario qui a été décrit – de coordination avec les données constitutionnelles internes[18], imposée par les Traités et par la Charte, soit par le biais de la reconnaissance des traditions constitutionnelles communes comme sources de principes généraux du droit communautaire (article 6(2) TUE), soit en vertu de l'effet de la clause de sauvegarde de l'article 53 de la Charte[19]. L'on se trouve ici, sans aucun doute, devant un des nœuds théoriques les plus délicats et un des obstacles de plus grand intérêt pratique sur le chemin de l'intégration pénale européenne.

La question a été posée concrètement dans l'affaire *Melloni* où le standard de protection des droits fondamentaux garanti par la Constitution espagnole apparaissait plus élevé que celui reconnu par la Charte, ce qui aurait pu conduire à subordon-

18 A. Ruggeri, Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e «controlimiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali, *Rivista AIC*, n. 1/2011, 1° marzo 2011; Id., Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema", www.giurcost.org

19 Sur ce thème M. Cartabia, Art. 53, *in* R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto (dir.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 360 et s.

ner l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis à la suite d'une décision prononcée *in absentia* à des conditions non autorisées par le droit dérivé de l'Union européenne. Comme l'a souligné l'Avocat Général, les termes « dans leur champ d'application respectif », contenue dans l'article 53 de la Charte, « visent, notamment, à rassurer les États membres quant au fait que la Charte n'est pas destinée à se substituer à leur Constitution nationale en ce qui concerne le niveau de protection que celle-ci garantit dans le champ d'application du droit national. Dans le même temps, l'inclusion de ces termes signifie que l'article 53 de la Charte ne peut pas porter atteinte à la primauté du droit de l'Union dès lors que l'évaluation du niveau de protection des droits fondamentaux à atteindre est effectuée dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union ».

La Cour de Justice, s'alignant sur une telle position, exclut que les droits constitutionnellement garantis puissent prévaloir sur le droit de l'Union, ce qui en paralyserait l'applicabilité (paragraphes 58 et suivants de la décision) : « En effet, cette interprétation de l'article 53 de la Charte *porterait atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union*, en ce qu'elle permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État. Il est, en effet, de jurisprudence bien établie qu'en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union (...) le fait pour un État membre d'invoquer des *dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union* sur le territoire de cet État »[20].

La décision *Åkerberg Fransson* emprunte la même orientation, statuant sur le fait que : « lorsqu'une juridiction d'un État membre est appelée à contrôler la conformité aux droits fondamentaux d'une disposition ou d'une mesure nationale qui, dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union, met en œuvre ce droit au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des *standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* » (Paragraphe 29).

En dépit des positions équivoques de la Cour et l'indubitable précaution avec laquelle est affrontée la thématique, il est facile de prévoir que le thème des rapports entre les garanties constitutionnelles et la mise en œuvre du droit de l'Union, sur le terrain spécifique du droit pénal, est destinée à alimenter des tensions, en particulier dans les relations avec des juges constitutionnels peu enclins à se plier aux exigences de l'intégration.

7. Remarques conclusives

En vertu de la décision *Åkerberg Fransson*, il est certain que dès maintenant le juge pénal a acquis la faculté, et s'il s'agit de dernière instance, l'obligation, de procéder à la mise à l'écart de la norme lorsqu'est constatée une antinomie irrémédiable entre des dispositions pénales internes et des standards de la Charte. Le contrôle de conformité relatif à cette dernière devra à partir de maintenant s'exercer de manière diffuse, entraînant la perte corrélative du

20 Dans le cas d'espèce, l'on parvient donc à la conclusion que "permettre à un État membre de se prévaloir de l'article 53 de la Charte pour subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition, non prévue par la décision-cadre 2009/299, que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission, afin d'éviter qu'une atteinte soit portée au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par la Constitution de l'État membre d'exécution, aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette décision-cadre, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre" (para. 63).

monopole des Cours constitutionnelles qui avaient essayé de garder un monopole en la matière. Ceci devrait conduire à un remaniement de la jurisprudence constitutionnelle, donnant lieu au prononcé d'une décision d'inadmissibilité dans l'hypothèse d'une contrariété par rapport à la Charte, en raison de son effet direct.

Aux juges constitutionnels, à l'avenir, reviennent toutefois certaines fonctions absolument essentielles. En premier lieu, il serait opportun qu'ils acceptent et augmentent le recours à la Charte, de façon à assurer un minimum de fonction cohérence dans l'interprétation (par ex. en matière de proportion). Par ailleurs, il serait souhaitable qu'en raison de la persistante difficulté d'application de la Charte, les Cours, là où elle sont investies de questions pertinentes, fassent usage du mécanisme de renvoi préjudiciel pour interprétation à la Cour de Justice, instrument qui – comme il est bien connu – a représenté un mécanisme fondamental de « facilitation » des rapports entre les cours et les ordres juridiques dans l'espace européen[21]. L'heure des cours constitutionnelles a sonnée depuis longtemps déjà[22] et, même si certains tribunaux constitutionnels persistent dans leur comportement dédaigneux de refus, le nombre de juges constitutionnels engageant un dialogue avec la Cour de Justice - parmi lesquels se distingue, après le *Tribunal constitucional* espagnol, le Conseil constitutionnel français – a augmenté[23]. Il s'agit d'un bloc ultérieur de l'architecture juridique et judiciaire de l'Europe qui se voit ajouté à un cadre déjà caractérisé par une grande complexité.

En définitive, si – en référence à la Charte des droits fondamentaux de l'Union – la crainte d'un droit complètement remis à l'arbitrage du juge, particulièrement problématique dans le domaine pénal, ne sort pas confirmé, l'hypothèse de l'incertitude du droit résultant de l'extrême complexité des sources s'avère en revanche amplement confirmée. Celle-ci laisse facilement entrevoir une nouvelle et plus riche saison d'interprétations potentiellement divergentes des droits fondamentaux en droit et procédure pénale, vis-à-vis desquelles l'élaboration juridique sera appelée à offrir des critères de systématisation et de cohérence. ◧

21 A. Ruggeri, Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa), *Dir. UE*, 2012, p. 95 et s.

22 L. Burgorgue-Larsen, Cour de justice et cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue, *in* G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir.), Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société de législation comparée, 2012, p. 277 et s.

23 Conseil constitutionnel, dec. n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, M. Jérémy F.. en doctrine v. L. D'Ambrosio, Mandato di arresto europeo: il giudice costituzionale francese sottopone per la prima volta una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE, www.penalecontemporaneo.it; M.-C. De Montecler, Première question préjudicielle du Conseil constitutionnel à la CJUE, *L'actualité juridique ; droit administratif*, 2013, p.711 et s. D. Rousseau, L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen, *Gazette du Palais*, 2013, nº 125 à 127, Jur., p.13 et s. Le renvoi préjudiciel a donné lieu à l'arrêt de C-GE (deuxième chambre), *Jeremy F. contre Premier ministre*, C-168/13 PPU, 30 mai 2013. En doctrine v. H. Labayle, Fin des questions, début des difficultés ? La réponse de la Cour de justice au Conseil constitutionnel à propos du mandat d'arrêt européen dans l'affaire Jérémy Forrest, www.gdr-elsj.eu.

Corporate Criminal Law in the United States: The Emergence of a Progresive Account

William S. Laufer[1]

Atthe memorable iSSD conferences inLisbon, Toledo, Mexico City, and most recently in the Roxin co-sponsored event at LMU's Law School in Munich, Prof. Joachim Vogel very patiently listened to my critical remarks about the progress of corporate crime prosecution in the United States. The theme was always the same: What is knownin Europe and elsewhere about the corporate criminal law in the United States, the images of our corporate and white collar criminals, the official government policy statements, agency guidelines, and laws, often differ substantiallyfrom the deeper meaning that attends, informs, and dictates our actual practices.

I routinely noted that the difference between what may be called the "text" and "subtext" of corporate criminal law has some familiar causes: Our perennial ambivalence with the idea that the criminal law applies to corporations, the direct and collateral consequences of using this blunt instrument of social control, along with a powerful business lobby that moves and "games" regulators and regulation with their influence. As Enron faded into the regulatory horizon, and WorldCom was a distant memory, one iconic company after another defined an apparently new era in regulation. Today it may be the challenge of finding criminal liability

1 Julian Aresty Endowed Professor (J.D., Ph.D.); Professor of Legal Studies and Business Ethics, Sociology, and Criminology; Director, Carol and Lawrence Zicklin Center for Business Ethics Research, The Wharton School, University of Pennsylvania.

of high level agents in J.P. Morgan, following a remarkable $12 billion civil fine. Tomorrow, few will remember what a London Whale is, or how Dimon ruled the roost.

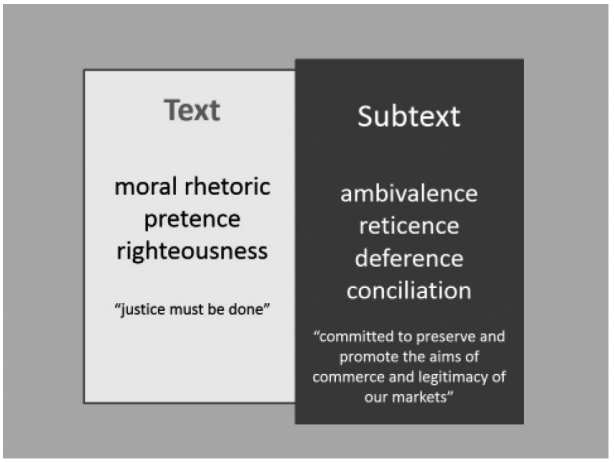

Figure One

Rather than be taken in by the seemingly unprecedented scale of the "corporate crime of the moment, "the trumpeted arrival of such legislative elixirs as SOX and Dodd Frank, I held steadfast to the various meanings and effects of text/subtext differences (see Figure One). What we hear is the need to ensure that justice is done. At the same time, regulators and the regulated find nuanced ways of maintaining the legitimacy of our markets, while preserving and promoting commerce.

One effect of this difference in text and subtext, I argued, is a remainder of justice that is undone and undistributed (see, Sepinwall, 2013). As I examine the allocation of criminal justice expenditures in the United States, our remarkable per capita incarceration rate, and the role of race and class at each stage of the criminal process, thinking about just how much justice is left "undone" becomes more frustrating and disturbing. Another effect is a regulatory intransience that produces a remarkably stable equilibrium: stable rates of white collar prosecution and corporate convictions in spite of periods of vitriolic rhetoric from prosecutors and lawmakers to the contrary. Perhaps as important, the clever packaging and marketing of the text makes our system of justice appear as if it is working, even when it is not. And missing from the voices of regulators and the public, both of whom call for more enforcement, is the kind of moral indignation that would fuel, and should fuel, a far more rigorous and effectiveregulatory regime.

In Joachim's honor, I revisit and deconstruct some of the more challenging arguments that hegraciously and so very patiently endured—from Lisbon (2002) and Toledo (2007) to Mexico City (2012) and Munich (2013). In looking back, I always asked the same questions. Why is there so much ambivalence over the use of the criminal law with corporations? Is there a constituency that genuinely supports resort to corporate criminal liability? What are the justifications for corporate criminal liability? How should we impute both culpability and liability from an agent to a corporate entity? What role should corporate personhood play in conceiving of corporate culpability? As we move away from command and control approaches to corporate regulation, what blend of self-regulation should be adopted? How important is the "benign big gun"? What role does corporate "gaming" play in undermining regulation? How do corporations develop strategies to undermine both regulation and corporate liability? What sanctions/punishments should be adopted? What role should corporate apology play in fashioning sentences? And how should the law accommodate crimes of multinational corporations that operate in countries with a weak rule of law? I was always long on questions, and short on answers. And, sadly, that is true today.

In Lisbon, with a speech entitled "The Death of Corporate Criminal Liability," I offered a decidedly pessimistic account of how business interests overtook well-intended but seemingly naïve legislative reforms. The argument was simple. The incentives underlying vicarious liability are to supervise and police employee behavior, carefully delegate managerial authority down the corporate hierarchy, and put in place processes and procedures capable of detecting, monitoring, and sanctioning misbehavior.

All are at risk to be undermined by the willingness of legislatures, regulators, prosecutors, and courts to recognize organizational due diligence. In place of substantive law, corporate criminal liability turns on compliance expenditures, and the willingness of corporations to cooperate, accept responsibility, and respond "reasonably" to the discovery of illegalities. The Sentencing Guidelines' determination of corporate culpability provides a potentially powerful incentive for organizations to push liability risk down the corporate hierarchy, and away from the firm.

The effect of the Guidelines, I argued, incentivized firms to extend management of liability risks to the point of insurance or self-insurance (Laufer, 1999). The prospects of incentives underlying the Sentencing Guidelines producing a moral hazard problem are increased when one considers that corporate deviance is often tolerated, if not tacitly encouraged, by an implicit agenda, explicit policies, or culture of top management, where compliance initiatives originate and are enforced. Moreover, there is empirical evidence that some compliance initiatives are no more than mere window dressing, cosmetic efforts that are not deeply grounded or integrated into the organization in any meaningful way. Distinguishing a good compliance program from a less adequate one remains an unmet regulatory challenge.

My objective in these presentations was to push the notion that the "partnership" created between law enforcement and the private sector with the Guidelines principles of due diligence would likely be gamed. It was gamed, and I believe that it still is. Beyond the perverse effects that comes from the delivery prescriptive due diligence principles for corporate managers, I looked back over a century to find patterns of enforcement, scandals, and legislative reform. The cyclical nature of such patterns are remarkable even if they are not perfectly timed or sequentially ordered in each generation. From scandals to crackdowns, legislative reforms, rigorous enforcement to lax enforcement, returning to a new periods of scandals. I waxed poetically about each generation discovering their own scandal with the attendant "good guys" and "bad guys."

Documenting this cyclical pattern led me down a very dark path, offering those in Toledo an unorthodox take on the transformation of business ethics and integrity by the private sector into a form of needed insurance. I confirmed the darkness of this path by offering ten reasons why we should be both skeptical and pessimistic about corporate compliance and what was then touted as good corporate citizenship.

Ten Reasons to be Skeptical and Pessimistic about Reforms

1 There is no systematic evidence that the "good corporate citizenship movement" and corporate compliance expenditures decrease deviance.

- There is significant evidence, however, that some compliance initiatives are more cosmetic than real.

- Moral hazard hypothesis: Increased compliance expenditures might actually increase deviance in morally vulnerable firms by providing insurance against regulatory scrutiny and disincentives for prosecutors to proceed against the entity.

2 One should never underestimate the power of corporations to "game" regulators, regulation, and new reforms.

- Corporations may face new and burdensome regulation but they still hold the cards, with a distinct information advantage that is a powerful chip in the cooperative regulation of firms.

- Corporate cooperation remains the currency of compliance when regulators and prosecutors want justice. Cooperation is exchanged for leniency and amnesty, often in ways far less than fair, most often to deflect blame away from the entity.

3 Corporations are increasingly expressing concerns over the cost of compliance and good governance. And they should. What the cottage industry of ethics and compliance experts sell has questionable value.

- Corporate criminal liability is a rare event. It is subject to vast and unbridled prosecutorial discretion that is often arbitrary, politicized and capricious. Corporations are justified in questioning the value of ethics consultancies.

4 There is no systematic evidence that shifting the compliance oversight function to boards will result in less corporate deviance.

5 Scant effort has been expended to connect the apparent failure of the corporate compliance movement with the promise of corporate governance reforms.

6 With all of the talk about the good corporate citizenship movement and the rise of corporate compliance, we may have confidence in one fact: The Good Corporate Citizenship movement successfully shifted discretion from the judiciary to prosecutors.

- Now prosecutors, rather than judges, leverage their discretion to craft creative sanctions (called corporate integrity agreements, deferred prosecution agreements, and plea agreements).

7 We are bad historians, and fail to learn from history.

- Reform efforts follow periods of regulatory laxity in a periodic fashion. What hope is there for meaningful reform if, after evidence of significant organizational deviance, we act as if corporate crime is a new phenomenon and craft politically expedient reforms.

8 Corporate prosecutions are politicized as if they are accorded law enforcement priority.

- Corporate crime has never achieved a sustained investigatory and prosecutorial priority.

9 There is no constituency with a voice that genuinely and consistently favors the use of the corporate criminal law.

- Businesses seek to avoid it, fearful of its reputational effects and its potential—in some industries—to restrict its ability to engage in lines of business, as in the healthcare field. Regulators and prosecutors generally shy away from prosecuting corporate criminal cases for reasons having as much to do with resources as the perception that the real offenders—officers, managers, and subordinate employees—must be prosecuted for justice to be served.

10 The history of corporate criminal law reflects a fundamental ambivalence with the idea of "criminal" corporations—an ambivalence reflecting: (a) tensions between the need for government regulation and deference to the business community; (b) desires to balance the power to regulate corporations with the specter of regulatory overreaching; and (c) decisions as to whether to combat corporate crime with cooperative regulation or by resort to the criminal law.

Fueling much of this skepticism and pessimism is the lack of correspondence between and among conceptions of corporate personhood, liability, culpability, and punishment (Laufer and Strudler, 2007). This mismeasure, or failure to address obvious correspondence or congruence problems, makes it difficult to answer "*Why punish corporations?"* One may think this is too old a question to ask. But it is not. Instead, we still do not know what weight should be given to corporate decision making, culture, policies, proactive versus reactive acts, remedial actions, the extent of complicity of high level managers, the pervasiveness of wrongdoing or knowledge of wrongdoing, and history of comparable acts. Prosecutors, using the Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, may weigh these factors in their calculus. But it is an intuitive calculus, lacking empirics.

Without any serious law reform since the deliberations over the Model Penal Code by the American Law Institute in 1962, we also do not have any reasonable proxies that satisfy the requirements of the criminal law for corporation action and intention. I proposed the notion of constructive corporate fault in 1994 (see, Laufer, 2008). Corporate *mens rea* and *actus reus*, I maintain, may be satisfied by objective standards of reasonableness. Corporate liability,thus, turns of proof of: An illegal corporate act (an act objectively owned or authored by the corporation), and a concurrent corporate criminal state of mind (determined by reference to reasonableness judgments), i.e., corporate pur-

pose, knowledge, recklessness, and negligence. Alas, constructive corporate fault, along with other models of "genuine fault,"remain academic relics.

To make my pessimism more poignant, a multi-track system of justice emerged in recent years, resulting in profound questions about the fair distribution of punishment. In Lisbonand Toledo, I spoke about a two track system of corporate criminal justice, one in which only small companies, where owners had direct knowledge of the illegalities,are prosecuted to conviction. Larger corporations of any strategic value are diverted from the criminal process into deferred prosecution agreements, non-prosecution agreements, and corporate integrity agreements.

By Mexico City and Munich, a third track became that much more clearly visible. Some firms are too big to indict. Others are too big to prosecute to conviction. Nowhere is this more apparent than in the failed efforts to bring criminal cases against large financial institutions responsible for the subprime crisis. I read the testimonyof Attorney General Eric Holder to the audience in Mexico City: "I am concerned that the size of some of these institutions becomes so large that it does become difficult to prosecute them," Holder tells the Senate Judiciary Committee last year. "When we are hit with indications that if you do prosecute, if you do bring a criminal charge it will have a negative impact on the national economy, perhaps world economy, that is a function of the fact that some of these institutions have become too large. It has an inhibiting impact on our ability to bring resolutions that I think would be more appropriate. That is something that you all need to consider."

Figure Two

I had to ask, could it be that some of the most powerful "persons" in the world are immune from the corporate criminal law? Are they too big to prosecute because it would be too risky for the economy and financial markets? Too costly given prosecutorial and regulatory resources? Too many collateral consequences? Too difficult to fix and attribute fault given the size and organizational complexity of the firm? Too heavy handed, as a general policy, if we want the criminal law to encourage self-regulation, and not hinder economic growth? Or, too difficult to disturb the entrenched interests of a strong pro-business lobby that questions resort to corporate criminal liability? If there are a class of offenders who are simply too big to prosecute, does this compromise the fair attribution of fault, findings of liability, and just distribution of punishment? Is the notion of too big to prosecute a submission to the power of business interests that undermine perceptions of the legitimacy of the state to regulate, and the fairness of our markets, domestically and internationally? Are we creating a class of firms that are essentially immune from prosecution?

In the period following the notable U.S. Supreme Court case of *Citizens United*, where the cherished constitutional rights of corporations were once again upheld, what about their responsibilities? Should we consider what it means to say that the very institutions that we give unbridled rights to are immune from responsibility and accountability? (See Figure Two) As important, while both direct and collateral consequences from criminal prosecution are critically important considerations, we must ask two questions: First, why is it that both of these costs are so important in the context of corporate prosecutions, but generally left unaddressed when reflecting on mass incarceration in

the United States? Second, given the paucity of criminal prosecutions of corporations, is it safe to assume that more corporations (and their stakeholders) make money from illegalities than lose from the remote chance of criminal prosecution? These are powerful rhetorical questions. We know the answers, though. And they paint a sad portrait of how we conceive of wrongdoing, responsibility, and accountability, perhaps an even more compelling portrait of what we value most and least in society (Laufer, 2013).

My account of corporate criminal law evolved from my first encounters with Joachim in Lisbon. The sheer number of unanswered questions; the failure of any significant law reform; the obsession with policing street crimes and ensuring homeland security to the exclusion of other forms of deviance; and the loneliness of promoting a heavy handed approach to corporate regulation move me now to think of a progressive account. This will bring forth new pages to a story that would benefit greatly from Prof. Vogel's wise and balanced counsel. After all, this is a story that Joachim was supposed to be part of for many chapters to come.

References

- Laufer, W. S. (2008). *Corporate bodies and guilty minds: The failure of corporate criminal liability* (Chicago: University of Chicago Press).
- Laufer, W. S. (2013). Who are the criminals? *Contemporary Sociology: A Journal of Reviews*, 42, 679-683.
- Laufer, W. S., & Strudler, A. (2007). Corporate crime and making amends. *American Criminal Law Review*, 44, 1307-1323.
- Laufer, W. S. (1999). Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance, *Vanderbilt Law Reviews*, 52, 1343-1420.
- Sepinwall, Amy (2013) "Culpability Without Fault: The Case for Punishing Executives for Crimes of Their Corporation" Expresso. Available at: http://works.bepress.com/amysepinwall/11. ◧

I

Corporate Criminal Liability. Prevention and Compliance from the Viewpoint of Japanese Law.

Danako Takayama
Kyoto University

I. Introduction

Japanese children begin to learn very basic ideas of microeconomics in arithmetic at elementary school. They then keep learning fundamental economic theories in mathematics and social studies at junior and senior high school. Thanks to this school curriculum, Japanese people acquire quite a good sense of the economy. We can say that the Japanese are not particularly good in jurisprudence, but very good in economics. This influences the performance of Japanese companies. Namely, they react quickly and rationally to factors that are relevant to their economy.

A recent chart of the exchange rate between the Japanese yen and the U.S. dollar shows that the yen has become cheap because the Liberal Democratic Party has declared that it will take an easy-money policy.

If the nation and the companies think and act rationally in the economic sense, corporate compliance in the legal sense also has relevance. A company that is aware of its corporate social responsibility (CSR) and of compliance will be able to avoid illegal activities and negative legal sanctions against them. Such a company will enjoy a higher reputation, a higher stock price, and finally higher revenue[1].

1 Kanako Takayama, Corporate Compliance, Strafrecht und alternative Regelungsmechanismen, in: Heinz-Dieter Assmann u. a. (Hrsg.), Markt und Staat in einer globalisierten Wirtschaft, 2010, S. 269 ff.

Therefore, in order to make companies comply with rules and regulations, the predictability of legal sanctions will be important and that will be almost all. But, in reality, different legal sanctions have different moral effects, which cannot be ignored. In the following, I will try to emphasize the importance of economic effects for the control of companies' activities and of the *ultima ratio* principle of criminal law, giving an example of Japanese antitrust law.

My thesis is quite simple: criminal punishment of legal persons proved to be inefficient in Japan. First, Japan originally had a system of punishment of legal persons. Second, it did not work. Third, administrative sanctions were introduced. Fourth, they work much better.

I do not argue that criminal punishment of legal persons is not effective in general, but Japan has several factors that attenuate its effect. I would like to explain these factors.

II. Punishment of Legal Persons

Establishing a cartel agreement is a criminal offense in Japan. In cartel cases, criminal punishment is possible on the basis of illegal conduct of a natural person who belongs to a company. At the same time, the company as a legal person should also be punished via a "dual punishment clause" in the Antimonopoly Act[2], the most important statute in the area of antitrust law enacted in 1947.

Japan has developed this unique system of dual punishment through its legal history. The criminal liability of corporations is stipulated not in the Penal Code but through *ad hoc* legislation contained in many special criminal laws. Up to 1932, if the behavior of a corporation was constituted as being criminal, the director, representative, or manager of the corporation could be punished rather than the corporation itself and instead of the natural person having performed the illegal act ("vicarious liability"). This surrogate criminal liability was then replaced by a new system of dual punishment, in which both the natural person as the actor and the company itself became punishable for the same offense.

Since the Penal Code lacks any "dual punishment clauses," it is only possible to punish a corporation where there is special provision for such punishment in a separate law. The Antimonopoly Act is one of such special laws, and here, the applicable penalty for corporations is a criminal fine.

As for the subjective element of crimes, the Supreme Court declared in 1957 that the "dual punishment clause," in principle, presumes the negligence of the corporation in the sense that it failed to prevent the offense through proper appointment and control of the employees concerned. The high amount of corporation fines and penalizing of negligent offenses were supposed to be merits of this "dual punishment" system.

Prosecution of criminal offenses is discretional, that is, the prosecutor is not obliged to prosecute a suspect even if there is no doubt as to whether the person has committed a crime (*Opportunitätsprinzip*). Since criminal punishment can be used only under strict conditions, the number of prosecutions is so limited that their effectiveness is dubious.

Therefore, a "surcharge" system, namely an administrative sanction, has been introduced in addition to the criminal punishment of 1977, where penal provisions already existed. At first, the purpose of the system was explained as the deprivation of illegally obtained economic interest[3].

III. Dubious Combination of Sanctions

The Antimonopoly Act has, through many revisions, developed a mosaic of various legal systems. As penalties, there are three kinds of sanctions:

2 The official name of the law is "Law concerning the Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade." Basic information concerning antitrust laws in Japan can be acquired on the website of the Fair Trade Commission: http://www.jftc.go.jp/e-page/index.html (in English).

3 Deprivation of illegal gains of crimes is not generally possible in Japanese law except in cases of corruption and certain organized crimes.

first, imprisonment and a penal fine of natural persons[4]; second, a penal fine of legal persons[5]; and third, an administrative fine levied on enterprises (enterprises can be natural or legal persons). The relationship between these three sanctions has long been discussed without any firm conclusion being reached.

The public agency with the authority to cope with illegal activities here is the Fair Trade Commission. It exercises its power independently and has a function similar to that of the European Commission. When the Fair Trade Commission believes that a violation of the Antimonopoly Act has occurred or may be occurring, it implements administrative investigations through on-the-spot inspections and hearings. If any illegal conduct emerges, it orders the enterprise to take measures to stop the same (via a "cease and desist" order). In serious cases, such as cartels, it imposes surcharges on the violators (via "surcharge payment" orders). If the enterprises disagree with these orders, they can request a hearing procedure at the Commission, based on which a decision is made. Any party not accepting the verdict may then bring the case before the court for judicial review (revocation suit).

During the reform in 2005, the means of imposition and the rate of surcharges were both significantly reinforced[6]. In the reform in 2009, the scope of illegal conducts targeted by the surcharge was enlarged.

There is emerging a conflict of jurisdiction between the Ministry of Justice and the Fair Trade Commission. The Ministry of Justice is responsible for drafting laws about criminal punishment and the Fair Trade Commission imposes administrative surcharges. This kind of conflict is typically Japanese.

Another important point of the reform in 2005 was the introduction of the "leniency program" as in the European Union or in some of its member states. If an enterprise that has been involved in a cartel voluntarily reports the conduct to the Fair Trade Commission, the surcharge will be immunized or reduced. This system applied at first to up to three enterprises in a single case, making it easier to detect and clarify cartels. The number was raised to five enterprises in the amendment in 2009. Enterprises must report on the contents of the violation and submit relevant documents in order to have the sanctions reduced.

The new leniency program represents a model of European law because it is reported to be effective in combating cartels. However, the problem in Japanese law is the fact that an exemption from surcharges under this program does not fully exclude penal fines. Unlike the USA, Japan does not have a system of plea bargaining.

The legal character of surcharges in relation to criminal sanctions is also a key problem[7]. As the rate of surcharges was raised in 2005, the govern-

4 After the amendment in 2009, criminal sanctions for natural persons are imprisonment up to five years or fine up to five million yen.

5 Currently up to five hundred million yen.

6 Initially, the surcharge levied was set, in principle, as 1.5% of the sales amounts of the products or services in question during the cartel period (rather than the total annual turnover). This means that the calculation rate was essentially lower than the fine levied under EU competition law and that the amount was fixed to this rate in all different cases. However, following reform in 1991, the rate was raised to 6%, although the overall level of the sum of surcharges remained low. Where large enterprises are engaged in the manufacturing industry, the rate has been raised to 10% of the sales amount of the products in question during the cartel period. If the enterprise terminates the violation early, the rate is reduced to 8% and conversely, if the enterprise engages in repeated violations, it is raised to 15%.

7 There has been no decision by the Supreme Court concerning the constitutionality of the system. However, in the field of tax law, where both administrative sanctions in the form of "additional taxes" and criminal punishment can be imposed cumulatively, it has been maintained that it is not against the prohibition of "double punishment" because the "additional tax" is not of a criminal nature and its purpose differs from that of criminal sanctions. With regard to the antitrust law, although the relationship between surcharges and criminal sanctions has not been sufficiently clarified, the same explanation would apply.

ment no longer explained that their purpose was the deprivation of illegally obtained economic interests, but stated simply that surcharges are imposed for the deterrence of violations. With this in mind, however, their character is somewhat reminiscent of criminal sanctions.

IV. Theoretical and Practical Problems

The amendment of the Antimonopoly Act in 2005 involved some contradictions. One of the problems is the system involving reducing in half the criminal fines in cases in which surcharges were imposed. This means, in a case where both a surcharge and fine are imposed, an amount that corresponds to half the amount of the fine is deducted from the surcharge. This questionable system seems to be based on the assumption that surcharges and criminal sanctions exist in a kind of trade-off relationship. On the other hand, however, neither is the entire sum of fines reduced and nor is the amount of surcharge necessarily defined according to the subjective responsibility of the actor, as in the case of a criminal fine. Japanese case law recognizes "strict liability" in the area of administrative sanctions and requires no subjective culpability.

This incomplete reduction system can be regarded as a compromise resulting from a jurisdictional dispute between the Ministry of Justice and the Fair Trade Commission. Furthermore, no sentencing guidelines exist for criminal sanctions in Japan. The prosecutor and the judge in a criminal case are not prevented from raising the amount of a criminal fine in expectation of a reduced surcharge[8].

Another important point is the fact that the level of surcharge is still too low to give enterprises a sufficient incentive to report their cartels to the Fair Trade Commission. Since there still remains the possibility of additional criminal sanctions, it is impossible to raise it thoughtlessly, because the principle of proportionality between the conduct and sanctions (*Verhältnismäßigkeit*) must be considered. These facts may serve to significantly weaken the effect of the leniency program.

V. Conclusions

On the whole, Japanese antitrust criminal law has adopted many different elements from different legal systems and is consequently suffering from discontinuities among them:

First, since "plea bargaining" is not permitted under Japanese criminal procedural law, it is impossible to adopt leniency programs in the area of criminal sanctions.

Second, since the prosecutor has the exclusive power of public indictment, it is impossible to give the Fair Trade Commission the authority to restrict its discretional power.

Third, since criminal sanctions also exist, it is impossible to raise the level of surcharges as administrative sanctions on an unlimited basis.

In sum, the entire system makes foreseeability of sanctions difficult and thus goes against the effective control of companies' behavior.

The best way to solve all these problems seems to be the unification of the various monetary sanctions against legal persons. They should be unified into an administrative fine, as is done under Euro-

8 As mentioned above, an exemption of the surcharge does not necessarily mean immunity under criminal law. There are two reasons that enterprises must fear criminal prosecution:

1) Although an accusation by the Fair Trade Commission is a condition for public prosecution, it is possible that the Commission can find the "case" itself serious and bring an accusation against companies other than those exempted from the surcharge. With this in mind, according to Japanese criminal procedural law, the accusation has an effect on the entire "case," i.e., on all the companies that took part in the same cartel, meaning the prosecutor can freely decide which companies among them they will indict.

2) Beside the criminal offenses regulated in the Antimonopoly Act, there is also another type of offense, namely "conference on the bidding," prohibited in the Penal Code, and prosecution in this case does not require the accusation of the Commission. In cases of bid rigging, companies could be prosecuted for the offense under the Penal Code, even if they are exempted from surcharges under the Antimonopoly Act.

pean competition law[9]. In light of the international standard, the imposition of both a surcharge and a criminal fine would be regarded as a double punishment and as a violation of the right of property as well as *ne bis in idem*. In fact, the number of public prosecutions is too small to have a deterrent effect and it can be arbitrarily changed. But this principle of discretional prosecution is so well established in Japanese criminal procedural law that it is difficult to make exceptions.

As to the principle of *ultima ratio* of criminal law, there are administrative sanctions such as exclusion from subsidies or from contracts with public authorities, prohibition of business, and revocation of permissions, which seem to be far more effective than criminal fines. In the area of antitrust law, the total number of prosecutions in history until now numbers only about ten. This sheds doubt on the efficiency of the criminal punishment system. On the one hand, prosecutions of legal persons amount to about two thousand cases a year in all special criminal laws but almost all of them end up in summary orders without public trial. On the other hand, about twenty companies per year report their illegal conduct and enjoy the merit of the new leniency program in the antitrust law of reduction in surcharges, which means that the leniency program is quite successful. With this in mind, it would be purposeless to persist in "criminal" fines. Use of criminal sanctions should be the last resort and their restricted use would be the only way to preserve the moral power of criminal law.

In order to control the activities of enterprises, it is vital to give them information so that they can calculate profits and losses. In this regard, criminal sanctions in Japan are unsuitable for the purpose. A combination of different systems does not mean adopting solely their advantages. The national legislator must bear in mind that different sanction systems have different characters as well as limits. tarios cuando asistí a la Jornada Preparatoria del V. ◧

9 The majority in the governmental commission for reform of the Antimonopoly Act has opposing arguments: 1) that the moral function of the criminal sanctions is important and to be retained further; 2) that, according to the oral statement of the Ministry of Justice, the Prosecutor's Office will respect the Fair Trade Commission's position to exempt certain enterprises from surcharges and will refrain from filing a case against them; and 3) that to raise the amount of surcharge would be strongly resisted by entrepre

I

Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas[1]

Jean Pierre Matus Acuña
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Chile.

Introducción

Uno de los valores que la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas proclama es el de la *libertad*, afirmando que "los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia". Y agrega, entre sus objetivos relativos a la "paz, la seguridad y el desarme" los siguientes:

-"Adoptar medidas concertadas contra el terrorismo internacional y adherirnos cuanto antes a todas las convenciones internacionales pertinentes",

- "Redoblar nuestros esfuerzos para poner en práctica nuestro compromiso de luchar contra el problema mundial de la droga".

-"Intensificar nuestra lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones, incluidos

1 Ponencia leída en el *XVI Congreso de la Sociedad Internacional de Defensa Social,* realizado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, México D.F., el 23 de Noviembre de 2012. El texto está basado en la exposición realizada el día 27 de febrero de 2012 en el Seminario Internacional "*Corporate Criminal Liability in EU Law: A Proposal for a Common Regulation*", organizado en Toledo por la Universidad de Castilla La Mancha que, con correcciones, fue publicada en la Revista Electrónica *Diritto Penale Contemporaneo,* 13 de septiembre de 2012.

la trata y el contrabando de seres humanos y el blanqueo de dinero".

Pues bien, si se mira el detalle de los tratados internacionales referidos al terrorismo, la delincuencia transnacional, el tráfico de personas y el blanqueo de dinero, se verá que en todos ellos existe una regla que obliga a los países suscriptores a establecer sanciones proporcionales, efectivas y disuasivas para las personas jurídicas por los delitos a que se refieren.

Entonces, efectivamente, a nivel de Derecho Internacional, el problema ya no es el <<si>> debieran establecerse esa clase de sanciones, sino el <<cómo>> implementarlas en cada país.

En Chile, ello se hizo, para un grupo determinado de delitos (lavado de dineros, financiamiento del terrorismo y corrupción de funcionarios públicos nacionales y extranjeros), por la Ley Nº 20.393, de 10 de diciembre de 2009, sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

Por lo mismo, me parece que ya no es un tema la muy germana discusión acerca de la justificación de su establecimiento o de si podemos realmente considerar, desde un punto de vista "externo" a la ley, que estemos o no ante casos de "auténtica" responsabilidad penal, suponiendo que ésta ha quedar reducida a la posibilidad de que de su declaración se siga la imposición de sanciones corporales o sea consecuencia de la necesidad de reafirmar contrafácticamente la vigencia de las normas frente a una declaración consciente de sentido contrario hecha por un sistema psicobiológico capaz de tal "consciencia", como afirman -ahora- los seguidores de Jakobs, tras el giro hegeliano de este autor quien antes, desde un punto de vista más bien Luhmaniano y, por tanto, positivista, afirmaba sin más la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, en la medida que eran, también "personas en Derecho", esto es centros de imputación de derechos y obligaciones.

De lo que aquí vamos a hablar no es, por tanto, del fundamento filosófico o sociológico de las sanciones que puedan imponer los tribunales del orden criminal, sino de sus presupuestos normativos, esto es, de las condiciones que la ley chilena establece para hacer efectiva la responsabilidad en el patrimonio de una persona jurídica por hechos que pueden calificarse como delitos y, en particular, del valor que en la determinación de dicha responsabilidad ha de dársele a la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos al interior de la empresa.

Para ello, dividiré mi exposición en cuatro partes, comenzando con una breve exposición del sistema chileno de certificaciones de modelos de organización y prevención de la comisión de delitos. Luego, procuraré distinguir las fuentes de la responsabilidad de la persona jurídica en general, para continuar con el efecto esperado de la obtención de tales certificaciones, particularmente en su aspecto más aparentemente novedoso, como "exención" anticipada de la responsabilidad penal. Finalizaré mi exposición concentrándome en justificar mi tesis de que no será admisible en el mediano plazo que la adopción e implementación de modelos de prevención sirva de eximente de responsabilidad penal, especialmente en casos de *responsabilidad por el hecho propio de la empresa*, dadas las razonables resistencias que ante una exención anticipada de responsabilidad penal existen, con base a las reglas tradicionales de imputación de la responsabilidad.

1. El sistema chileno de certificaciones

La Ley Nº 20.393, de diciembre de 2009, introdujo en Chile una regulación específica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de la comisión de un grupo determinado de delitos (lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, corrupción de funcionarios públicos chilenos y extranjeros), adoptando para ello el modelo de la regulación italiana (aunque designándola directamente como responsabilidad penal y no como responsabilidad meramente legal o administrativa, según se prevé en dicho modelo y se preveía en el proyecto original), y las propuestas que hiciera en

su ejercicio para acceder a la Cátedra de Derecho penal el Profesor español Adán Nieto. En la discusión parlamentaria, las principales modificaciones que tuvo el texto legal se refirieron principalmente al sistema de penas, algunos aspectos procesales y a la flexibilización de la extensa y detallada regulación que se preveía para considerar un modelo de prevención o *compliance program* como suficientemente adecuado a los requerimientos de la ley, en relación con los específicos deberes de vigilancia y dirección que allí se establecen.

Como resultado de estas modificaciones, a pesar del limitado ámbito de aplicación actual, el texto vigente contiene un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en principio aplicable a toda clase de organizaciones y a toda clase de delitos (en la medida que el legislador desee ampliar su alcance), de carácter mixto, que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos de sus directivos y empleados, identificados o no, cometidos directamente en su interés, provecho o beneficio, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica.

Estos deberes generales de dirección y supervisión se especifican en la ley, entendiendo que se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos como el cometido.

A continuación, la ley, siguiendo el criterio de flexibilización antes mencionado, indica que las personas jurídicas podrán adoptar o no dichos programas, entregando lineamientos para el caso que los adopten, que reflejan el estado del arte de la discusión al momento de establecerse la ley, recogiendo los principales elementos que ya se tenían en cuenta en el Derecho comparado, a saber, la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa, que da cuenta directamente a la Dirección Superior de la misma, encargado de establecer un sistema de prevención de delitos, que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, y un sistema de sanciones internas que haga posible su *enforcement* dentro de la misma. En cambio, no se exige el establecimiento de códigos de ética ni la promoción de la ética empresarial, como parte del modelo de prevención.

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad (no la obligatoriedad) de que decida someterlo a un proceso de "certificación" de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento "contempla todos los requisitos" establecidos por la ley, en relación "a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica".

La ley establece que dichas certificaciones podrán ser expedidas por las empresas de auditoría externa, clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, nuestro equivalente funcional a la SEC norteamericana, la cual ha fijado su período de vigencia en hasta dos años.

La cuestión que hoy en día se plantea es si la literalidad del texto legal, especialmente de su artículo 3°, podría llevar a concluir que, adoptado e implementado un modelo de prevención, debidamente certificado, dentro del período de vigencia de dicho certificado, la persona jurídica podría eximirse de responsabilidad, porque habría cumplido con sus deberes de supervisión y vigilancia, en la forma prevista en el Art. 4°.

Sin embargo, como trataremos de demostrar, no parece ser esta la interpretación ajustada a los principios generales del Derecho penal, especialmente en aquellos casos en que la responsabilidad

surge por un hecho que puede calificarse como *propio* o *autónomo* y no meramente derivado de la comisión de un delito por parte de un directivo o subordinado que ha burlado el modelo de prevención establecido.

2. Las fuentes de la responsabilidad en el Derecho común. La auténtica distinción entre responsabilidad por el *hecho propio* y por el *hecho ajeno*

Si se observa el panorama de la discusión chilena en esta materia, puede verse que en ella, como en la española, suele admitirse que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería el llamado "defecto de organización", lo que suele caracterizarse también como un "hecho propio" que limita la responsabilidad puramente *vicarial* derivada de la responsabilidad del superior: al infringir la persona jurídica sus deberes de supervisión y vigilancia, se haría responsable por ello y no tanto por el delito cometido por sus subordinados y directivos. Llevado al extremo, esto querría decir que dichos delitos operarían, frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una suerte de condiciones objetivas de punibilidad, pues su comisión les es ajena y la responsabilidad no se deriva de ella, sino de no haber adoptado e implementado modelos de organización para su prevención (general, no en particular).

Se suele insistir en que esta manera de responsabilizar a las personas jurídicas, sería "moderna" frente a la, por contraposición, "antigua" responsabilidad *vicarial,* como la del sistema norteamericano, pues exigiría como "fundamento" de la responsabilidad penal un "hecho propio" (el incumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia) cuya prueba no se requeriría, en principio, en el marco de un sistema *vicarial,* donde se atribuiría a la persona jurídica los delitos cometidos en el marco de sus funciones por sus representantes o empleados por el solo hecho de beneficiarse de ellos.

Sin embargo, hay en este planteamiento un equívoco que repercute seriamente en la interpretación del texto legal y el valor que ha de dársele a los modelos de prevención y su certificación.

En efecto, en primer lugar, como con toda claridad se aprecia en el desarrollo de la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho comparado, donde las reticencias "dogmáticas" continentales (las personas jurídicas no existen, si existen, no pueden tener una "voluntad final", si tienen voluntad, no comprenden "el sentido" del Derecho, etc.), han sido superadas por el "pragmatismo" del *common law*, no hay en su establecimiento un fundamento "filosófico" o "sociológico" que vaya mucho más allá de la necesidad político criminal de evitar la comisión de delitos bajo la protección o en beneficio de una organización cuyos dueños y controladores podrían emplear para distribuir las responsabilidades, atribuyéndose a través de la separación patrimonial el beneficio resultante de la comisión de un delito e imputando el costo (la sanción penal) al empleado que, actuando o no como "palo blanco" o "cabeza de turco", resultase responsable a título personal. Ello nos obliga a analizar con razonable escepticismo propuestas que pretenden fundamentar en conceptos y categorías *a priori* desarrollos normativos que claramente las anteceden y cuyos orígenes pragmáticos no pueden dejarse de lado.

En segundo término, la afirmación de que en la Ley chilena se establece un sistema de responsabilidad por "el hecho propio", pasa por alto el hecho de que, en todos los casos que allí se menciona se trata más de *atribución de responsabilidad por un hecho ajeno,* pues se exige la comisión de un delito por parte de sus ejecutivos o empleados como fuente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No es la falta de un modelo de prevención (cuya adopción ni siquiera es obligatoria al tenor del Art. 4º de la Ley) lo que genera la responsabilidad penal de la empresa, sino el delito que comete uno de sus directivos y subordinados.

Se trata, por tanto, más bien de un sistema *vicarial limitado* o *mixto,* donde la adopción e implementación de sistemas de prevención puede tener

la función de eximir de responsabilidad o atenuarla, pero no la fundamenta. De hecho, si se demuestra que la comisión del delito no es consecuencia de la falta de tales modelos de organización, su efectiva inexistencia no genera responsabilidad penal. Como tampoco se genera responsabilidad penal por no haber adoptado e implementado tales modelos de organización, claramente facultativos según el texto legal.

Lo que estamos diciendo, entonces, es que en la ley chilena no tenemos casos de *responsabilidad por el hecho propio,* sino de *responsabilidad por el hecho ajeno, limitada por la exigencia de que tal hecho sea consecuencia de la falta de adopción e implementación de un modelo de organización para prevenir hechos similares.*

Para entender bien esta diferencia, quizás sea mejor recurrir a la doctrina que, entre nosotros, ha debido lidiar con la responsabilidad de las personas jurídicas durante un tiempo más prolongado que los penalistas. Me refiero, obviamente, a la doctrina del Derecho civil en materia de responsabilidad extracontractual. Allí se distingue con claridad entre la responsabilidad por el *hecho ajeno* y la responsabilidad por el *hecho propio.* Según el último tratadista chileno en la materia, Enrique Barros, son casos de responsabilidad de las personas jurídicas por el *hecho ajeno* aquéllos en que ésta se deriva de la infracción de una norma de cuidado por parte de un empleado, cuya identidad puede o no estar determinada (casos de *culpa anónima*), infracción que es posible por la falta de vigilancia del empresario en su cumplimiento; mientras la responsabilidad por el *hecho propio* deriva de la atribución que, "pragmáticamente", hace el Derecho de los efectos de su propia organización a la persona jurídica: una decisión o acuerdo adoptado por sus órganos directivos y dirigentes personales, o la deficiente organización de sus procesos internos que generan daños a terceros o a sus propios empleados. Luego, la responsabilidad por el *hecho propio* no deriva de alguna infracción (culpable) de los empleados a la normativa interna para prevenir el riesgo de la comisión de un delito, sino, al contrario, del cumplimiento por parte de directivos y empleados de sus funciones como tales: adoptando decisiones cuya ejecución suponga un hecho ilícito, por ejemplo, emitir contaminantes más allá de lo permitido; o ejecutando las labores propias, por ejemplo, operando máquinas que, como empleado, debe operar, pero cuya operación genera productos defectuosos o accidentes a sus usuarios, no por un defecto en el proceso o una negligente vigilancia del mismo, sino por haberse "economizado" conscientemente en las materias primas o en la mantención de la maquinaria empleada. También es posible considerar, como se hace en los Estados Unidos, como un *hecho propio,* el consentir, aprobar o ignorar deliberadamente la realización por otro (empleado o no de la empresa) de un hecho que recae en beneficio propio, como sería el caso de un empleado que, en principio sólo "por las suyas", soborna a funcionarios públicos, lo cual, por el beneficio que reporta a la empresa, no es denunciado por sus Ejecutivos Principales, a pesar de ser conocido.

Si se analiza desde esta perspectiva la ley chilena, podrá apreciarse que en ella no se contempla directamente un caso de responsabilidad por el hecho propio derivado de las decisiones de los órganos directivos, en el caso de las Sociedades Anónimas, Juntas de Accionistas, Directorios y Ejecutivos Principales, como si la ley asumiera de entrada que éstos órganos no pueden tomar decisiones cuya adopción suponga dar comienzo a la ejecución de un delito. En cambio, parece asumirse que si algún ejecutivo o empleado comete un delito (en beneficio de la empresa), lo hará siempre fuera del *giro social,* como un *exceso* no atribuible directamente a la persona jurídica, sino indirectamente: esto es, si ese "exceso" es consecuencia de no haberse adoptado e implementado un modelo de prevención del delito cometido. Ello explica que se admita para empresas pequeñas que sea el propio dueño o controlador el encargado de prevención.

Esta constatación puede vincularse tanto con una profunda e inconsciente resistencia a considerar en serio la comprobada potencialidad criminógena que ofrece a controladores y Ejecutivos Principales la separación de sus patrimonios con el de las empresas, poniendo énfasis sólo en los estímulos que los empleados y trabajadores de menor rango pueden tener para recibir beneficios y cumplir metas.

Para ponerlo en términos concretos: si el Directorio de una sociedad anónima aprueba la contratación de un "intermediario" que "facilitará" los trámites para obtener una autorización municipal, pagándole una suma cuantiosa al efecto y por anticipado, parte de la cual, por el conocimiento que se tiene del mercado, es presumible se destine al soborno del empleado municipal encargado de la autorización, *decide la comisión de un delito por un hecho propio,* decisión que *normativamente* es equivalente a la de una persona natural que actúa con conocimiento y voluntad, esto es, dolosamente, pues la *voluntad de la persona jurídica, normativamente*, es la que resulta de ese acuerdo, el cual no es equivalente a la suma de voluntades de los concurrentes, pues de haber votos minoritarios, éstos no son capaces de alterarla. Lo mismo sucederá si el Directorio o la Junta de Accionistas se niega deliberadamente a conocer los detalles de la operación que aprueba para no tener que rechazarla, o la da por buena, una vez conocida y aprovechados los beneficios que le reporta a la empresa.

Sorprendentemente, en esos casos no está pensado, al menos no directamente, la ley chilena, sino en otros diferentes: el del jefe de contabilidad que, para conseguir el bono de metas, se "excede en sus funciones" y paga un soborno (incluso con su dinero) para que la empresa obtenga el contrato cuya cuantía le permite disfrutar de ese pago extra (y que compensa lo abonado), o el del Jefe de una Obra que, para cumplir las metas impuestas, soborna al inspector municipal que pretende su paralización. En estos casos, los delitos son *hechos ajenos* para la empresa, pues sólo son *hechos propios* de quienes los ejecutan: la empresa sólo responde de ese hecho ajeno si se comete a consecuencia de que carece de un modelo de prevención implementado de conformidad con la ley.

La explicación a este fenómeno y las confusiones que produce radica en un malentendido acerca del origen de la *defensa de cumplimiento* y su regulación allí donde se ha desarrollado.

En efecto, por una parte, la *defensa de cumplimiento* o *compliance* no es producto de elucubraciones sociológicas o filosóficas acerca de las fuentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino de la práctica procesal norteamericana, enfrentada a un sistema de atribución de responsabilidad vicarial, donde la comisión de un delito en el contexto empresarial es directamente atribuible a la empresa en cuyo contexto y beneficio se comete, por mor de la teoría del *respondeat superior.* Sin embargo, allí la defensa no ha logrado imponerse como eximente, aunque sí como atenuante de la responsabilidad (y como un antecedente para llegar a acuerdos y *probation*), con una excepción general: que el delito sea cometido por los ejecutivos principales de la empresa, o consentido o deliberadamente ignorado por éstos, es decir, cuando el hecho pueda concebirse como *un hecho propio de la empresa actuando a través de sus órganos y ejecutivos principales* y no como un *hecho ajeno evitable.*

O, en otras palabras, la defensa de *cumplimiento* parece tener sentido cuando con ella se demuestra haber realizado todo lo posible para prever y evitar un hecho que, por razones ajenas a la capacidad de quien debe evitarlo, se comete por otra persona de todos modos, esto es, cuando se emplea para alegar que se ha sido diligente en el cumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia.

Pero no parece tener sentido cuando se pretende alegar para excusar la responsabilidad por el *hecho propio voluntario de la persona jurídica,* como sería si el Directorio de una Sociedad Anónima o sus Ejecutivos Principales decidiesen, con conoci-

miento de causa, realizar una operación financiera que involucrase lavado de activos, atendido el beneficio que le reporta.

Con estas consideraciones y distinciones en mente, pasemos ahora a analizar el efecto esperado sistema chileno de certificaciones.

3. El efecto de las certificaciones (la defensa de cumplimiento)

La cuestión de fondo que aquí se debate es la siguiente: ¿hasta qué punto la "adopción e implementación de modelos de prevención" permite eximirse de responsabilidad penal, especialmente cuando ello ha sido previamente "certificado"?

Desde luego, lo primero que llama la atención es que la idea de una completa exención para el caso de adopción de modelos de prevención, como la que parece plantear la ley chilena, no se encuentra presente allí donde se originó la defensa de cumplimiento.

En efecto, en el sistema norteamericano, como ya dijimos, basado en la idea de la responsabilidad vicarial, la defensa de *compliance* tiene un efecto claro y delimitado en juicio: permite una la reducción de la pena (siempre que el delito no haya sido cometido, aprobado o deliberadamente ignorado por los directivos). Previamente al juicio, la Fiscalía puede tomar en cuenta el cumplimiento para aplicar criterios de oportunidad y llegar a acuerdos con *probation*. Pero si el delito es decidido, cometido o deliberadamente ignorado por los ejecutivos principales y los órganos de dirección de la empresa, la defensa no es aplicable.

Por otra parte, tampoco se acepta tan llanamente en Italia, cuya legislación se tuvo de modelo, pues salvo algún caso excepcional de primera instancia, los tribunales se resisten consistentemente a aceptar que la adopción e implementación de un sistema de *compliance* permita eximir completamente de responsabilidad penal en el caso concreto, alegando que la comisión de un delito es la prueba de que el modelo de prevención ha fracasado, esto es, que no es idóneo para la prevención de tales delitos.

A mi juicio, la razón de estas distinciones, incertidumbres y resistencias ante la defensa de cumplimiento no se encuentra en las supuestamente "modernas" teorías que fundamentarían la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino más bien en las viejas cuestiones derivadas de los fundamentos de la responsabilidad por el hecho propio y ajeno. Y a ello nos abocaremos a continuación.

En efecto, desde Aristóteles se afirma que la prudencia es una virtud y, como tal, un hábito consistente en el constante ejercicio de actos prudentes. La adopción habitual de decisiones prudentes y su materialización hace a un hombre prudente, un buen ciudadano. Por extensión, podría decirse que la adopción e implementación constante de medidas de prevención de delitos por parte de una empresa, la convertiría en una empresa "virtuosa", en una "buena ciudadana corporativa". Pero un hombre prudente se puede equivocar y cometer una injusticia, aún involuntariamente. Y en tal caso, ha de responder por su equivocación. Pero como en el error radica también el perdón, según el Estagirita, pocos negarían que la prudente conducta en el pasado pudiese habilitar, eventualmente, para atenuar la responsabilidad penal (así, por ejemplo, en Chile, para las personas naturales, esta atenuante se llama "irreprochable conducta anterior").

Sin embargo, el haber actuado previamente de manera prudente o justa, no exime de la responsabilidad por el acto injusto que se comete después. Ergo, no es posible eximirse *ex ante* de la responsabilidad por el *hecho propio,* alegando haber anteriormente cumplido escrupulosamente con la ley.

Lamentablemente, en Chile faltan casos prácticos donde se haya resuelto jurisprudencialmente el problema plateado, aunque no sería de extrañar, atendidas la experiencia italiana y norteamericana, que ante la disyuntiva entre una atenuación y una exención completa de pena, los tribunales chilenos se decanten por la primera vía, sobre todo tratándo-

se de supuestos en que el delito es, efectivamente, *un hecho propio de la persona jurídica,* porque sus directivos lo han decidido y ejecutado, o porque lo han aprobado, consentido o ignorado deliberadamente.

En estas situaciones el rol que podría llegar a jugar la certificación de la adopción de programas de prevención de delitos el de una acreditación de buen comportamiento previo, una especie de "certificación del actuar prudente" o irreprochable conducta anterior.

En cambio, si no se distingue entre la responsabilidad por *el hecho propio de la empresa* y la *responsabilidad por el hecho ajeno evitable*, como no hace la mayor parte de la literatura nacional, un sistema de certificaciones podría servir para algo más, esto es, para configurar las bases de una eximente absoluta construida *ex ante*, una suerte de *Bula papal*. En efecto, compartiría con las *Bulas* su carácter de bien de mercado, esto es, susceptible de ser comprada al precio puesto por el vendedor y, al igual que las *Bulas* que garantizaban el acceso al cielo sin necesidad de ser virtuoso en realidad (y, sobre todo, después de adquirida la *Bula* correspondiente), podrían servir para garantizar a una persona jurídica que estaría *ex ante* exenta de la responsabilidad por la comisión de un delito en su provecho, tanto en los casos de delitos cometidos por parte de un directivo o un subordinado actuando con el acuerdo o aquiescencia de éste, como en los casos de "excesos" de los subordinados que, por cuenta propia, cometen delitos en beneficio propio y de la empresa. Así, la certificación podría servir de prueba para convencer al tribunal de que la empresa *es* un "buen ciudadano corporativo" y, por lo tanto, aunque el delito le beneficie y se haya cometido por sus directivos como órganos de la misma, como la empresa *es* una buena ciudadana, no respondería del mismo, con independencia de que, obviamente, el modelo haya fallado o hubiese sido burlado (otra forma de fallar: no prevenir la burla) en el caso concreto.

Pero tal interpretación es insostenible, ya que no existe hasta el momento ningún sistema de responsabilidad que admita la exención anticipada por hechos o delitos futuros. Incluso en el Derecho civil se prohíbe la condonación del dolo futuro entre particulares.

Y en Derecho penal existe una larga tradición contraria a la exención anticipada de la responsabilidad penal, por las razones con que paso a concluir esta exposición.

4. Del por qué una certificación de cumplimiento no puede eximir de la pena anticipadamente, pero sí atenuarla

1°.- Porque en el derecho continental la idea de que un "buen ciudadano" está exento de penas por el sólo hecho de serlo, no parece acorde con la de un derecho penal de actos (y aún de actos propios de la empresa), tal como hemos dicho antes, donde lo que se juzga en los casos criminales es un hecho concreto y no la vida pasada del acusado;

2°.- Porque si se aceptase la tesis del "buen ciudadano corporativo", también tendría que extenderse a los "buenos ciudadanos" de verdad. Y viceversa: debería pensarse en excluir de la vida en común a los "malos ciudadanos", siquiera para mantener una cierta coherencia. Sin embargo, dejando de lado la exageración, la verdad es que, en el ámbito corporativo, quizás este sea uno de los efectos reales de la adopción e implementación efectiva de modelos de prevención, debidamente certificados: la habilitación para la actuación de la vida en sociedad (económica), como una suerte de requisito básico para la constitución de sociedades, junto con sus estatutos y demás requisitos. Probablemente, el Estado, las organizaciones internacionales y los bancos y otras grandes corporaciones sólo quieran mantener en el futuro relaciones comerciales con empresas "certificadas", así como con aquellas con suficiente crédito o solvencia como para respaldar los créditos o contratos que se otorguen o celebren.

3°.- Porque el "certificado" de que se ha adoptado e implementado un sistema de prevención de

delitos, esgrimido como *eximente anticipada,* tiene el aroma del "pretexto de la defensa" y de la "causa ilegítima", conceptos que se traían a cuento en la jurisprudencia antigua para rechazar los alegatos de legítima defensa en caso de provocación del agresor por parte del que se defiende o del mal que se trata de evitar por parte del que alega estado de necesidad. Incluso en casos como el de las antiguas leyes donde se permitían el uxoricidio en flagrante adulterio, a mediados del siglo pasado la Corte Suprema de Colombia declaró que el que se casaba con una novia infiel para poder darle muerte al sorprenderla con su amante tras el matrimonio, no podía recurrir a la eximente, que él mismo se había construido.

Para ponerlo en el caso chileno: si se entendiera que bastaría el establecimiento de modelos de prevención y su eventual certificación para eximir de responsabilidad penal, el "mensaje legal" sería que, a continuación, durante el período de vigencia de la certificación, se contratasen gerentes y empleados inescrupulosos cuyos salarios estuviesen fuertemente vinculados al monto de contratos del Estado que se obtuviesen, dispuestos a asumir como "cabezas de turco", en caso de una eventual investigación en contra de la persona jurídica.

4°. Porque si se asimila funcionalmente el defecto de organización a la culpabilidad de las personas naturales, podemos ver que existen respecto de éstas, en diversos ámbitos de actividades más o menos riesgosas, mecanismos de certificación de competencias, conocimientos, destrezas y habilidades, como las titulaciones que se exigen para ejercer ciertas profesiones o los exámenes que se rinden periódicamente para obtener y conservar las licencias de conducir o portar armas o manipular alimentos para consumo público, etc. Y hasta donde alcanzan mis conocimientos, pocos parecen estar dispuestos a admitir que por el sólo hecho de poseer un título de doctor en medicina o una licencia de conducir uno pueda eximirse *ex ante* de la responsabilidad por una actuación imprudente en un momento determinado posterior. Desde esta perspectiva, y sumado a lo que acabamos de decir en el número anterior, podemos prever que quizás en el mediato futuro estas "certificaciones" se conviertan, así como la adopción de e implementación de planes de prevención, no en exenciones anticipadas de penas, sino en *condiciones generales para el desarrollo de ciertas actividades económicas por parte de personas jurídicas,* como lo son ahora, con carácter *especial,* las certificaciones sanitarias, técnicas y de toda otra índole que se exigen para la participación en determinados mercados y actividades.

5°. Y, finalmente, porque el "certificado" que exime de la responsabilidad penal, en tanto es pagado, no se diferencia de las famosas "*Bulas papales*" a que ya hemos hecho referencia y está, por lo tanto, sujeto a las mismas críticas morales y, ahora, a las derivadas del principio de igualdad que supuestamente rige en la mayor parte de los Estados occidentales, pues no parece admisible que "ciudadanos corporativos" con mayor capital que otros, lo que les posibilita la adopción de modelos de prevención y su certificación, puedan transformarse, por ese hecho, en "buenos ciudadanos"; en tanto que otros, con menos recursos pero que cumplen rigurosamente la ley, no califiquen como tales, por no estar "certificados".

Pero claro, esto último no es un problema del sistema de certificaciones ni de la defensa de *compliance*, sino un efecto propio del capitalismo del siglo XXI y de la sociedad neoliberal al que quizás debemos irnos acostumbrando: cuanto más se exige a las corporaciones, más se favorece la concentración económica, aún en casos que esta exigencia provenga, como parece ser, de quienes quieren, por el bien de toda la sociedad, limitar las actuaciones dañinas de las personas jurídicas. ◧

I

Improving the recovery of assets resulting from organised crime

Patricia Faraldo
Professor of Criminal Law. University of A Coruña.

Abstract
Over the last few years, the international community - through 'hard' and 'soft law' measures - as well as States have committed themselves to improving mechanisms for preventing and repressing money-laundering and for confiscation, in particular in the context of organised crime. In spite of this standardising effort, several national systems have found that the level of application of the offence of money laundering by judges and courts is less than satisfactory, and that existing legal mechanisms aimed at confiscating assets of criminal origin are not giving the expected results. The intended aim of this work is to put forward solutions in order to help legal measures being effective in practice. In order to define the topic, after an introduction to the difficulties of implementing international standards, the paper focuses in particular on internal obstacles, not on aspects relating to co-operation with other countries.

Keywords
Confiscation; money laundering; asset recovery; organised crime; civil forfeiture.

Introduction

The usual way to address a criminal problem is to use Criminal Law to characterise the unwanted conduct as an offence and to establish the legal-criminal consequences applicable to the perpetra-

tor. Organised crime is no exception. For decades now States and the international community have tried this traditional approach in order to limit the spread of organised crime[1]. The creation of criminal offences consisting of belonging to or managing an illicit association or a criminal organisation is, however, only one of the three routes commonly used in Comparative Law to tackle the phenomenon of organised crime. In fact, the legal systems of the countries of continental tradition[2] display a second mode of reaction with the introduction of aggravated offences of belonging to or managing illicit associations or criminal organisations in various crimes which, according to criminological analysis, are generally committed within the framework of organised structure, such as the different types of illegal trafficking. Thirdly, specific conduct typical of organised crime is also typified, such as the trafficking of protected species of flora and fauna, drugs, weapons or human beings, or money laundering, among others[3].

The justification for the growing interest that money laundering has stirred on an international level in recent years is based on the fact that one of the most effective ways of reducing the amount of organised crime is to reduce the incentive for the offender which lies in enjoying the use of the proceeds obtained from the criminal activity. This presumption[4], together with the difficulties of prosecution since the crimes from which the assets are gained and the laundering activities are not limited, as a general rule, to one single country, but cross national borders, has given rise to various international initiatives being adopted with the aim of, firstly, increasing the level of criminalisation[5] and, secondly, promoting the harmonisation of the legislations of different States in order to improve the coordination of international activities to combat money laundering. All these phases have been carried out using measures typical of both 'hard law' and 'soft law'[6].

1 A clear example of this is the approach of the United Nations Convention against Transnational Organised Crime (approved in December 2000 in Palermo, Italy), which urges the State Parties to penalise participation in an organised criminal group.

2 In Anglo-Saxon countries however, the offence of criminal conspiracy is used, with there being no concept of criminal organisation or association.

3 With the unique attribute of allowing those acting on the edge of any illegal association or criminal organisation to also be punished, since belonging to these groups usually only constitutes an aggravated offence.

4 See, however, a detailed criticism of this justification in Alldridge, *Money Laundering Law*, 45-69.

5 Art. 3.1 of the Vienna Convention of 20th December 1988, against the illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, obliges the State Parties to adopt the necessary measure to classify the following, among others, as criminal offences in their national law whenever they are committed intentionally, 'b) i) The conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from any offence or offences established in accordance with subparagraph a) of this paragraph, or from an act of participation in such offence or offences, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an offence or offences to evade the legal consequences of his actions; ii) The concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from an offence or offences established in accordance with subparagraph a) of this paragraph or from an act of participation in such an offence or offences'.
As we can see, the Vienna Convention referred exclusively to laundering assets resulting from drug trafficking. The Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, opened for signature on 8th November 1990, in turn, did not limit itself to just drug trafficking, its scope extended to combat serious crime, which led to the criminalisation of the laundering of assets from crimes other than drug trafficking. In this regard, among others, Görg, *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung*, 19; Hoyer et al., Regelungen, 37-38.
In turn, the Palermo Convention urged the Member States to apply laundering to 'the widest range of predicate offences', and specifically 'each State Party shall include as predicate offences all serious crime as defined in article 2 of this Convention and the offences established in accordance with articles 5, 8 and 23 of this Convention. In the case of State Parties whose legislation sets out a list of specific predicate offences, they shall, as a minimum, include in such list a comprehensive range of offences associated with organised criminal groups' (art. 6.2).

6 With regards the meaning and objectives pursued by this strategy, see Mitsilegas, "International Regulation," 42-49; by the same author, *Money Laundering Counter-Measures*, 103-125.

But the criminal sanction of money laundering is of little use if we do not manage to seize the proceeds of the crime. This has led to the quest to improve the effectiveness of confiscation too[7], especially in the context of organised crime. The measures adopted for this issue range from the admission of confiscation through substitution[8] or the 'lightening' of the burden of proof of the unlawful origin of the assets introducing rebuttable presumptions of unlawfulness that should the owner or possessor of the suspicious asset must expunge[9] to the admission of confiscation of the equivalent value when it is not possible to confiscate the assets declared to be of unlawful origin, allowing the confiscation of other assets with an equivalent value belonging to those found criminally liable for the offence[10], without disregarding the provision of special rules for the confiscation of assets resulting from criminal activities committed within the framework of a criminal organisation. In this case the assets of each and every one of the people convicted for offences committed within the criminal organisation with a value that is disproportionate to the legally obtained income of each of these people are understood to be the proceeds of the criminal activity[11]. However, the difficulties associated with the criminal nature of confiscation have limited its effectiveness when used to reduce the profit obtained through criminal activity. The total number of confiscations carried out and the amounts recovered remain at modest levels[12]. This has led to attempts being made through civil proceedings too[13], following Recommendation 4 of the Financial Action Task Force Group of International

7 With regards the rationale used as a basis for confiscation measures, see Levi, "Criminal Asset-Stripping." 212-215.

8 See, for example, art. 12.3 of the UN Convention Against Transnational Organised Crime: 'If proceeds of crime have been transformed or converted, in part of in full, into other property, such property shall be liable to the measures referred to in this article instead of the proceeds'.

9 See, for example, art. 12.7 of the United Nations Convention Against Transnational Organised Crime: 'States Parties may consider the possibility of requiring that an offender demonstrate the lawful origin of alleged proceeds of crime or other property liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law and with the nature of the judicial and other proceedings'.

10 See art. 5.1 a) of the UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988, which states that 'each Party shall adopt such measures as may be necessary to enable confiscation of: a) Proceeds derived from offences established in accordance with article 3, paragraph 1, or property the value of which corresponds to that of such proceeds'; art. 2.1 of the 1990 Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, which establishes that 'Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to enable it to confiscate instrumentalities and proceeds or property the value of which corresponds to such proceeds'; art. 12.1 a) of the UN Convention Against Transnational Organised Crime of 2000, which states that 'State Parties shall adopt, to the greatest extent possible within their domestic legal system, such measures as may be necessary to enable confiscation of: a) Proceeds of crime derived from offences covered by this Convention or property the value of which corresponds to that of such proceeds'; or art. 3 of the Council Framework Decision 2001/500/JHA of 26th June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime, which establishes that 'Each Member State shall take the necessary steps to ensure that its legislation and procedures on the confiscation of the proceeds of crime also allow, at least in cases where these proceeds cannot be seized, for the confiscation of property the value of which corresponds to such proceeds, both in purely domestic proceedings and in proceedings instituted at the request of another Member State, including requests for the enforcement of foreign confiscation orders...'.

11 Concerning this matter, see art. 3 of the Council Framework Decision 2005/212/JHA, of 24th February 2005, on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property, concerned with regulating the 'Extended powers of confiscation'.

12 As established in, among other documents, the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on 'Proceeds of organised crime. Ensuring that "crime does not pay"', COM(2008) 766 final, Brussels, 20.11.2008, p. 4, available on the website.

13 With regards international regulations, the first direct allusion towards the possibility that the States would allow confiscation without a criminal conviction is found in art. 54 of the United Nations Convention Against Corruption (approved in Mérida in December 2003 and which came into force on 14th December 2005), under the terms of which '1. Each State Party, in order to provide mutual legal assistance pursuant to article 55 of this Convention with respect to property acquired through or involved in the commission of an offence established in accordance with this Convention, shall, in accordance

Financial Action[14]. Provisions like civil forfeiture are no longer uncommon in a comparative panorama[15].

In spite of this standardising effort, several national systems have found that the level of application of the offence of money laundering by judges and courts[16], and that the existing legal mechanisms aimed at confiscating assets of criminal origin are not giving the expected results.

The intended aim of this work is to carry out a succinct analysis of the reasons that prevent legal measures from being effective in practice, and to put forward solutions. However, in order to define the topic, after an introduction to the difficulties involved in implementing international standards, the paper focuses particular on internal obstacles, not on aspects relating to cooperation with other countries.

Concerning the inherent difficulties of implementing international standards

There is no doubt that the international standard concerning money laundering and asset recovery is that established in the 40+9 Recommendations of the International Financial Action Task Force. However, their implementation is by no means easy, as shown by the reports produced by the Task Force itself[17], and this becomes even more difficult in developing countries. Before analysing the reasons for this, it is important to warn of the need to avoid the common tendency of reducing the problems surrounding the implementation of international standards to the scope of the practical difficulties of implementing them. So, to start with, we need to define exactly what is understood as the success or failure of an international standard. For example, although there is no doubt that many countries still have a low level of compliance with the Recommendations, it is generally recognised that the mutual evaluation process has led to greater efforts being made, which in turn, increases the level of awareness of the political elite regarding the need to do something about this, and, therefore, this also increases the efforts made concerning this issue.

Secondly, international standards and agreements normally tend to mask the differences between those promoting the action. Discrepancies about the 'real meaning' of these agreements are common and constant. It could be said that each

---

with its domestic law: ... c) Consider taking such measures as may be necessary to allow confiscation of such property without a criminal conviction in cases in which the offender cannot be prosecuted by reason of death, flight or absence or in other appropriate cases'. A reference is also included in art. 3.4 of the Council Framework Decision 2005/212/JHA, of 24th February 2005, on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property, which establishes the 'Member States may use procedures other than criminal procedures to deprive the perpetrator of the property in question'.

However, prior to these international texts the doors were already open to the possibility of establishing non-criminal mechanisms for liability. See, for example, art. 10.2 of the UN Convention Against Transnational Organised Crime, which states that 'Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons [for participation in serious crimes involving an organized criminal group and for the offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention] which may be criminal, civil or administrative'.

14 The numbering refers to the revised text of February 2012, since this suggestion was previously found in Recommendation 3. In accordance with the current text, 'Countries should consider adopting measures that allow such proceeds or instrumentalities to be confiscated without requiring a criminal conviction (non-conviction based confiscation), or which require an offender to demonstrate the lawful origin of the property alleged to be liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law'.

15 See a broad overview of the international situation in Young, ed, *Civil Forfeiture, passim*. With regards the importance of civil proceedings see Cassella, "The case for civil forfeiture," 8-14; Kennedy, "Justifying the civil recovery," 8-23. Some disadvantages of the proceedings are pointed out in Daniel et al. "La recuperación de actives," 137-139. See also Claman, "The promise and limitations," 333-352. With regards seizing assets in Mexico, see, as well as the work referenced later, Quintero, "Extinción de dominio," *passim*.

16 'Disappointing' is the adjective used in the report produced by Moneyval, *3rd Round of Mutual Evaluation Reports*.

17 See a summary in Jensen and Png, "Implementation of the FATF 40+9 Recommendations." 111-113. Also useful is Bester et al., *Implementing FATF Standards*, which refers specifically to the Mexican situation on pp. 12-14.

country has its own way of implementing them, as the concept of legal culture would suggest[18]. If indeed national differences do exist, what should be done about this? Does something really need to be done? From a certain point of view these differences present an obstacle that has to be overcome through harmonisation and cooperation. One of the objectives of the Recommendations was to create greater concurrence between the legal definitions of money laundering and the financing of terrorism to harmonise their implementation in different legal systems, as well as to promote the establishment of regulations that led to improved asset recovery. From another point of view, however, it could be argued that this implementation should, in fact, be different if the contexts and challenges themselves are. And it may be that maintaining political, legal and cultural diversity is, in fact, an intrinsic value, even if it does lead to different results when implementing international standards. With regards asset recovery, although the communication between the national units with authority over this matter is improving, there is still very little cooperation or cross-fertilisation of ideas across the national borders. So, the Financial Action Task Force[19], the Egmont Group[20], the World Bank[21], the G8[22] and other worldwide institutions continue to offer general advice intended to be universally valid about how to respond to the problem of asset recovery effectively. Perhaps, however, we should first understand the specific features of each legal culture before we can overcome them, especially when these differences also affect the way in which the recommendations and guides, which are intended to be intercultural but are not in reality, are interpreted and followed[23]. The point is that countries make use of the international agreements and standards in line with their national way of understanding them, locally, often with aims that are essentially local rather than cooperative.

Therefore, when referring to legal culture a situation like the one existing in Mexico is particularly useful as it provides a clear example. This is a country with a chronic problem of corruption and organised crime, to the point that it has been questioned whether it could be classed as a 'Failed State'[24]. In response to this problem significant measures have been adopted aimed at improving the coordination of different national agencies and organisms as well as the cooperation with other countries, in particular with the United States[25]. However,

18 The broad definition of legal culture used here is one way of describing relatively stable tendencies of lawful social attitudes and behaviours. The identifying elements of legal culture range from facts concerning institutions, like the number and role of lawyers or the ways in which judges are allocated and controlled, to different forms of conduct like the indices of judicialisation and prisonisation, and, at the other end of the scale, more nebulous aspects of ideas, values, aspirations and mentalities. Like general culture, legal culture encompasses who we are, not just what we do. Cf. Nelken, "Using the Concept of Legal Culture." Further discussion about this term can be found in Nelken, ed, *Comparing Legal Cultures*; Nelken and Feest, eds. *Adapting Legal Cultures*, and specifically on why this term is preferable to others like legal system, juridical tradition, legal mentality or juridical ideology, Nelken, "Rethinking Legal Culture." 200, 208-211.

19 See the document titled *Best practices on confiscation (Recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery*, of October 2012, available on the website.

20 See the document titled *The Role of Financial Intelligence Units in Fighting Corruption and Recovering Stolen Assets. An Egmont Group White Paper*, of October 2012, available on the website.

21 UN Office on Drugs and Crime, *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative*, available on the website.

22 See the document titled *G8 Best Practice Principles on Tracing, Freezing and Confiscation of Assets*, available on the website.

23 Many reports already refer to this need to understand national characteristics before implementing international standards. Among others for example, cf. Bester et al. *Implementing FATF Standards*, 31.

24 See the reasons why this is thought not to be so in Grayson, *Mexico, Narco Violence and a Failed State?*. More succinctly, Philip, "Introduction: Mexico's struggle," 2; Williams, "El crimen organizado," 15 ff.

25 In December 2008, Mexico and the United States signed the first Letter of Agreement for the Merida Initiative, with the aim of creating bilateral security cooperation, helping to galvanise efforts on both sides of the border to stop the illegal flow of weapons, money and drugs.

despite the relatively prompt introduction of the offence of money laundering and the, also fairly rapid, creation of a financial intelligence unit, the truth of the matter is that the results obtained have been poor: between 1989 and 2008, barely 25 convictions for money laundering, between 2004 and 2007 149 prosecutions, of which however, only two were the result of reports produced by the financial intelligence unit[26]. Despite the amount of black money circulating in the country, the regulations of asset forfeiture[27] have failed in practice[28]. The mechanisms for the seizure of assets susceptible to criminal confiscation established in the Federal Law against Organised Crime[29] do not seem to work well either. The following paragraphs will put forward some responses.

General and institutional proposals

A good asset recovery system should involve: (a) identifying, locating and evaluating the assets subject to confiscation, (b) quickly carrying out the provisional measures, such as freezing and seizure, to prevent any trading, transfer or disposal of these assets; (c) taking measures that impede or prevent acts that affect the country's authority to freeze or confiscate or recover that assets subject to confiscation, and (d) adopting the relevant investigation measures.

Below is a series of proposals aimed at improving the level of compliance with these objectives. The perspective adopted is that of improving the systems internally, on a national level[30]. So, we will leave to one side the problems concerning international cooperation between States, which have different characteristics and need a different type of approach[31].

Creating a relationship of trust between the parties involved

The existence of a relationship of trust between the parties involved is an essential element in all the stages of asset recovery, from compiling and analysing the intelligence data to obtaining evidence to be used by the prosecutor's office. The units dedicated to these aspects[32] should assign specific people who act as contact points with other units, forces and

26 Data contained in the executive summary of the FATF mutual evaluation report of Mexico of 17th October 2008, available on the website.

27 Federal Law on asset forfeiture, regulations of article 22 of the Political Constitution of the United Mexican States (Official Federal Gazette of 29th May 2009).

28 See González Rodríguez, *Extinción de dominio*, available on the website.

29 The proceedings are classed as 'hybrid and complex' in García Ramírez, *Delincuencia organizada*, 200.

30 I have used different sources for this. See, among others, Bester et al. *Implementing FATF Standards*, 31 ff; Goredema, "Recovery of Proceeds of Crime,". 212-226.

31 With regards this, see Stephenson et al., *Barriers to Asset Recovery*. All the international conventions on this matter dedicate part of their contents specifically to asset recovery and the measures to adopt to return the assets to their country of origin. See for example, the UN Convention Against Corruption, New York 31st October 2003; the UN Convention Against Transnational Organised Crime; or the Convention of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) that combats the bribery of foreign public officials in international business transactions (hereinafter, OECD Convention). With regards asset recovery within an anti-corruption context, see, extensively Jorge, "Los desafíos," XIII-XXXII.

32 Initially, the financial intelligence units. See a proposal of their composition and functions in AA.VV. *Unidades de inteligencia financiera*, available on the website. Asset recovery offices have now been added to these, and reference was made to this in the document on *The prevention and control of organised crime: a European Union strategy for the beginning of the new millennium*, published in the Official Journal of the European Communities C 124 of 3/5/2000, whose recommendation 17 b alluded explicitly to the need to establish 'units which are specifically dedicated to the process of tracing, seizure and confiscation of assets…', and it should be guaranteed that these units 'have the manpower and operational and technical resources necessary to combat money laundering'; and the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the prevention and fight against organised crime in the financial sector, Brussels, 16.4.2004, COM(2004) 262 final, point 2.4. This initiative has developed into the Council Decision 2007/845/JHA, of 6th December 2007, on cooperation between Asset Recovery Offices of the Member States in the field of tracing and identification of proceeds from, or other property related to, crimes, with the aim of ensuring that the Member States of the European Union create or designate national asset recovery agencies that act as national contact points for the activities concerning confiscation.

institutions. It would be useful to identify the most important posts and the relevant authorities on different levels as initial contact points with regards the policies aimed at recovering assets. One element that helps to establish this relationship is the organisation of meetings or events, which can be institutional as well as more informal, which allow the people assigned as contact points to meet each other in person, and also allows for the establishment of protocols for assistance and cooperation between the institutions and units involved in asset recovery, that allow, for example, members of the financial intelligence unit or from the asset recovery office to be present at the investigations carried out by the Prosecution Service concerning organised crime. With regards this last point, it has been found useful to provide informal mechanisms of assistance and information, as well as measures that allow a person from the financial intelligence unit or from the asset recovery office to be transferred to other units or jurisdictions as a contact person if necessary, obtaining cooperation from the authorities in the place of destination. Similarly, establishing measures that allow for constructive feedback helps to encourage trust. For example, allowing the financial intelligence units to tell the relevant people and agencies why the reports received on suspicious operations are insufficient, or how they could be improved; or ensuring that the units receive information on how many of the cases transferred to the police or the prosecution service result in a conviction, as well as how many do not and the reason for this.

The possible lack of trust may be caused by the suspicions of corruption or collusion with organised crime that falls on the contact person[33]. These suspicions must be wiped out as soon as possible, proceeding to seriously and thoroughly investigate all those involved and their assets, checking for any previous convictions, and also checking for any unexplained increase in their personal or family financial situation.

33 With regard to this problem in Mexico see Nagle, 95–122.

Promoting a genuine political will

The existence of a genuine political will to combat organised crime is a vital element in all systems used to evaluate the effectiveness of a national system of asset recovery. This political will is displayed, firstly, by establishing an appropriate legal framework, but this alone is not enough. This will needs to be shown beyond a legislative level, which achieves, among other things, clear implementation plans (a 'national strategy' against organised crime and corruption, with public support from the Government, the public and private organisms involved, like the banking industry, and civil organisations and political parties), providing training for the public officials and employees involved in asset recovery, including the judiciary, the prosecution service and the members of the financial intelligence unit and the asset recovery office, so that everyone understands the importance and relevance of the resources obtained for the State. It is also important to encourage and promote the investigation and possible conviction of politically exposed persons in order to set an example, so that no-one has the impression that the only people prosecuted are small offenders or those with no political connections.

Sufficient resources

The lack of human or material resources, insufficient training of the people in charge of asset recovery on all levels (police forces, the judiciary, prosecution service, members of the financial intelligence unit), inexperience when it comes to implementing the measures against money laundering and the financing of terrorism, are all elements that can mean a considerable handicap for the country in question.

The units dedicated to asset recovery should have a multidisciplinary structure that combines specialists from the police, legal, financial, social and customs services, as well as from other relevant services. These specialists should be able to exercise their usual authority and pass their information on to the headquarters of these units without

being bound by professional confidentiality. The units should have adequate financial resources and should serve as a central point for processing all the requests for assistance from other countries. They should compile all the relevant statistics concerning asset forfeiture, seizure and confiscation. If they are not directly managing the confiscated assets themselves they should, at least, obtain the information on these assets from the authorities that are managing them. They should also have access to all the relevant databases[34], including those that contain financial information (the ideal thing would be to have a national central register of bank accounts), so they can identify and track criminally gained assets. Additionally, they should have the authority necessary to be able to demand this information.

In order to determine the most effective way of increasing the existing resources, pilot schemes can be carried out, selecting various units (these could be financial intelligence units, the prosecution service of the police forces from different states or towns), providing them with extra funding to increase the efforts dedicated to asset recovery and allowing them to decide on a local level, taking the local needs into account, how it should be invested: either by contracting specialised personnel, improving the training of existing personnel, establishing a reward system for assets recovered (that does not necessarily affect people individually, but could take the form of an increase in funding for the relevant unit), etc. In the final stage it would be necessary to assess whether the extra funding and the measures adopted have had a positive impact either on the number of investigations carried out (both proactive and reactive) or on the amount of assets recovered[35].

34 For example, the property register, company registers, vehicle registration records, the criminal records bureau, the Social Security register, etc.

35 See a study of these characteristics carried out in Scotland, reported in Cavanagh, *A review of reinvestment*, available on the website.

Coordination between units

On a national level it is essential to establish mechanisms that allow the coordination of all those involved in the investigation of criminally gained assets[36], and the problems caused by fragmented legal systems or different priorities existing on a regional or local level need to be analysed and avoided.

Cooperation from the relevant entities and parties

The relevant entities and parties need to be informed of the scope of their obligations, and should be notified of points of contact, procedure protocols, national lists of politically exposed persons, risk of corruption indicators, laundering or financing of terrorism, etc.

Establishing cooperation agreements with large associations from the banking or gambling sector, for example, but also with other relevant parties (bar associations, accountants, etc.) can create links that can be very beneficial in the medium and long term.

Proposals related to asset recovery procedures

Establishing an effective freezing procedure[37]

A system needs to be established that can be set up on a precautionary basis before or during criminal proceedings, allowing the funds of suspicious origin to be quickly and effectively frozen[38]. We should bear in mind that otherwise the funds may disappear, once the suspect realises or is tipped off that he is being investigated. Since freezing is provisional, it does not definitively harm the owner's interests, provided there are procedures to release the

36 With regards the role that should be taken by the financial intelligence unit see Bacarese, "The Role of Intelligence," 37-48.

37 We understand freezing to imply the prohibition of any movement, transfer, alteration, use or transaction regarding financial assets or capital that leads to, or may lead to, a change in the volume, amount, location, ownership, possession, nature or destination of these assets or capital, or any other change that may involve their use, including securities portfolio management.

38 This aspect is emphasised in all the studies on the matter. See, for instance Bertossa, "What makes asset recovery so difficult in practice?" 23.

assets and allow the owner to withdraw the funds necessary to cover his livelihood needs.

There are several types of freezing procedures[39]: the criminal procedure is a precautionary measure adopted within criminal proceedings for an offence; the civil procedure has the advantage of not needing sufficient evidence that a crime has been committed; the administrative procedure involves granting specific authority aimed at freezing the accounts and financial movements of specific people, this power is granted to a specialised collegiate body, and is always used as a preventative measure with no sanctioning value; lastly, financial institutions are also moving towards internal freezing, for example, prior to notification of a transaction that is suspected of involving money laundering.

Extending criminal confiscation

In turn, the criminal mechanisms of asset confiscation (forfeiture, seizure), despite the development over the last few years based on 'lightening' the burden of proof with presumptions against the owner and admitting confiscation of the equivalent value, including special rules in cases of organised crime, as they are linked, to a large extent, to the existence of a conviction, which is always difficult to obtain[40], have not turned out to be very effective either when it comes to reducing the earnings from organised crime, since the total number of confiscations enforced with the sums being recovered remains at a modest level[41].

For example, the fact that it is impossible to confiscate assets belonging to a bona fide third party not involved in the offence who has acquired them legally, leaving to one side the 'legal' acquisition, which will be summarised in the end in a formal matter, should be abolished at the very least when dealing with assets in the hands of a legal person over whom the liable party has control, either individually or together with his connections (relatives or friends). With regards this matter, there is a general lack of an appropriate classification of the conduct of the so called 'straw men', which doctrine has needed so many times in the past[42].

Exploration of the possibilities of non-conviction based confiscation (civil forfeiture or confiscation, participation for gainful purpose)

In most States, confiscation is a sanction associated with a criminal conviction. However, some legal systems are introducing methods of confiscation that do not lead to a criminal conviction, that are known as civil forfeiture or confiscation[43]. This procedure is particularly appropriate when it is suspected that the assets in question are the proceeds of crime, given that their value is disproportionate to the income declared by the owner and if this owner is a known offender or is often in contact with people known for their criminal activity, but due to procedural or technical reasons it is not possible to get a conviction[44]. In this case a case could be brought before a civil court, which could

39 Cf. Pieth, "Recovering stolen assets." 11-12.

40 See the problems regarding the determination of the origin of the assets and the presumption of innocence that were already indicated in the Draft Report of the informal Money Laundering Experts Group, produced within the *EU Multidisciplinary Working Group on Organised Crime*, 12706/98, CRIMORG 173, Brussels, 6th November 1998.

41 As stated in, among other documents, the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on 'Proceeds of organised crime. Ensuring that 'crime does not pay", COM(2008) 766 final, Brussels, 20.11.2008, p. 4, available on the website. See the observations of Jorge, "El decomiso," 72-88.

42 See, for example, Quintero Olivares, "Sobre la ampliación del comiso," 5-6.

43 With regards the characteristics of this, see Nikolov, "General characteristics of civil forfeiture." 16-31. See also Blanco Cordero, "Recuperación de activos de la corrupción," 337-371, available on the website. The work by Greenberg et al. *Recuperación de activos robados*, is also very interesting.

44 See the provisions in FATF, Best practices, 6, which state, among other reasons justifying non-conviction based confiscation, that there must be evidence that the assets are the proceeds of criminal activity, but not enough proof to eliminate the presumption of innocence for the purposes of obtaining a conviction (bear in mind that the standard for

order the confiscation of the assets based on the presumption that they are the proceeds of criminal activity. In these cases the burden of proof is reversed, meaning that the onus lies with the offender to prove that his assets have been gained lawfully. This procedure is also useful when the person suspected of having committed certain offences has died, has absconded[45] or cannot be prosecuted for any other reason[46].

Another means of recourse included in Civil Law is the provision of the civil liability requirement based on participation for gainful purpose, this means, the possibility of ordering restitution because of profiteering or gainful participation whenever it is noticed (within or aside from criminal proceedings) that someone has benefitted from the actions of others, although this person cannot be convicted as a participant or receiver of stolen goods due to either a lack of evidence or a lack of intent. Participation for gainful purpose is defined as when a person, who has not participated in the offence from which the assets were gained, either as the perpetrator or a participant, obtains a profit, which may be the simple possession of the asset. This being so, the only thing that seems to separate participation for gainful purpose from the classification of laundering through the possession of criminally gained assets[47] lies in the fact that in the first case the subject is officially unaware of the criminal origin of the assets, or is unaware in terms of wilful intent, and neither is it possible to apportion a breach of his duty of care which could be the basis of punishment for reckless laundering[48]. It is not necessary for participation for gainful purpose to be legally connected to the offence or to the perpetrators, restitution is simply ordered because, for whatever reason and receiving nothing in return, the subject is enjoying assets that, to the judge's mind, are the proceeds of crime[49].

Obviously, a system that opts for civil responses of these characteristics implies taking sides in favour of strengthening the response (not criminal or at least not exclusively criminal) against the shameless exhibition of wealth of inexplicable origin, the very nature of which implies a criminal origin. The comparison made between 'inexplicable' and 'criminal' is probably the only way to tackle the fight against the criminality of our times that is far from naive. However, we must not forget that this can lead to abuse, as has already been reported in some countries[50].

---

criminal evidence is higher than that of civil evidence); that it is impossible to conduct a criminal investigation; that the offender cannot be convicted of the offence due to a lack of evidence; that the offender has been granted immunity, etc.

45 Given that in civil proceedings the absence of the defendant does not prevent, as a general rule, the proceedings from starting or continuing, provided that due notification has been given, it is useful to establish mechanisms that allow for 'alternative' notification when the defendant tries to avoid it, for example, giving notification of the proceedings to the lawyers in contact with the defendant because they are presenting him in other proceedings, to known associates, or through notices in the press of the country where the defendant is believed to be living. As stated in Daniel and Maton, "La recuperación de activos," 138.

46 With regards these possible reasons see Blanco Cordero, "Recuperación de activos," 349 ff, quoting the FATF proposals.

47 The possession of the proceeds of crime as conduct classed as laundering is set forth in art. 3.1 c) 1 of the Vienna Convention and in art. 6.1 b) i) of the Palermo Convention.

48 The international instruments of '*ius cogens*' have not paid specific attention to the classification of reckless laundering. The Conventions of Vienna, Palermo and Mérida do not contain any provisions on this matter. It is a different case for the conventions produced within a European context. The Strasbourg Convention of 8th November 1990, on laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime, set forth the possibility that the parties may classify all or part of the conduct as intentional when the subject 'ought to have assumed that the assets were the proceeds of a crime'. In the same way, art. 9 of the Warsaw Convention of 16th May 2005, on laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime and on the financing of terrorism, states that the States may sanction the acts when the perpetrator 'ought to have assumed that the property was the proceeds of a crime'.

49 As noted by Quintero Olivares, "Sobre la ampliación del comiso,".

50 See, among others, Williams et al. *Policing for profit*, available on the website, referring to the situation in the United States.

Appropriate management of the frozen or confiscated assets

To increase the effectiveness of the different confiscation systems it is necessary to implement a programme that allows for efficient management of the frozen and confiscated assets, including, whenever necessary, their sale, after being valued, keeping a record of the assets at all times. Depending on the type of asset and the specific circumstances of each case, the best management method may be one of the following or a combination of several of them: the relevant authorities, an administrator appointed by the court, the owner acting as an escrow agent for the confiscated assets... Before freezing or confiscating the assets it is necessary to arrange the destination of the assets, bearing in mind their nature, and provisions will need to be made in order to account for the losses or damages this procedure may cause. When dealing with perishable assets or those that depreciate quickly over time the legal possibility to order their sale, without the owner's consent, must be established. Similarly, the possibility must be considered of ordering that the frozen or confiscated assets be destroyed if their possession is an offence (drugs), they are the proceeds of crime (falsified assets) or if they represent a danger for public health[51].

Conclusions

As can be seen, the proposals set forth do not need, in most cases, large-scale legal reforms, but rather the establishment of procedure protocols that will overcome information obstacles and improve some legal instruments. I do not consider other excessively criminalising proposals to be useful, such as creating a new offence in the case of possession of 'unjustified' assets to pursue the proceeds of crime in those cases in which their value is disproportionate to the income declared by the owner who happens to have contact with people known for their criminal activities[52].

On a higher, political rather than legal, level, one should assess whether some aspects of the fight against organised crime have actually exacerbated the problem they aim to resolve. It is important to point out that the opportunities exploited by criminal organisations are generally created through the prohibition of specific traffic, in particular the traffic of drugs and human beings; markets that would not be so lucrative if drug trafficking was decriminalised in a controlled manner, or if international immigration was regulated more humanely.

Bibliography

- Alldridge, P. *Money Laundering Law.* Oxford: Hart Publishing, 2003.
- Bacarese, A. "The Role of Intelligence in the Investigation and Tracing of Stolen Assets in Complex Economic Crime and Corruption Cases." In *Tracing Stolen Assets. A practitioner's handbook*, 37-48. Basel: Basel Institute on Governance, 2009.
- Beith, M. "A broken Mexico: allegations of collusion between the Sinaloa cartel and Mexican political parties." *Small Wars & Insurgencies* 22, no. 5 (2011): 787-806.
- Bertossa, B. "What makes asset recovery so difficult in practice?" In *Recovering Stolen Assets*, edited by M. Pieth, 19-27. Bern: Peter Lang, 2008.
- Bester, H. *Implementing FATF Standards in Developing Countries and Financial Inclusion: Findings and Guidelines.* Washington, DC: FIRST Initiative, 2008. Available at http://www.cenfri.org/documents/AML/AML_CFT%20and%20Financial%20Inclusion.pdf.
- Blanco Cordero, I. "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." In *El Derecho*

51 See the provisions set forth in FATF, *Best practices*, 9-10.

52 As stated in the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on 'Proceeds of organised crime. Ensuring that 'crime does not pay", COM(2008) 766 final, Brussels, 20.11.2008, 7.

Penal y la Política Criminal frente a la corrupción, edited by E. Fabián Caparrós, 337-371. México, DF: Inacipe, 2012. Available at http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf.
- Cassella, S. D. "The case for civil forfeiture: why *in rem* proceedings are an essential tool for recovering the proceeds from crime." *Journal of Money Laundering Control* 11, no. 1: 8-14.
- Cavanagh, B. *A review of reinvestment in financial investigation from the proceeds of crime*. Edinburg: Scottish Government Social Research, 2011. Available at www.scotland.gov.uk/socialresearch.
- Claman, D. "The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC." In *Recovering Stolen Assets,* edited by M. Pieth, 333-352. Bern: Peter Lang, 2008.
- Daniel, T. and Maton, J. "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles." In *Recuperación de activos de la corrupción*, edited by G. Jorge, 133-154. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- García Ramírez, S. *Delincuencia organizada.* México: 3rd ed. Porrúa/ UNAM, 2002.
- Goredema, C. "Recovery of Proceeds of Crime: Observations on Practical Challenges in sub-Saharan Africa." In *Tracing Stolen Assets. A practitioner's handbook*, 23-36. Basel: Basel Institute on Governance, 2009.
- Görg, S. *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungmaßnahmen.* Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2010.
- Grayson, G. *Mexico, Narco Violence and a Failed State?* New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.
- Greenberg, T. S., Samuel, L. M., Grant, W., and L. Gray. *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Washington, DC: Banco Mundial, 2009. Available at http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Non-conviction-based_Asset_Forfeiture_S.pdf.
- Hoyer, P. and J. Klos. *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis.* 2nd ed. Bielefeld: Erich Schmidt, 1998.
- Jensen, N. and C.-A. Png. "Implementation of the FATF 40+0 Recommendations. A perspective from developing countries." *Journal of Money Laundering Control* 14, no. 2 (2011): 110-120.
- Jorge, G., ed. *Recuperación de activos de la corrupción.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- Jorge, G. "Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción." In *Recuperación de activos de la corrupción* edited by G. Jorge, 13-32. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- Jorge, G. "El decomiso del producto del delito." In *Recuperación de activos de la corrupción*, edited by G. Jorge, 67-106. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- Kennedy, A. "Justifying the civil recovery of criminal assets." *Journal of Financial Crime* 12, no. 1 (2004): 8-23.
- Levi, M. "Criminal Asset-Stripping. Confiscating the Proceeds of Crime in England and Wales." In *Transnational Organised Crime. Perspectives on Global Security* edited by Edwards, A., 212-226. London-New York: Routledge, 2003.
- Mitsilegas, V. "Countering the chameleon threat of dirty money: "hard" and "soft" law in the emergence of global regime against money laundering and terrorist finance-" In *Organised Crime. Perspectives on global security* edited by Edwards, A. and P. Gill, 195-211. London: Routledge, 2003.
- Mitsilegas, V. *Money laundering counter-measures in the European Union. A New Paradigm of Security Governance Versus Fundamental Legal Principles.* The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Mitsilegas, V. "International regulation of money laundering and terrorist finance." In *International and European Financial Criminal Law*, edited by Keramidas, G., 41-64. Surrey: LexisNexis Butterworths, 2006.

- Moneyval. *Round of Mutual Evaluation Reports. Horizontal Review*. Council of Europe, 2010. Available at http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalreview_en.pdf .
- Nagle, L. E. "Corruption of politicians, law enforcement, and the judiciary in Mexico and complicity across the border." *Small Wars & Insurgencies* 21, no. 1 (2010): 95-122.
- Nelken, D. "Using the Concept of Legal Culture." *Australian Journal of Legal Philosophy* 29 (2004): 1-26.
- Nelken, D. "Rethinking Legal Culture." In *Law and Sociology*, edited by Freeman, M., 200-224. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Nelken, D., ed. *Comparing Legal Cultures*. Dartmouth: Aldershot, 1997.
- Nelken, D. and J. Feest, eds. *Adapting Legal Cultures.* Oxford: Hart Publishing, 2001.
- Nikolov, N. "General characteristics of civil forfeiture." *Journal of Money Laundering Control* 14, no. 1 (2011): 16-31.
- Philip, G. "Introduction: Mexico's struggle against organized crime." In *Mexico's struggle for public security. Organized crime and State responses*, edited by Philip, G. and S. Berruecos, 1-12. New York: Pallgrave, 2012.
- Pieth, M. *Recovering Stolen Assets.* Bern: Peter Lang, 2008.
- Quintero, M. E. "Extinción de dominio y reforma constitucional." *Iter Criminis.* no. 6, (2012).
- Quintero Olivares, G. "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil." *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12 (2010): 1-20. Available at http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf.
- Rui, J. P. "The Civil Asset Forfeiture Approach to Organised Crime. Exploring the Possibilities for an EU Model." *eucrim* 4 (2011): 153-161. Available at http://www.mpicc.de/eucrim/archiv/eucrim_11-04.pdf.
- Stephenson, K. M. et al. *Barriers to Asset Recovery.* Washington, DC: The World Bank/ UNODC, 2011.
Williams, P. "El crimen organizado y la violencia en México: una perspectiva comparativa". *ISTOR. Revista de Historia Internacional* 11, no. 42 (2010): 15-40.
- Williams, M. R., Holcomb, J. E., Kovandzic, T. V., and S. Bullock. *Policing for profit. The abuse of civil asset forfeiture*. Arlington: Institute for Justice, 2010. Available at http://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf.
- Young, N. M. *Civil Forfeiture of Criminal Property. Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. ◧

Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European arrest warrant*

Anabela Miranda Rodrigues
Full Professor. Faculty of Law. University of Coimbra.

The purpose of this article is to determine whether the principle of proportionality should be used within the context of the judicial cooperation in criminal matters and, specifically, of the European arrest warrant. The analysis will cover a decision of the Court of Stuttgart of 25 February 2010[1] and what this decision implies for the development and consolidation of an European criminal law from the perspective of the safeguard of the fundamental rights of citizens.

The concern over the safeguard of the fundamental rights of citizens has always characterized Joachim Vogel's approach, the rapporteur of the Court and Professor of Criminal Law to whom I pay tribute here in a way I hope it highlights the humanist 'brand' which has always significantly marked his stance in criminal matters.

1. In criminal matters[2], the reference to the principle of mutual recognition was first introduced in the con-

* I deeply thank the Assistant Professor Miguel Manero de Lemos for having promptly and with no hesitation agreed to translate this text into english.

1 OLGStuttgart, Auslieferung auf Grund Europaischen Haftbefehls und Verhaltnismassigkeitsgrundsatz, Bescluss vom 25.2.2010 – 1 Ausl. (24) 1246/09.

2 On the following paragraphs of the main text, see Adán Nieto Martin, «Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal», Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial,Separata 61, 2004, p.37s.; Anabela Miranda Rodrigues, O Direito Penal Europeu Emergente, Coimbra Editora, 2008, 67s. 187s; André Klip, European Criminal Law, Intersentia, 2009,p, 318 s.; and Daniel Flore, Droit Pénal Européen. Les Enjeux d'une Justice Pénale Européenne, Larcier, 2009, p.365s.

clusions of the European Council of Tampere, held on the 15th and 16th of October 1999. Here the principle was considered as the 'cornerstone' of cooperation in criminal matters. A program of measures to give effect to the principle was adopted by the Council of the European Union in November 2000. The principle was expressly recognized in primary legislation in the Lisbon Treaty with the new Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which, in article 82, paragraph 1, reads that "Judicial cooperation in criminal matters in the Union shall be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions (...)".

The origin of the principle is related to the development of the internal market and to civil matters. Hence, a comparison with its implementation in these areas must be carried out.

The principle requires that a decision of a judicial authority of a Member State, taken in accordance with the law of that State, be executed without further proceedings by the competent judicial authority of another Member State as if it were a decision taken in this state.

Thus mutual recognition is linked to the notion of a common area of justice with the purpose of making allowance for the free movement of judicial decisions. In this sense, at its core, the principle of mutual recognition asks for the automatic implementation of a judicial decision without the need for validation or control by the judicial authority of the executing State.

According to this model, the objective is to increase speed and efficiency in realm of judicial cooperation. In order to attain this objective, on the one hand, a simplification of the process of cooperation, hand in hand with its complete judicialization, would be carried out and strict deadlines for the implementation of decisions would be set. On the other hand, the guarantees of the citizens vis a vis the judicial decisions would be reduced.

In spite of the relevance the principle has come to bear in criminal matters, it has not been defined either in the Tampere conclusions nor in the program of measures which purpose was to implement them.

As a rule[3], it is correct to state that the principle builds on the concept of mutual trust and that it must be interpreted in light of the place that fundamental rights have in the European Union and also taking in consideration that there is a bulk of common of general principles that are part of European Union Law (Article 6, paragraph 1 and 3, Treaty on European Union - TEU).

In this context, the rule is that "there must be" mutual trust between Member States[4]. Thus, the executing judicial authority must trust that the issuing judicial authority complied with the law and fundamental rights while reaching a decision. It would be "unacceptable" or "a sign of distrust" to double check that action. The role of the executing judicial authority would then be limited to the "execution" of the decision. There would be an automatic recognition and, consequently, an automatic execution of the judicial decision.

2. In criminal matters, the European arrest warrant constitutes the first embodiment of the principle of mutual recognition. The Framework Decision on the European arrest warrant (all provisions that bear no other indication refer to this framework decision)[5] applies the principle to the arrest warrant, as defined in article 1, paragraph 1 as "a judicial decision issued by a Member State with a view to the arrest and surrender by another Member State of a requested person, for the purposes of prosecu-

3 See Adán Nieto Martin, cit., p.39; Anabela Miranda Rodrigues, cit., p.132 s.; André Klip, cit., p.331 s.; and Daniel Flore, cit., p. 370 s.

4 See André Klip, cit., p. 331.

5 Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA), as amended by Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 (Decision 2009/299/JHA).

tion or executing a custodial sentence or measure involving deprivation of liberty".

The FD does not define the principle of mutual recognition. As the FD merely states in Article 1, paragraph 2, that "Member States shall execute any European arrest warrant on the basis of the principle of mutual recognition and in accordance with the provisions of this Framework Decision", the question is whether the obligation of recognition is automatic. In other words, the question is whether the obligation to recognize has an "absolute"[6] character or is there room for the judicial authority of the executing State to exercise some kind of "control" over the decision of the judicial authority of the issuing state .

First, it should be highlighted that the recognition and execution of an European arrest warrant requires that certain formalities are fulfilled[7]. This flows from the fact that the warrant must contain information on, *inter alia*: the "nature and legal classification of the offense (...)"; the "description of the circumstances in which the offense was committed, including the time, place and degree of participation of the person in the offense"; and, one should highlight, "the penalty imposed, if there is a final judgment, or the prescribed scale of penalties for the offence under the law of the issuing Member State" (article 8 , paragraph 1, sub d) , e) and f) and also Article 15, paragraph 2, where it is laid down that "If the executing judicial authority finds the information communicated by the issuing Member State to be insufficient to allow it to decide on surrender, it shall request that the necessary supplementary information (...) be furnished (...)") . Moreover, the person enjoys certain rights (see, for example, articles 11, 12 or 14)[8].

It should also not be forgotten that what the principle of mutual recognition means in practice is a question that has been continuously and acutely addressed concerning the absence of control of the double criminality requirement of Article 2, paragraph 2[9].

All of the above points toward the idea that the recognition is not as automatic in practice as it was intended when it was advocated and then formalized in legislation. They also highlight the fact that, possibly not by accident, the concept of recognition was never defined.

In the meantime, the question of the more or less automatic character of the mutual recognition in the case of the European arrest warrant has assumed particular relevance due to the fact that confidence in the execution of the warrant is being undermined by the systematic issuing of arrest warrants to surrender people in situations corresponding to minor infringements.

In fact, the European arrest warrant focused on serious or very serious crime. It is the prevention and fight against these criminological realities that has always been at stake in European criminal, as evidenced by the Treaty of Maastricht and in particular as observed since Amsterdam. But the reality is that the scale of penalty, specified under Article 2 of the

6 André Klip, cit., p. 338 s.

7 Other Framework decisions do not lay down the need for these formalities to be fulfilled. See: Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence (art.5º, nº1); Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties (art.6º); Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders (art.7º, nº1). In these Framework decisions the recognition takes place "without further formality". The same is not the case of Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union (cf. art.8º).

8 In this context, it should also be mentioned that Law 65/2003, 23 August, (implementing Council Framework Decision of 13 June 2002), lays down, in article 24º, the possibility of filing an appeal against the decision that maintains the arrest or that substitutes it by a coercive measure and also against the final decision on the execution of the European arrest warrant.

9 See Anabela Miranda Rodrigues, cit.p.198 s; André Klip, cit., p.338 s.; Daniel Flore, cit., p. 413 s.

FD that make it possible to issue a European arrest warrant, do not fit that framework. It suffices to say that a warrant may be issued in cases involving offenses punishable in the issuing State by custodial sentence or detention order of deprivation of liberty of maximum not less than three years in the case they are part of the list indicated in paragraph 2 of article 2 of the Framework decision, or punishable by the law of the issuing State by a custodial sentence or detention order of deprivation of liberty of maximum not less than twelve months, if the conduct is also a crime in the executing State (article 2, paragraph 1). It is still worth noting that these limits refer to applicable custodial sentences or detention orders and not to the ones that will (presumably) be applied in the case. Thus, it is correct to stress that, since theft is a crime in all Member States and, as a general rule, is punishable by a maximum penalty of not less than twelve months, this means that a European arrest warrant can be issued, in principle, "in any case of theft: whether it is on the scale of the Great Train Robbery , or a piece of shoplifting"[10].

It is within this context that the Council of the European Union assessed and prioritized the problem of the "disproportionality" of European arrest warrants[11]. As expressly stated in the Report of the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member State[12], the Member States reached a broad consensus on the fact that "a proportionality check is necessary to prevent EAWs from being issued for offences which, although they fall within the scope of Article 2(1) of the Council Framework Decision on the EAW, are not serious enough to justify the measures and cooperation which the execution of an EAW requires".

3. Therefore at stake is whether there should be a control of proportionality and how it should be put in place within the domain of the European arrest warrant.

The first question was equated by the aforementioned Council of the European Union. The Council agreed with a control of proportionality within the margin of discretion afforded by Article 2, paragraph 1, which reads that "the European arrest warrant *may be issued* for acts ..."[13].

More recently, the Court of Stuttgart, while accepting that a proportionality control must be carried out by the "executing State" in relation to the decision on the "surrender" of a person based on a European arrest warrant, also put forward the admissibility of a control of proportionality on the "arrest" to be made under the national law of the "executing State", taking into account the (legitimate) interest of the issuing state.

Indeed, the Court, following a firm case law on the subject[14], interpreted the German law imple-

10 John Spencer, «Proportionality and the European Arrest Warrant», Comment, Higher Regional Court Stuttgart, Decision of February 25, 2010, Criminal Law Review, 2010, p. 480 s. In Portugal, see Judgment of the Court of Appeal of Coimbra 11/21/2007 (rapporteur Jorge Gonçalves): "many of the offenses in the (Portuguese) Criminal Code include criminal penalties where the maximum is not less than 12 months. Thus, exemplifying: it would be permissible to issue a European arrest warrant for (...) a non-aggravated offense to physical integrity, regardless of any particular judgment about the appropriateness, necessity and proportionality of the measure enacted (...)"

11 At its meeting on 3-4 June 2010, the Council adopted Council Conclusions on the follow-up to the recommendations contained in the final report on the fourth round of mutual evaluations, concerning the European arrest warrant. In point 2 of the Council Conclusions, it was agreed that point 3 of the European Handbook on how to issue an EAW should be amended (Criteria to apply when issuing an EAW – principle of proportionality).

12 Com (2011) 175 Final, 11.04.2011, p. 7.

13 According to the Commission Report, cit., p.8 (our emphasis).

14 See Judgment of the Court, point II, 1 cc). As stressed in the judgment, for the purpose of execution of the surrender, it is not at stake to assess whether there is sufficient evidence of the commission of the offense by the requested person, but to consider, according to Article 1, paragraph 3, and having already taken into account the principle of proportionality as laid down in Article 49, paragraph 3, ECFR, whether the execu-

menting the European framework decision in the light of an implicit general proportionality limit, despite the fact that this limit is not expressly provided for either in the European legislative instrument or in German law. It based its decision on the general principles of Union law and, in particular, in Article 49, paragraph 3 of the European Charter of Fundamental Rights (ECFR), which reads that "The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence". The Court considered that the German legislation implementing European Union law at stake, must be interpreted not only in the light of the Framework Decision establishing the European arrest warrant, but also according to whole corpus European Union Law and thus taking into account the principle of proportionality which is included in the latter[15].

In addition, however, the Court, as noted, went further and set forth its reasoning to justify the admissibility of a control of proportionality on the arrest to be made[16] for the purpose of ensuring the surrender could take place when executing the European arrest warrant. The court grounded its position on the German Constitution and the validity of the principle of proportionality therein established[17]. It is important to highlight that what is now at stake is the admissibility of a decision of the judicial authority of the executing State on the arrest to be made pursuant to an arrest warrant in light of the proportionality of the arrest by weighing it against the interest in prosecuting and punishing of the issuing state.

Indeed, the Court held that, to make a decision on the arrest, it should weigh the limitation of the freedom and fundamental rights of the person against the gravity of the offense which justified the issuance of the european warrant taking into account the applicable penalty or the penalty that is probably going to be applied. For this purpose, it grounded its decision on the first part of Article 12, which provides that "When a person is arrested on the basis of a European arrest warrant, the executing judicial authority shall take a decision on whether the requested person should remain in detention, in accordance with the law of the executing Member State" and highlighted the latter part of the provision. The Court also stressed that it must always be ensured, according to the principle of mutual recognition which is the basis for the "European" arrest warrant, that the decision on the arrest taken at the national level does not undermine the execution of the "European" arrest warrant. In this sense, the decision of the national court on a temporary release of the person, in light of the control of proportionality, is possible, "under the condition" that, according to the second part of Article 12, the competent authority of the State of execution "takes all the measures it deems neces-

tion of the surrender violates the fundamental rights of the person for the reason that the penalty provided or expected to be applied is "intolerably severe", "disproportionately severe" or "totally unjustifiable". Also see in Portugal, the recent decision of the Supreme Court of Justice of 10 January 2013 (rapporteur Santos Carvalho), and specifically the dissenting opinion of Rodrigues da Costa, who accepts a control of proportionality in the executing State in order to justify a decision on the surrender, on the basis of article 12, paragraph 1, sub a) of Law 65/2003.

15 The Court recalled that article 49, paragraph 3, ECFR binds Member States 'when implementing Union law', according to article51, paragraph 1. Cf. Judgment of the Court, Part II, c), namely, bb).

16 In this sense, see also Judgment of the Court of Appeal of Coimbra, cit.. Nevertheless, the Court only mentions the proportionality control made by the judicial authority of the issuing State.

17 In a similar way, but only mentioning the judicial authority of the issuing State, see the Judgment of the Court of Appeal of Coimbra, cit: "In the case of the interpretation/application of the rules contained in Law 65/2003, it should be taken into account their insertion into the legal system where they are in force, the principles that govern it and especially those enshrined in the Constitution". In the Constitution, "in accordance with Article 18, paragraph 2 (...), governs the so-called principle of proportionality", and therefore taking into account "the fact that the execution of a European arrest warrant is a significant restriction of a fundamental right such as the right to freedom (...), one must conclude that the decision of the issuing state shall conform to principles of (...) proportionality (...)".

sary to prevent the person absconding". Therefore, it is correct to observe that the fact that the national competent authorities do not arrest a person does not imply the non-execution of the European arrest warrant. On the contrary, the competent national authority is executing it, albeit not automatically, taking into account not only the interests of persecution and punishment of the issuing State, but also, the freedom and fundamental rights of the person to be arrested.

4. The decision of the court highlights that this control of proportionality in the executing State concerns the national arrest warrant[18] and not the European arrest warrant. In fact, some authors argue that, in accordance with the principle of mutual recognition, there is no room for a proportionality control in the execution of the European arrest warrant. Daniel Flore states that the conditions laid down in the Framework Decision conform already a proportionality approach and thus from the moment these conditions are met, the issue of proportionality cannot arise again[19].

Nonetheless, the question of the proportionality of the European arrest warrant has already arisen, as abovementioned, in the Council of the European Union because of the "abuse"[20] of its use. The solution put forward, however, only considered as admissible a control of proportionality by the judicial authorities of the issuing state, in tune with the view of Daniel Flore. The idea was to avoid a "proportionality test" by the executing judicial authorities which was seen as "introducing a ground for refusal that is not in conformity with the Council Framework Decision or with the principle of mutual recognition on which the measure is based"[21]. Moreover, the Commission underwrote and reinforced this position while advocating that it was essential "that all Member States apply a proportionality test, including those jurisdictions where prosecution is mandatory". In addition, this solution, backed by the Council of the European Union by highlighting the aspects that should be considered while issuing of an arrest warrant, had the purpose of obtaining "some consistency" and "uniformity" in the application of the principle of proportionality and the use of warrants.

5. The European arrest warrant aims to guarantee the prosecution of a citizen who presumably committed an offense in a Member State that manifests the interest in that prosecution. The underlying principle is that that interest, declared by the issuing State, is an interest that takes place in that State and that should therefore be recognized by the executing State. In other words, it was the issuing State´s interest in the persecution and punishment that guided and constituted the basis of the European arrest warrant. Hence, the (absolute) respect for that interest is a natural consequence of the principle of mutual recognition.

18 Stressing that the European arrest warrant "simply does not exist", see André Klip, cit . , p.351. In the same vein, albeit only mentioning the issuing State, see the Judgment of the Court of Appeal at Coimbra: "(...) The Portuguese judicial authority, being Portugal the issuing State, cannot fail to take into account the legal framework in force (...) because the EAW does not constitute an independent and isolated reality, which is able to subsist on its own, subject only to its own rules and disconnected (...) of the overall framework of criminal and procedural law of the issuing State. This means that the judicial authority, faced with the possibility of issuing an arrest warrant, should consider the context of procedural situations to which the arrest is supposed to apply, because it is always under (...) a certain State legal framework that the scope and meaning of these situations can be truly determined". See also article 16, paragraph 6 e and article 18º, paragraph 3 of Law 65/2003, cit., which pass on to the Portuguese Code of Criminal Procedure the issue of the detention requirements.

19 Daniel Flore, cit., p.457.

20 André Klip, cit., p.353.

21 Commission Report, cit., p.8. From our point of view, introducing a proportionality "test" in the executing State is not to introduce another reason for refusal, but rather to adopt, within the field of judicial cooperation in criminal matters, a perspective that safeguards the protection of fundamental human rights. On this, see. *infra*.

In this context, many have, long ago, drawn attention for the security approach taken in the European construction in criminal matters which makes the rights of Member States prevail over the rights of citizens[22]. More specifically, in the context of the mutual recognition in criminal matters and its implementation through the European arrest warrant, André Klip has highlighted that the focus is on the interest of attaining justice only from the point of view of the issuing State, correctly labeling the model of cooperation in the European Union as "necessarily egocentric"[23]. At this moment it is important to stress that a balance has to be strike between a flexible cooperation in Europe in criminal matters, which upholds the "right to prosecute and punish" of the Member States and the freedom and the fundamental rights of people. Finally, one has also to find a balance between that "right" of issuing states and – in addition to the rights of suspects, defendants or offenders –the equivalent "right" of the executing states.

Therefore it is reasonable, from our point of view, that this weighing or, more precisely, this proportionality control, should take place when a state issues a European arrest warrant, as is acknowledged by the Amended version of the European handbook on how to issue a European Arrest Warrant[24]. Hence, we agree with the fact the issuing State should compare the seriousness of the offense it wants to pursue or the sanction that it wants to impose with the cost, in economic terms, which the arrest and surrender represents for the executing State. This cost may be disproportionately heavy for this State when compared with the interest on the realization of justice in terms of its relevance to the issuing State (**the** seriousness of the offense). We also concur that this analysis by the issuing State of the "costs" of the execution of the European arrest warrant must also involve, from another perspective and as another aspect to take in consideration, the sacrifice that the arrest and surrender encompass from the point of view of the freedom and rights of the person to surrender[25].

This weighing by the issuing State does not waiver or preclude that such a consideration can also take place in the executing State. Indeed, from the point of view of an European Union and its construction as an authentic European criminal "area", and not as a collection of "narcissistic"[26] states, it is reasonable that the question of the economic "costs" of the execution of the European arrest warrant should also be evaluated in the executing State, in a way according to which the "benefits" of the realization of justice in the issuing State are also taken into account. Furthermore, the interests of the recognition of a European arrest warrant for the surrender of a person with a view to the realization of justice in the issuing State should be weighed against the rights of that person (who is a European and national citizen) as safeguarded in the executing State. As expressly stated in the decision of the Court of Stuttgart, "the interest of the Member State to pursue - as expressed in the European arrest warrant - must be recognized within the limits laid down in article 1 , paragraph 3", according to which one must conclude that a person should not be arrested for the purpose of surrender

22 André Klip, cit., p.421 s.
23 André Klip, cit., p.351.
24 See, *supra*, n. 11.

25 It should be mentioned that in the recitals 4 and 9, respectively, of the framework decisions on freezing property or evidence (2003) and on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders (2006), reference is made to the fact that "Cooperation between Member States, based on the principle of mutual recognition and immediate execution of judicial decisions, presupposes confidence that the decisions to be recognised and enforced will always be taken in compliance with the principles of legality, subsidiarity and proportionality", although, as emphasized by André Klip (cit., p. 351), no mechanism has been established to safeguard these principles.
26 The principle of mutual recognition is system characterized by the use of "narcissistic elements, lacking a Union approach of combating crime". See André Klip, cit., P. 423.

to a Member State if such arrest and surrender violates "fundamental rights and fundamental legal principles as enshrined in Article 6 of the Treaty on European Union"[27].

It should be emphasized that the admissibility of a control of proportionality of the European Arrest Warrant in the executing State, in the way described above, represents a perspective of cooperation (more) focused on the fundamental rights of persons as Europeans and nationals –as it is shown by the application of Article 1, paragraph 3 , of the FD to the execution of the European arrest warrant and by the fact that the arrest for the purpose of surrender is a decision that is made in the light of national law and procedural guarantees of the person referred to therein (article 12, first part). That admissibility of a control of proportionality also comprises a change on the grounds according to which such cooperation is carried out. This cooperation is now less "between sovereign states" and more of "shared sovereignty between (sovereign) states", in line with the statement of the "existence" of a genuine European criminal "area" (now "presupposed" in the TEU, unlike what would be the case under the Amsterdam Treaty, where the construction of that area was still identified as a "target") in which the protection of freedom and fundamental rights of individuals and the interests of the executing state – economic "costs", in a "cost-benefit" analysis of the realization of justice – must be aspects to consider, at (and by) the executing State, along with the interest in the realization of justice in the issuing State .

Ultimately, the need for this proportionality control in the weighing of the several "interests" at stake shows that mutual recognition in criminal matters raises problems and difficulties that are different from the ones that take place within the domains where mutual recognition originates from. These different problems and difficulties bring along the need for special guarantees.

Indeed[28], within the internal market and in relation to products, for example, what is at stake is the need to ensure their free movement, so as to enable citizens, their "beneficiaries", to enjoy them –their consumption in particular. On the other hand, a judicial decision in criminal matters has an addressee that is the "object" of that decision (not the beneficiary), and who has no interest in being confronted with it, as the execution of the decision encompasses the limitation and non-realization of rights. As André Klip states, "while the internal market gives rights to citizens of the European Union in the form of the five freedoms, the rights that are applicable in the area of freedom, security and justice are given to the Member States"[29]. In addition, while in civil matters, the mutual recognition concerns individuals against whom the execution can be requested, in criminal matters, by contrast, the judicial decisions at stake aim to pursue the general interest – of the state and society –and its execution is of the State's responsibility. Thus its recognition by a State implies that this States becomes responsible for the exercise of criminal justice in another state and in the light of different rules from those that apply within its borders, and rules which are not only merely "technical" but rather have an "ethical" underpinning.

The different nature of judicial decisions in criminal matters shows how the limitation of the rights of the person to be surrendered and the exercise of this "shared responsibility" by the executing State in pursuing justice imply that these aspects should (also) be taken into account in the executing State and weighed against the interest of administering justice manifested by the issuing State.

27 See, the Decision of the Stuttgart Court, Part II, 1., c) and, especially, point II, 3, b), bb). See, also, as an example, Anabela Miranda Rodrigues, cit., p. 209, where we highlighted the need to ensure the safeguard of fundamental rights at the "execution" stage of the European arrest warrant.

28 On this, see Daniel Flore, cit., p.368 s.

29 Klip, cit., p.421.

Finally, it must be said that, with all of the above considered, we do not aim at "discussing" how the "right to punish" is shaped, as the definition of this right is of the competence of each Member State. Nor, from a more European perspective, do we want to question the "right to punish" of the European Union[30]. Most importantly, the purpose is to ensure that, according to a criminal policy that also worries about the protection of "freedom" and not only with the need for "security"', "justice" is carried by means of alternative options to the European arrest warrant, in cases in which the criminality at stake is, as Spencer says, "not organized", but "disorganized"[31]. This would be in line with the continuous search for a balance between "freedom, security and justice" that has always guided Joachim Vogel, who at the same time has been laboriously opening new paths for European criminal law. ◧

30 That should be now accepted with the entry into force of the Lisbon Treaty.

31 John Spencer, cit., 482; See also Decision of the Court of Stuttgart, cit, II, 3, b), bb), stressing the need to create a device "European summons". The Amended version of the European handbook on how to issue a European Arrest Warrant (point 3; cf. *supra*, footnote 11) indicates that these alternatives may include: using less coercive instruments of mutual legal assistance where possible; using videoconferencing for suspects; using the Schengen Information System to establish the place of residence of a suspect and to use of the Framework Decision on the mutual recognition of financial penalties. It also points out that "Further examination should continue in the appropriate bodies in order to provide practitioners with efficient legal instruments so that, where appropriate, the testimony of suspects can be obtained by means of mutual legal assistance or instruments based on the principle of mutual recognition that would not entail the surrender of the person".

Cesare Beccaria Medal Awarding Ceremony for Klaus Tiedemann, Milan, 3rd May 2013

Remise de la Médaille Cesare Beccaria à Klaus Tiedemann, Milan, 3 Mai 2013

Acto de entrega de la Medalla Cesare Beccaria a Klaus Tiedemann, Milán, 3 de mayo de 2013

Tiedemann en Milán y con Beccaria

Luis Arroyo Zapatero

Deseo expresar en nombre de la SIDS el agradecimiento por la organización de esta Jornada a las Universidades de Milán y a sus profesores Mario Pisani, Emilio Dolcini, Carlo Enrico Paliero y Francesco Viganó, nuevo Secretario General de la *Société*, quien toma el relevo de Edmondo Brutti Liberati, a quien han llamado más altas y exigentes responsabilidades como máximo Procurador de Milán, y la Universidad de Módena, con Luiggi Foffani al frente, así como al *Centro Nazionale de Prevencione e Difesa Sociale*, CNPDS. Una Jornada homenaje a Klaus Tiedemann con la entrega de la Medalla Beccaria y la J discusión sobre los aspectos más modernos del derecho penal económico en la era de la *compliance*. Estoy muy feliz, porque la SIDS tuvo en Milán su alma y su casa. Su alma fue Adolfo Beria de Argentine, su secretario general, y su casa fue el Centro. Hoy bajo la dirección de Camila Beria el Centro sigue siendo nuestra casa principal, protegida eficazmente frente a los peligros de la vida económica por el intenso trabajo de ella, de Johanna Caputi y de todos de colaboradores, y por el castillo de los Sforza.

Siempre recordaré mis visitas en la juventud a Milán y a Courmayeur, acompañando a mi Maestro Marino Barbero Santos, quien aunque Doctor por Bolonia tenia gran admiración por los colegas milaneses Nuvolone, Pedrazzi y Marinucci, y devoción por Adolfo Beria. Me emociona recordar el gran congreso hace cuatro años, que ahora se publica bajo el nombre de *Europa e Diritto Penale,* así como también el haber recuperado recientemente el fotografía que hace cuatro años nos hicimos, casi todos, al pie de la no "infame" columna sobre la que se levanta la imagen del Marqués de Beccaria , todos alrededor de esa otra columna de la fortaleza penalística de Milán, el gran Giorgio Marinucci que acaba de desaparecer. Que la tierra le sea leve y que a los que seguimos nos ofrezca salud, trabajo e ilusión hasta el momento en el que toquen las campanas.

Los profesores de universidad, para ser perfectos, debemos seguir el consejo que el genial y extravagante literato español don Ramón del Valle Inclán daba al más completo de los matadores de toros bravos de su tiempo, Don José Belmonte. Valle Inclán le dijo: Maestro, para alcanzar la perfección solo le falta morir en la plaza de toros. Y así ha sido con el Maestro Marinucci.

Con el trabajo y la ilusión hemos realizado nuestro Congreso XVI esta vez en ciudad de Méjico, con la hospitalidad del Instituto Nacional de Ciencias Penales y la colaboración de la Universidad Autónoma y de

la Corte Suprema. El Congreso se ha ocupado de analizar el estado de la cuestión y de señalar orientaciones en tres grupos de problemas:

1.- El proceso de globalización del crimen y de la internalización de la lucha contra el delito y de la cooperación judicial y policial. Se han señalado los retos de la portentosa armonización internacional del Derecho penal, especialmente la creación de instancias regionales de persecución del crimen, así como la necesidad de un sistema de control judicial del respeto de los Derechos Humanos al menos en la persecución penal, con Cortes regionales y con un Tribunal Internacional de Derechos Humanos.

2.- En relación al reto permanente y titánico de una criminalidad organizada y armada como nunca, hemos concluido que son tres los instrumentos sin los cuales no puede haber lucha eficaz contra el delito sino tan solo reforzamiento de la criminalidad y de la economía canalla. Ante todo la supresión de los paraísos fiscales y la imposición de la transparencia de la gobernanza mundial de la economía. Sólo sin paraísos opacos es posible la lucha contra el fraude fiscal, contra la persecución del lavado de dinero y por la recuperación de activos generados por la corrupción y el fraude.

3.- La Société quiere siempre prestar gran atención a la prevención de las conductas delictivas y a la superación del Derecho penal. Por eso hemos analizado lo que hay de fraude criminal en la reciente crisis financiera internacional para reclamar una nueva gobernanza mundial que sea capaz de evitar tales fraudes. Valoramos en alto grado por ello la superación del dogma de Inocencio IV y su *societas delincuere non potest* y estudiamos con entusiasmo el moderno sistema de responsabilidad de las personas jurídicas y la prevención y la *compliance* de las empresas. Por último, nos preocupa severamente el espectacular retroceso de postulados fundamentales al que nos lleva un punitivismo feroz, que cabalga sobre un sistema de medios de comunicación totalmente alejado del paradigma constitucional de la libre formación de la opinión pública. Valgan solo dos ejemplos: el de la Francia de la pasada presidencia de la Republica y el programa penal del gobierno español de este 2013. Todo apunta a un sistema penal pre-beccariano: medidas de seguridad *ante delictum*, incremento general de las penas, reducción de los beneficios penitenciarios, blindaje ante la liberación anticipada, custodia de seguridad post cumplimiento de la condena y abandono liberaloide de la política de asistencia a los sometidos a libertad a prueba y de los ex reclusos, desinterés en definitiva por su destino e indiferencia hacia el tratamiento y la ayuda. Pronto veremos un libro en español que integra las perspectivas nacionales en la Europa continental con contribuciones de Mireille Delmas Marty, Jean Dannet, Genevieve Giudicielli Delage, Attilio Nisco, Johana Rinceanu, Maria Acale y otros, que la *Société* impulsa: *Contra el securitarismo penal*.

Resulta absolutamente necesario reaccionar en favor de la salvaguardia de los principios y los saberes de una política criminal humanista, es decir, el significado más actual de lo que representa la *Société* y el símbolo de todo ello es la intensa actividad que desarrollamos en cooperación con las otras sociedad científicas por la abolición de la pena de muerte y de la moratoria universal para 2015, año de la evaluación de los objetivos del Milenio de las Naciones Unidas. Para llevar a cabo estas tareas necesitamos Maestros que guíen nuestro camino y uno de ellos ha sido señalado hoy con nuestra máxima credencial, la Medalla que lleva el nombre de quien planteó por vez primera los principios y objetivos de una política penal humanista, el milanés Cesare Beccaria. ◧

Hommage à Klaus Tiedemann[1]

Carlo Enrico Paliero

Souvenirs

Je suppose que si l'on m'a confié la *laudatio* de *Klaus Tiedemann* c'est en raison d'une très longue tradition d'échange culturel et également, si je puis me permettre, d'une véritable amitié. J'ai connu le professeur *Tiedemann*, au cours des lointaines années soixante-dix lorsque, récemment diplômé, boursier du D.A.A.D., j'ai postulé avec succès et obtenu mon premier *Termine* auprès de lui, qui était jeune Directeur de l'*Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstraftrecht* de l'Univeristé de Freiburg, alors situé dans une zone attractive voisine de *Schwarzwald*. Puis, au cours de ma période "humboldtienne", le Professeur *Tiedemann* fut mon *akademischer Vater*, et il le fut encore, presque vingt ans plus tard, lorsque son fascinant Institute du début du siècle fut transféré à *Erbprinzstrasse* où sous sa direction, j'ai vécu l'une des périodes les plus intenses et les plus riches de ma carrière académique. Enfin, je ne peux manquer de rappeler les longues soirées partagées avec lui et Madame *Inge Tiedemann*, en compagnie d'autres collègues, non exclusivement pénalistes, venus des quatre coins du monde, de ce côté-ci et de l'autre côté de l'océan, dans son *Staufen*, un lieu qui, au-delà de ses évocations faustiennes, laissait surtout entrevoir la tension entre la recherche et l'"aller au-delà", par delà les limites conventionnelles de la connaissance.

Je me suis un peu – ou peut-être un peu trop – étendu sur ces souvenirs personnels, non par narcissisme mais pour me "donner du courage" afin d'affronter la tâche qui m'incombe de parler de la

1 Traduction de l'espagnol par Juliette Tricot.

figure de *Klaus Tiedemann*, tâche qui, sans aucun doute, dépasse mes forces, mais à laquelle je vais néanmoins m'essayer.

1. L'image

Pour ce faire, je dois nécessairement commencer par les caractères distinctifs, ou si l'on préfère uniques, de son image en tant que savant et pénaliste.

(a) Sa *stature*, avant tout, de grand juriste européen et qu'il s'est forgé au sein d'une Europe que *Tiedemann* a vu se former substantiellement en nation, puis croître et se développer de manière tumultueuse, et dont *Klaus Tiedemann* fut capable d'identifier – dès l'origine – les noyaux significatifs et les points essentiels en tant qu'institution : tant ses aspects politico-sociaux que ses risques d'involution anémique.

(b) Ensuite, son profil académique, dont émergent – principalement – deux dimensions claires.

(aa) l'objectif méthodologique orienté vers la méthode comparative, spécialement ouverte à l'environnement de la culture juridique latine, qu'il a cultivé très tôt, dès ses séjours en France, et qui ont fait de lui un authentique polyglotte non seulement au sens propre (il domine au moins quatre langues) mais aussi au sens juridique. Il oppose ainsi un démenti au stéréotype chauviniste qui colle à la science juridique allemande, et en particulier pénale, en ce sens que celle-ci aurait tendance à se s'enfermer au sein même de l'architecture dogmatique du système national.

(bb) Le domaine des contenus de la recherche de *Klaus Tiedemann*, qui a fait de ce chercheur un pionnier (l'un des rares) du Droit pénal de l'économie.

Je crois que l'on peut dire que, pour de nombreuses générations de savants (qui ont suivi ou précédé la mienne), *Klaus Tiedemann* a représenté le *Sutherland* européen, qui nous a fait découvrir la criminalité et le droit pénal économique, en tant que question non pas marginale mais centrale, comme un *Kern* de notre matière.

Avec d'autres grandes figures pionnières en ce terrain, je voudrais sur ce point évoquer en particulier *Mireille Delmas-Marty* et notre maître, *Cesare Pedrazzi*, *Tiedeman*, grâce à son constant dévouement au *Wirtschaftsstrafrecht*, et – je me risque à le signaler – le dernier y compris davantage que les premiers, nous a permis de prendre conscience d'une certaine réalité de notre époque actuelle.

Cette réalité consiste en ce que le Droit pénal économique n'est (ni ne sera) une branche séparée ou à l'écart, mais représente – à sa manière – une essence, une épiphanie du droit pénal tout court et du besoin de protection qu'une société toujours plus moderne ou post-moderne tend à exprimer, en pariant sur un instrument certes archaïque mais qui continue d'être sollicité pour son contenu psycho-social.

2. Le curriculum

Ce serait un objectif impossible que de présenter, ici, le curriculum tiedemannien si volumineux et si dense. À titre de repères, je peux évoquer rapidement et brièvement, sans prétendre aucunement être complet ou suivre un ordre précis, ce qui suit :

- les glorieux débuts dans l'espace scientifique de Tübingen, l'École de *Karl Peters*, personne très studieuse *in utroque* (son splendide essai syncrétique "*Die Strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*", de 1963, constitue un patrimoine culturel commun au deux écoles pénales).
- le *full professor* nommé tôt – il était très jeune – à Giessen puis, dans la prestigieuse *Albert-Ludwig Universität* de Fribourg-en-Brisgau.
- Les charges académiques dont il fut investi dans les principales institutions culturelles allemandes (la *Humboldt Stiftung*, le *Max Plank Institut*) et internationales (l'*Association Internationale de Droit Pénal*, la *Société Internationale de Défense Sociale*).
- Les innombrables distinctions *honoris causa* décernés au cours des ans, à la faveur de la diffusion exponentielle de sa renommée académique internationale, tout particulièrement dans le

vaste champ juridique espagnol et latino-américain. Chacun se souvient des titres qui lui revinrent lorsqu'il fut récompensé par l'Université Autonome de Madrid, à l'occasion du Symposium dont les travaux ont été rassemblés dans l'importante publication "*Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, de 1994 ainsi que par l'Université Estatal de Río de Janeiro.

3. L'œuvre

Je crois pouvoir identifier au sein de la production féconde et désormais achevée de *Tiedemann*, trois périodes distinctes, mais intimement liées entre elles.

Je les définirais en ces termes: (a) la période *classique-dogmatique*, (b) la période *herméneutique*, (c) la période *pionnière* (c).

(aa) Cette première phase comprend deux monographies fondamentales, celle de l'habilitation, "*Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*" (1969), et celle qui a suivi "*Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*" (1976), en deux volumes, respectivement revus et consacrés à l'*Allgemeiner* et au *Besonderer Teil* de la matière : récemment réédité en deux volumes, dont les secondes éditions sont respectivement de 2007 et 2008.

Le facteur commun et essentiel réside, d'une part, dans la capacité d'analyse de matériaux hétérogènes, historiquement stratifiés et de nature "flous" replacés dans un cadre structuré où sont précisés les dénominateurs communs ; et d'autre part, dans la construction d'une système qui, sans altérer les catégories classiques, se montre capable de s'adapter à une matière "structurellement" diverse, obligeant à son tour à concevoir les garanties incontournables.

Le résultat est, pour une part, une importante restauration de la fonction de garantie du *Tatbestand* en tant que pierre angulaire du système pénal ; et pour une autre part, le réexamen d'importantes catégories de la dogmatique (les déclinaisons du *nullum crimen* au sein de techniques descriptives singulières telles que les *Blanketttatbestände* et les *Pflichtdelikte* ; le contenu du dol, l'*error juris,* etc.) en lien avec une matière, à l'époque considérée "accessoire", mais dont il avait prévu, lui, qu'elle était appelée à devenir un thème central du système de justice pénale.

(bb) Le second axe d'études comprend un ensemble considérable d'essais entrepris dans divers domaines particuliers du droit pénal économique (faillite, infractions sociétaires et fiscales, *Kartellenrecht* y compris les atteintes à l'environnement).

Dans ce sillon s'insère le corpus de commentaires à la législation en vigueur, dont *Tiedemann* s'est toujours occupé au fil des ans, et dont il s'occupe toujours. Sur ce point, je me contenterai de signaler, en raison de sa nouveauté et de l'excellence de la méthode, l'impressionnante étude sur la "délinquance en matière de subventions" ("*Subventionskriminalität in der Bundesrepublik. Erscheinungsformen, Ursachen, Folgerungen*", 1972) fondé sur l'examen de plus de mille procédures tant pénales que quasi-pénales.

(cc) L'ultime phase, que j'ai qualifiée de "pionnière" correspond à une époque récente et créative du travail scientifique de *Klaus Tiedemann* – dont celui qui me semble le plus innovateur, explorant deux grands domaines alors presque inconnus mais promis à un grand avenir : je pense à la prospective d'une responsabilité pénale de la personne morale et à la création d'un code pénal unitaire – *rectius*, pour le moins d'une "partie générale" commune – du droit pénal européen naissant mais immédiatement débattu.

Il suffit de mentionner, à cet égard, ses nombreuses contributions dans l'ordre chronologique :

(i) '*Festschrift Jescheck*' de 1985 ("*Der Allgemeine Teil des Europäischen Supranationalen Strafrechts*");

(ii) Le "*General Report*" présenté au Congrès d'Athènes de 1994 ("*Criminalization of Corporate Behaviour*" – la traduction en italien du rapport général de *Tiedemann "La responsabilité pénale de la personne morale en droit comparé" a été publiée* par la *Rivista italiana di diritto e procedura penale* en 1995) ;

(iii) Le dénommé "*Corpus Juris - Europa Delikte*" de 1998 (dont il est co-auteur avec d'autres éminents chercheurs européens).

C'est particulièrement cette ligne de recherche et d'étude qui – à mon avis – permet de reconnaître en *Klaus Tiedemann* un exemple singulier – si vous me permettez – d'"hétérodoxie allemande" : dans le sens d'une propension marquée et ouverte vers le polycentrisme culturel (tant sur le plan systématique que politico-culturel) face au centralisme dogmatique de la systématique "classique", de facture germanique, qui (il nous faut le concéder) a fait trop souvent obstacle à l'ouverture du principal modèle culturel de langue allemande à d'autres expériences juridiques comparées.

Enfin, sur ce point, – *last but not least*! – le dédicataire de cet hommage révèle son originalité et sa sensibilité juridique très fine au travers de solutions qui, parce qu'elles réunissent le maximum de rationalité et de praticabilité (('*Leistungsfähigkeit*'!), s'avèrent partagées et partageables.

4. Conclusions et synthèse

J'ai trop parlé. Une synthèse est difficile.

Rigueur dogmatique, atteinte non par éclectisme juridique d'un *art pour l'art*, mais par désir de systématisation de la matière législative en tant que forme de garantie (il est impossible de ne pas mentionner l'œuvre polémique : "*Verfassungsrecht und Strafrecht*", de 1990) ; visée pionnière-exploratoire *al novum* que la société requiert en raison de l'inévitable formalisation des conflits; synthèse des connaissances et objectifs méthodologiques pour fixer de manière stable tout le flou (en paraphrasant l'image suggestive de *Delmas-Marty*) que le post-modernisme et la globalisation nous offrent quotidiennement.

Tout cela – et c'est loin d'être peu – rassemble les principaux fruits que j'ai pu cueillir dans son *hortus non conclusus* de l'œuvre de *Klaus Tiedemann*. ◧

Homenaje a Klaus Tiedemann[1]

Carlo Enrico Paliero

Los recuerdos

Entiendo que se me ha confiado el papel de *laudator* de *Klaus Tiedemann* debido a una larguísima tradición de intercambio cultural y también, si se me permite, de verdadera amistad. Conocí al Profesor *Tiedemann* en los lejanos años setenta cuando, recién graduado, becado *D.A.A.D*, postulé y obtuve mi primer *Termin* con él, joven Director del *Insitut für Kriminologie und Wirtschaftsstraftrecht* de la Universidad de *Freiburg*, entonces ubicado en una atractiva zona vecina al *Schwarzwald*. Luego, en mi periodo humboltiano, el Profesor *Tiedemann* fue mi *akademischer Vater*, y lo fue asimismo, casi veinte años después, cuando su fascinante Instituto de principios de siglo fue trasferido a *Erbprinzstrasse* donde, bajo su dirección, experimenté uno de los periodos más intensos y enriquecedores de mi carrera académica. Finalmente, no puedo dejar de recordar las largas veladas compartidas con él y la señora *Inge Tiedemann,* conjuntamente con otros académicos, no sólo penalistas, provenientes de los cuatro rincones del mundo, de éste y del otro lado del océano, en su *Staufen,* un lugar que entre sus sugerencias faustianas dejaba entrever sobre todo la tensión entre la investigación y el "ir más allá", más allá de los límites convencionales del conocimiento.

Me he excedido un poco -o tal vez demasiado- en estos recuerdos personales, pero no por narcisismo sino para "darme coraje" para afrontar la tarea de hablar de la figura de *Klaus Tiedemann*, tarea que siento sobrepasa mis fuerzas, lo intentaré de todas maneras.

1 Traducción al español de Agustina Patricia Alvarado Urízar.

1. La imagen

Para hacerlo, debo necesariamente comenzar por las características más distintivas, o si se prefiere únicas, de su imagen como estudioso y penalista.

(a) Su *altura*, ante todo, de gran jurista europeo y destaco este predicado, en una Europa que *Tiedemann* vio formarse sustancialmente como nación y luego, crecer y desarrollarse de manera tumultuosa, y respecto de la cual *Klaus Tiedemann* fue capaz de identificar – en el acto – los núcleos significativos y los puntos esenciales de la misma como Institución: tanto en sus aspectos político-sociales, como - sobre todo - jurídicos, con sus ansias de progreso pero también con sus riesgos de involución anómica.

(b) Luego, su ***perfil académico***, del cual emergen – principalmente – dos claras connotaciones.

(aa) El enfoque metodológico orientado al método comparativo, especialmente abierto al ámbito de la cultura jurídica latina, que en forma temprana él cultivó en sus estancias en Francia y que lo han convertido en un auténtico políglota no sólo en el sentido literal (domina a lo menos cuatro idiomas), sino también en sentido jurídico. Así, se desmiente el estereotipo chovinista que se asigna a la ciencia jurídica alemana, en particular a la ciencia penal, en el sentido que ésta tendería a cerrarse en una sólida arquitectura dogmática del propio sistema nacional.

(bb) El *ámbito de contenidos* de la investigación de *Klaus Tiedemann*, que ha hecho de este académico un pionero (uno de los pocos pioneros) del Derecho Penal de la Economía.

Creo que se puede decir que para mí, como para muchas otras generaciones de estudiosos (sucecivas y también precedentes a la mía), *Klaus Tiedemann* ha representado el *Sutherland* europeo, en hacernos descubrir la *criminalidad* y el *derecho* penal *económico*, analizado ya no como una cuestión marginal, sino que como un núcleo esencial, un *Kern* de nuestra materia.

Conjuntamente con otras grandes figuras pioneras sobre este terreno quisiera en este punto recordar en particular a *Mireille Delmas-Marty* y a nuestro Maestro, *Cesare Pedrazzi*, *Tiedemann*, gracias a su constante dedicación al *Wirtschaftsstrafrecht*, y – me arriesgo a señalar – este último inlcuso más que los primeros, nos ha permitido a todos tomar conciencia de una realidad cierta en nuestra actualidad.

Esta realidad consiste en que el Derecho Penal Económico no es (ni será) una rama separada o un apartado, sino que será – a su modo – una esencia, una epifanía del derecho penal *tout court* y de la necesidad de pena/tutela que una sociedad cada vez más moderna o post-moderna tiende a requerir, apostando por un instrumento que si bien es arcaico, se sigue invocando por su contenido psico–social.

2. El curriculum

Sería un objetivo imposible ilustrar, en esta sede, el voluminoso y denso *curriculum* tiedemanniano. Sólo como referencia, rápida y brevemente, puedo evocar, sin ninguna ambición de orden o completitud, lo siguiente:

– Los inicios gloriosos en el medio científico de Tübingen, la Escuela de *Karl Peters*, estudioso *in utroque* (es patrimonio cultural común a ambas escuelas penales su espléndido ensayo sincrético: "*Die Strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*", de 1963).

– El precoz llamado como *full professor* – muy jóven – a *Giessen* y, sucesivamente, en la prestigiosa *Albert-Ludwig Universität* de *Freiburgo de Brisgovia.*

– Los cargos académicos que sucesivamente asume en las principales Instituciones culturales alemanas (la *Humboldt Stiftung*, el *Max Plank Institut*) e internacionales (la *Association Internationale de Droit* Pènal, la *Société Internationale de Défense Sociale*).

– Los innumerables grados *honoris causa* conferidos en el curso de los años, con la difusión exponencial de su fama de académico internacional, con específica orientación al vasto ám-

bito jurídico español y latinoamericano. Todos recordamos los títulos con que fue premiado por la Universidad Autónoma de Madrid, conjuntamente con un *Simposium* cuyos resultados se encuentran recogidos en la importante publicación "*Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, de 1994) y por la Universidad Estatal de Río de Janeiro.

3. Las obras.

Creo poder identificar, dentro de la fecunda y ahora concluida producción científica de Tiedemann, *tres periodos* distintos, pero íntimamente conectados entre sí.

Los definiría en estos términos: (a) Período *Clásico-Dogmático* (b) Período *Hermenéutico* (c) Período *Pionero*

(*aa*) En esta primera fase son fundamentales dos monografías, la de Habilitación, "*Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*" (1969), y la sucesiva "*Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*" (1976) en dos volúmenes respectivamente reelaborados y dedicados al *Allgemeiner* y al *Besonderer Teil* de la materia: recientemente reeditado en dos volúmenes, cuyas segundas ediciones son, respectivamente, del 2007 y del 2008).

El factor común y esencial se encuentra representado, por una parte, por la capacidad de análisis de materiales heterogéneos, históricamente estratificados y de por sí "*flou*", reconducidos a un marco estructurado donde se especifican sus comunes denominadores; y, por otra parte, por la construcción de una sistemática que, sin alterar las categorías clásicas, resulta capaz de adaptarse a una materia 'estructuralmente' diversa, que obliga – a su vez – a la construcción de ineludibles exigencias de garantía.

El resultado es, por una parte, una importante restauración de la función de garantía del *Tatbestand* como piedra angular del sistema penal; y por otra parte, el reexamen de importantes categorías de la dogmática (las declinaciones del *nullum crimen* en específicas técnicas descriptivas tales como los *Blanketttatbestände* y los *Pflichtdelikte;* el contenido del dolo, el *error juris*, etc.) en relación a una materia, a la época considerada "accesoria", que él previó estar destinada a convertirse en un tema central del sistema de justicia penal.

(*bb*) La segunda línea de estudio se compone de un considerable conjunto de ensayos desarrollados en diversos ámbitos específicos del derecho penal-económico (delitos de quiebra, delitos societarios y delitos fiscales, *Kartellenrecht*, e incluso los delitos medioambientales).

En este mismo lineamiento se inserta el *corpus* de comentarios a la legislación vigente, que *Tiedemann*, ha cuidado siempre en el transcurso de los años, y que aun ahora cuida. En este punto solo quisiera señalar, por la novedad y por la excelencia del método, el impresionante estudio sobre la "delincuencia de subvenciones" ("*Subventionskriminalität in der Bundesrepublik. Erscheinungsformen, Ursachen, Folgerungen*", 1972) basado en la verificación de más de mil procedimientos tanto penales como penal-administrativos.

(*cc*) La última fase, que he definido conciente-mente como '*pionera*' - corresponde al período más reciente y creativo del trabajo científico de *Klaus Tiedemann* – aquel que me parece más innovador, explorando dos grandes ámbitos a la época casi desconocidos, pero de enorme futuro: me refiero a la prospectiva de una *responsabilidad penal de la persona jurídica*, y a la creación de un *código penal unitario – rectius*, por lo menos de una "Parte General" común – del naciente, pero inmediatamente debatido, derecho penal europeo.

Basta mencionar, a este respecto, sus numerosas contribuciones en orden cronológico:

(i) El '*Festschrift Jescheck*' de 1985 ("*Der Allgemeine Teil des Europäischen Supranationalen Strafrechts*");

(ii) El "*General Report*" presentado al Congreso de Atenas de 1994 ("*Criminalization of Corporate Behaviour*" – la traducción en italiano del Informe general de *Tiedemann* "*La responsabilità penale de-*

lle persone giuridiche nel diritto comparato" ha sido publicada por la *Rivista italiana di diritto e procedura penale* de 1995);

(iii) El así llamado "*Corpus Juris - Europa Delikte*" de 1998 (del cual es coautor junto con otros eminentes investigadores europeos).

Es especialmente esta línea de investigación y de estudio la que – a mi juicio – permite reconocer en *Klaus Tiedemann* un perspicaz y singular ejemplo – si se me permite – de "heterodoxia alemana": en el sentido de una marcada y abierta propensión hacia el *policentrismo cultural* (tanto en el plano *sistemático* como político-cultural) frente al *centralismo dogmático* de la sistemática 'clásica', de corte germánico, que (debemos reconocer) demasiado a menudo ha obstaculizado la apertura del principal modelo cultural de lengua alemana a otras experiencias jurídicas comparadas.

También en este punto – *last but not least*! – el homenajeado revela su originalidad y su delicada sensibilidad jurídica por soluciones que, por reunir el máximo de la racionalidad y practicabilidad ('*Leistungsfähigkeit*'!), resultan *compartidas y compartibles.*

4. Conclusiones y síntesis

He hablado demasiado. Una síntesis es difícil.

Rigor dogmático, que se alcanza no por el esteticismo jurídico destinado al "*art pour l'art*", sino por el anhelo de sistematización de la *materia* legislativa como *forma* de garantía (es imposible no recordar la polémica obra: "*Verfassungsrecht und Strafrecht*", de 1990); vocación pionera-explorativa al *novum* que la sociedad requiere por la inevitable formalización de conflictos; síntesis de conocimientos y enfoques metodológicos para fijar en forma estable todo el *flou* (parafraseando la sugestiva imagen de *Delmas-Marty*) que lo post-moderno y lo global nos proporcionan cotidianamente.

Éstos – y no son pocos – son los principales frutos que puedo recoger en el *hortus non conclusus* de la obra de *Klaus Tiedemann*. ◧

«El Derecho Penal Económico en la era de la *Compliance*»* Jornada de Estudio en honor de Klaus Tiedemann con ocasión de la imposición de la «Medalla Beccaria» por parte de la *Société Internationale de Défense Sociale* (Sociedad Internacional de Defensa Social) 3 de mayo de 2013, Milán

Andrea GIUDICI[1] y Carlo PARODI

1. El pasado 3 de mayo se desarrolló en Milán la ceremonia de imposición al Profesor Klaus Tiedemann, maestro insigne de las Ciencias Penalistas de la Universidad de Friburgo, de la medalla "*Cesare Beccaria"* por parte de la *Société Internationale de Défense Sociale* (Sociedad Internacional de Defensa Social) en colaboración con el *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, el Departamento de *Scienze giuridiche* "*Cesare Beccaria*" de la *Università degli Studi di Milano* y el Departamento de *Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*.

La jornada se dividió en dos partes. Por la mañana, tras la apertura por parte del Profesor Mario PISANI (vicepresidente de la referida *Société*), de Edmondo BRUTI LIBERATI (Procurador de la República de Milán y Secretario General honorario de la *Société*), de Livia POMODORO (Presidente del Tribunal de Milán y del C.N.P.D.S.), de los Profesores Emilio DOLCINI y Luigi FOFFANI, y luego de la *laudatio* realizada por el Profesor Carlenrico PALIERO, el Prof. Francesco VIGANÒ (Secretario General de la *Société*) ha procedido a imponer la Medalla *Beccaria* al Prof. TIEDEMANN, quien ha relizado su propia *lectio*.

Por la tarde se desarrolló una mesa redonda bajo el título "La responsabilidad penal de las entidades. Dogmática, garantías y razones político–criminales en el horizonte supranacional" que sirvió de punto de partida de una jornada de análisis y debate so-

* Traducción de Francisco Martínez Segovia. UCLM.

1 Especializado en Profesiones Legales.

bre el contemporáneo Derecho penal de la Economía, una materia a la que el Prof. TIEDEMANN ha dedicado una gran parte de su producción jurídica.

2. Lo que ha motivado el otorgamiento al Prof. TIEDEMANN de este reconocimiento ya atribuido, en épocas más o menos recientes, a otros estudiosos del calibre de Hans Heinrich Jescheck, Giuliano Vassalli, Mireilly Delmas–Marty y Mario Pisani, no es sólo la profundidad de sus investigaciones. El placer de la experimentación, que se traduce en una aproximación metodológica de marcado carácter comparado (que desmiente la tradicional imagen de una ciencia jurídica alemana esencialmente "autárquica" y cerrada a influencias externas) ha impregnado, efectivamente, el trabajo y las obras de Klaus TIEDEMANN.

Como ha puesto de manifesto el Prof. PALIERO (*Università degli Studi di Milano*) durante su *laudatio*, TIEDEMANN ha dotado su personalidad de penalista así como el objeto de su estudio de una dimensión sencillamente europeista, atento a la evolución primero de la Comunidad Europea y después a la de la Unión Europea más como institución político–social que jurídica; y, además, ha enfocado con gran precisión y maestría –al igual que ya hiciera Sutherland más allá del Atlántico– la capitalidad de la materia económica en el seno de la ciencia penalista, así como la necesidad de pena y protección que atraviesa la sociedad económica contemporánea.

Significativo, pues, que haya correspondido a Milán el honor de acoger al Maestro: precisamente la capital lombarda, como ha subrayado en su intervención el Procurador BRUTI LIBERATI, asume un papel de absoluta vanguardia en la prevención y represión de la moderna criminalidad económica en nuestro país; en especial, respecto de la responsabilidad de las entidades, en los distintos sectores de criminalidad en que se encuentran y operan (sobre todo, blanqueo de capitales, corrupción, delitos societarios así como asociación criminal y de tipo mafioso).

También sobre esta materia, naturalmente, el trabajo de TIEDEMANN ha tenido una dimensión pionera (su primer trabajo en el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas asciende a 1985). Y debe destacarse, para entender su alcance, cómo la misma idea de abrir una brecha en el tradicional dogma "*societas delinquere et puniri non potest*" resulta completamente heterodoxa respecto de la dogmática tradicional alemana, basada –como es sabido– sobre la teoría de la acción.

Apunta también el Prof. PALIERO, cómo precisamente sobre este ámbito se ubica la gran aportación metodológica de TIEDEMANN: la sistematización de conceptos logrados mediante un proceso de elaboración y adaptación a la temática económica, genéticamente diferente de aquella penal, con una gran preocupación por las exigencias garantistas. Y el objetivo de TIEDEMANN, o cuanto menos su auspicio, era evidente: renunciar al papel de exportador de la cultura jurídica europea para sentarse a la mesa con otras culturas penalistas en aras de la construcción de un modelo común.

Por otra parte, la comparación aún hoy pone de manifiesto una significativa tendencia orientada hacia una creciente o mayor responsabilidad directa de las entidades por la comisión de ilícitos administrativos; aunque las diversas formas de responsabilidad penal que se establecen derivan, en la mayoría de los casos, de la realización de un delito por parte de las personas físicas que actúan o se integran en su seno.

De otro lado, la apertura de un espacio para la directa incriminación de la entidad acarrea la consecuencia necesaria de activar las garantías, incluidas las procesales, inherentes al procedimiento administrativo y al proceso penal, desde el *ne bis in ídem* hasta el proceso justo, de la presunción de inocencia al estándar probatorio del más allá de toda duda razonable, del principio de culpabilidad a la obligatoriedad de la acción penal.

Es preciso averiguar, entonces, si la configuración de una responsabilidad que sea auténticamen-

te penal conlleva un valor real añadido, cuando menos de disuasión del delito o de carga estigmatizante de las conductas penadas; pero sobre todo, a la postre, en términos de una real efectividad en la lucha contra los fenómenos criminales, que asegure una sólida legitimación del instrumento punitivo, y resulte concretamente funcional respecto de aquellos fines que se pretende lograr.

3. En su *lectio magistralis*, por otra parte, el insigne penalista alemán ha afrontado estas cuestiones, con especial referencia a la introducción de medidas preventivas extrapenales: incluso el mismo Beccaria, afirma cómo era mejor "prevenir los delitos que castigarlos". Sin embargo, ya afirmaba el penalista milanés –como recuerda TIEDEMANN– la necesidad de impedir la sanción preventiva de las denominadas conductas "indiferentes", es decir, estructuralmente inidóneas para construir un antecedente de la lesión del bien protegido.

Es así, por tanto, como se justifica la previsión de una sanción (clara, precisa y proporcionada) para conductas como la falsificación de balances o de la contabilidad empresarial. En la perspectiva seguida por Beccaria, a la que TIEDEMANN se adhiere sin reservas, las garantías penales básicas aparecen por tanto tuteladas mediante la previsión de una condición objetiva de punibilidad en los delitos societarios –el concurso de la empresa– que restringe la aplicación de la sanción penal solamente a los actos y comportamientos efectivamente lesivos para la sociedad.

Este tema, y otros más, han centrado el debate consecutivo a la ceremonia. Antes de dar comienzo a los trabajos, sin embargo, el ilustre jurista alemán ha querido honrar la memoria del Prof. Giorgio Marinucci, "gran amigo, jefe de la escuela de Milán, y penalista de renombre internacional", recientemente desaparecido y que deja un vacío incolmable así como "una inmensa obra científica, que ha contribuido tanto al progreso de la ciencia del derecho penal".

4. En la mesa redonda que ha tenido lugar por la tarde han intervenido estudiosos de distintas nacionalidades, animando el debate culturalmente, más allá de su también carácter científicamente rico y diversificado.

Los trabajos se han comenzado con la ponencia introductiva del Prof. VIGANÒ, quien ha apuntado tres palabras claves sobre las que razonar en el tema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y entidades: qué *modelo* seguir –accesoriedad o autonomía respecto de tal responsabilidad en relación con la de la persona física–, qué *garantías* relacionar con la calificación de la responsabilidad –dado que detrás de la calificación administrativa o penal se esconde el problema de las garantías constitucionales y convencionales relativas a la responsabilidad penal–; qué disciplina asegura mayor *efectividad* desde la perspectiva de su contraste con la criminalidad empresarial.

Ha tomado sobre todo la palabra el Prof. PALERO, y respecto del tema de los modelos de responsabilidad abstractamente asumibles por los ordenamientos jurídicos, ha precisado básicamente tres. El primer modelo es el de una responsabilidad *añadida* de la entidad, concebida como suma de una serie de responsabilidades individuales con un núcleo de reprochabilidad único; el segundo modelo es del tipo *imputativo*, y funda la responsabilidad de la persona jurídica como accesoria, con una relación de corresponsabilidad respecto de la persona física; mientras que el tercer modelo puede definirse como de responsabilidad *sistemática* o *cultural* de la entidad, basado sobre una *culpa de autor* de la persona jurídica. Este último modelo, adoptado en Italia, descansa en una responsabilidad autónoma y propia de la entidad, colocando una suerte de filtro de ósmosis entre la responsabilidad del agente y la responsabilidad de la organización y abriendo camino hacia una autoconstrucción/autoconformación de las condiciones legitimantes de esa responsabilidad.

Después ha intervenido también el Prof. Joachim VOGEL (*Ludwig–Maximilian–Universität Mün-*

chen), quien después de afirmar la necesidad de ponderar la efectividad –en términos de encauzamiento de la criminalidad empresarial– del modelo seleccionado en la práctica y no sobre la base de la etiqueta adoptada, nos ha recordado la extrema efectividad del modelo alemán de responsabilidad de las personas jurídicas, que aunque prevé un sistema de sanciones administrativas más bien blando y la imposibilidad de perseguir directamente a las personas jurídicas, en esencia se basa en la confiscación de los beneficios del delito por parte del mismo juez penal, en virtud de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal –es decir, por el mismo órgano que persigue a la persona física autora del delito–.

El Prof. Domenico PULITANÒ (*Università degli Studi di Milano–Bicocca*) ha hecho patente cómo en el ordenamiento jurídico italiano las personas jurídicas ya están sometidas a Derecho punitivo del Estado, p. ej., como responsables civiles del delito o como sujetos pasivos de procedimientos cautelares de carácter real como los secuestros. Bajo esta panorámica se inscribe la introducción de una forma de responsabilidad penal de las personas jurídicas: una elección que, en su opinión, es plenamente lógica –ya que si las personas jurídicas son entes sociales, basadas en la imputación o atribución de derechos y de responsabilidad, entonces también pueden sufrir la responsabilidad penal si actúan ilícitamente– y racionalizadora del sistema sancionador, ya que exime a las personas físicas del peso económico del delito que las personas jurídicas por cuya cuenta actúan están en mejores condiciones de soportar. La etiqueta "admnistrativa" elegida por el legislador italiano oculta en sí misma un aspecto de propaganda, pues presenta de modo atenuado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, propiciando así que fuera aceptada en el panorama cultural italiano. Luego el Prof. PULITANÒ se ha centrado en las analogías y diferencias subsistentes entre el sistema diseñado por el d. lgs. 231/2011 y el Proyecto de reforma del Código Penal a cargo de la Comisión Grosso, que constituye el preludio o precedente inmediato, para concluir evidenciando después las carencias del sistema actual, tales como posibilidad de sobreseimiento directo por parte del Ministerio Fiscal sin control judicial.

La ponencia del Prof. Luigi FOFFANI (*Università di Modena e Reggio Emilia*) se ha centrado en la perspectiva europea de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas decisiones–marco, en efecto, imponen no tanto la introducción de una responsabilidad general por los ilícitos penales de las personas jurídicas, cuanto más bien formas de responsabilidad accesorias de aquellas correspondiente a las personas físicas por concretos delitos de relevancia transnacional, con un alcance sectorial, no interesado tanto en etiquetar tales formas de responsabilidad cuanto más bien SCARNO en relación con los criterios de imputación, si se exceptúa la idea de fondo de la *compliance* como causa de exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica. L situación, según el ponente, sin embargo ha evolucionado tras la aprobación del Tratado de Lisboa: En la Propuesta de Directiva relativa a las sanciones penales correspondientes en caso de abuso de información privilegiada y de abuso de mercado, p. ej., la responsabilidad de las personas jurídicas viene explícitamente calificada como penal, y asimismo se manifiesta la necesidad de adoptar medidas de armonización sobre la consistencia y el alcance de los modelos de *compliance*.

Ha tomado la palabra a continuación el Prof. Adan NIETO MARTÍN (Universidad de Castilla–La Mancha), quien se ha centrado en algunos aspectos de la responsabilidad por el ilícito penal de las personas jurídicas: la efectividad y la naturaleza real de los modelos de organización, el posible efecto *overspill* derivado de la aplicación de sanciones pecuniarias especialmente gravosas, y sobre todo el tema procesal, que define como el "lado oscuro" de la responsabilidad de las personas jurídicas. Lo que este ponente se pregunta es si las normas procesales aplicables respetan el modelo de garantías pre-

visto en el art. 6 *Cedu*, tomando en consideración dos temas especialmente relevantes: de un lado, el relativo al secreto profesional, al que podrían ser obligados los agentes de la persona jurídica y, de otro lado, el relativo a las investigaciones internas ya desarrolladas por la entidad, que podrían dar lugar a formas de *self–audit privilege*.

El Prof. Stefano MANACORDA (*Seconda Università di Napoli*, Director del *Equipe Internormativités dans l'espace pénal, College de France*, Paris) ha dado cuenta de los resultados de una investigación realizada en el seno de las Naciones Unidas en materia de *Anti–bribery compliance models*, dirigida a delimitar el mejor modelo de organización adoptable por las personas jurídicas en materia de lucha contra la corrupción. El campo de la anticorrupción vive un momento de inflamación internacional de instrumentos, ya que aúnan instrumentos de naturaleza preventiva y punitiva, de *soft law* y de *hard law*, de heterorregulación y autorregulación. Se adopta una visión de *self restraint* en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas y la idea es la de un sistema de *compliance* que penetre en la normativa penal. Al final de tal investigación empírica han sido enunciadas tres características que deberían estar presentes en un meta–modelo. Ante todo, por lo que respecta a sus fuentes, éstas deberán basarse en una forma de legalismo bajo, es decir, deberían hallar su primera fuente en los modelos concretamente asumidos. En cuanto a su contenido, se afirma la necesidad de un doble nivel de *law enforcement*, obligando a los Estados a prever modelos que contengan reglas máximas y promoviendo, que no vinculando, a las empresas a adoptar tales *best models*. Por último, en relación con sus efectos, se expresa la necesidad de superar la dicotomía prevención/represión, introduciendo mecanismos penales, sustantivos o procesales, de la adopción del modelo.

Juliette TRICOT (*Equipe Internormativités dans l'espace pénal, College de France*, París) se ha referido, a continuación, a dos cuestiones relativas al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia. De un lado, ha indicado que la jurisprudencia había eliminado progresivamente la presunción de culpabilidad de la persona física que actúa por cuenta de la entidad respecto de actos a ésta imputables, como mejor forma de respetar el principio de legalidad en cuanto expresión del principio de igualdad. De otro lado, ha reflexionado sobre cuáles deben ser los parámetros para evaluar la eficacia del modelo de responsabilidad adoptado: si el número de condenas o, preferiblemente, el número de delitos descubiertos, teniendo en cuenta el alcance sobre todo preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el impulso en la adopción por éstas de los modelos de organización.

La intervención de Ignacio CASTILLO VAL (Universidad de Talca, Santiago de Chile, en la actualidad doctorando en la *Università degli Studi di Milano*) ha ofrecido una panorámica sobre la normativa en materia de criminalidad de empresa aprobada en 2009 en Chile, país que ha previsto la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos taxativamente tipificados y ha calificado esa responsabilidad como penal, ya que la Constitución chilena prevé que el Ministerio Fiscal –competente en materia de investigaciones sobre las personas jurídicas– pueda perseguir sólo delitos. Su intervención ha finalizado con una interesante pregunta de corte procesal: si en el momento en que el riesgo penal lo constituye la privación de libertad de la persona –como sucede respecto de las personas físicas–, es correcto plantear el *standard* probatorio más allá de toda duda razonable, pero no puede decirse lo mismo de la persona jurídica cuando el riesgo penal hipotético respecto de ésta sea el de una sanción pecuniaria.

La jornada ha concluido con una breve intervención del Prof. Luis ARROYO ZAPATERO (Universidad de Castilla–La Mancha, Presidente de la *Société de la Défense Sociale*), quien ha recordado como al final del XVI Congreso de la *Société* "*Criminal Policy in the Era of Global Governance*" realizado en Ciudad de Méjico en el 2012 se había llegado a la con-

clusión de que son tres los instrumentos principales para contrastar la criminalidad internacional y la economía ilícita: la supresión de los delitos fiscales y la imposición de la regla de transpariencia en la economía, un cambio de régimen en el gobierno en la economía, y la definitiva superación del brocardo *societas delinquere non potest*. Es, en todo caso, necesario, ha recordado el Prof. ARROYO ZAPATERO, evitar el punitivismo penal y el retorno a un sistema punitivo prebeccariano, salvaguardando los principios de una política criminal humanista. ◧

XVI International Congress: International Penal Policy in the era of the United Nations Millennium Declaration, 21-23 November 2012, Mexico D.F.

XVI Congrès international de la Société internationale de Défense Sociale: La politique internationale pénale à l'ère de la Déclaration du Millénaire des Nations Unies, 21-23 Novembre 2012, Mexique D.F.

XVI Congreso Internacional: Política criminal internacional en la era de la Declaración del Milenio de NN.UU., 21-23 de Noviembre de 2012, Méjico D.F.

I

General Report on the International Congress "International Criminal Policy in the age of the United Nations Millennium Declaration"*

Société Internationale de Défense Sociale (SiDS)
Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE)
Rapporteur General: Prof. Dr. Francesco VIGANÓ[1]
Secretary General of the Society

21-23 November, 2012

The International Congress "International Criminal Policy in the age of the United Nations Millennium" was held in Mexico City, at the National Institute of Criminal Sciences (INACIPE) on 21, 22 and 23 November 2012. It was the 16th International Congress of the International Society for Social Defence (ISSD), jointly organized by the SiDS and the INACIPE, with the collaboration of the Supreme Court of the Nation, the Mexican Court of Justice of the Federal District and the Autonomous National University of Mexico, as well as the Institute of European Criminal and International Law [Instituto de Derecho Penal Europeo e Institucional] of the University of Castilla la Mancha, the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht] at Freiburg im Bresigau, and the National Centre for Prevention and Social Defence [Centro Nacionale de Prevenzione e Difesa Sociale] of Milan.

---

* Prepared with the help of Ignacio Castillo Val, PhD Candidate. Università degli Studi di Milano. Member of the Centro de Estudios de Derecho penal de la Universidad de Talca (Chile).

1 With the special collaboration of the assistants to the Rapporteur General Ignacio Castillo Val and Beatriz García-Moreno, and the section and panel rapporteurs: Ana Elisa Liberatore, Fabiola Patiño, Marcelo Castillo Monterrey, Mónica Zapico, Ana Pamela Romero Guerra, María Sierra Pacheco, Dulce Agatón, Verónica Yamamoto, Nuno Brandao.

The Congress, a gathering of over 40 experts from various countries across world and in which more than 250 followers of specialist and doctoral courses participated, was enhanced by the wealth and depth of analysis and discussion on the development of international criminal policy, its current state and future global challenges. Among the politico-criminal themes debated, the following may be mentioned: prevention of the crime, human rights and organized crime; the United Nations Security Council and criminal competence; international crimes and the internationalization of its prosecution and judgment; *Cybercrime* as an example of international harmonization; themes for reflection of the criminal treatment of drug trafficking and consumption; some criminal aspects of the international financial crisis; criminal liability of legal persons and the prevention of economic crimes.

The Congress was formally opened on November 21, in a ceremony with the following participants, among many others: don Luis Arroyo Zapatero, President of the International Society of Social Defence; don Rafael Estrada Michel, Director of the Instituto Nacional de Ciencias Penales; don Sergio García Ramírez, Academia Mexicana de Ciencias Penales; don Ulrich Sieber, Director of the Max Planck Institute; and don Alejandro Ramos Flores, sub-Prosecutor General.

A solemn ceremony was held to award the title of Doctora Honoris Causa to professor Mireille Delmas-Marty for her career and work in international criminal Law, in international criminal policy and for her unflagging search for the international harmonization of criminal law governed by human Rights.

The first to take the floor was don Sergio García Ramírez, who began his speech by expressing his gratitude for the opportunity of accompanying Mireille Delmas-Marty in the ceremony to award the Doctorado Honoris Causa, before going over the contents of his academic and teaching life, and his special proximity to Mexico. Dr. García Ramírez also highlighted the academic awards that professor Delmas-Marty had previously received in various countries, for her ample and prolific academic career, and in particular for her contributions in the field of the harmonization and globalization of criminal law and criminal procedure, as well as in the study of the right to life in a universal community and the importance of the protection of human rights.

Subsequently, don Alejandro Ramos Flores, sub-Prosecutor General took the floor, and, thanked everybody for the opportunity of participating in the ceremony. Then, on behalf of the General Prosecutor, he handed the garland and diploma to the honoured guest in recognition of her title of Doctora Honoris Causa.

Finally, Doctora h.c. Mireille Delmas-Marty took the floor, thanking Sergio García Ramirez for such praiseworthy and sentimental words. She started her presentation, highlighting that the recognition entailed a double honour for her: for the prestige of INACIPE, and because Mexico has been the main Latin American reference in the protection of Human Rights. Delmas-Marty also highlighted the role of the national judge and the national inclination to uphold the protection of human rights in the process of juridical harmonization, a process that should always be done with the States and not against them.

Once the intervention of Dra. h.c. Delmas-Marty had concluded, the portrait of Mireille Delmas-Marty was then unveiled in the main hall of INACIPE, on the wall of the doctorates. Moreover, with this act, the International Congress "*International Criminal Policy in the age of the United Nations Millennium Declaration*" was formally inaugurated.

The **first conference** of the Congress, entitled "*The principal instruments of harmonization, especially the Treaties and Conventions of the United Nations*", was chaired by **Pedro R. David**, President of the Court of Cassation, Argentina. Professor David began his presentation highlighting that the Pro-

gramme of the United Nations for the Prevention of Crime has, since its launch, undergone enormous expansion. Especially, because it has been able to place justice above sovereignty, pressing for the development of different figures and legal institutions, such as the establishment of international tribunals.

He continued by highlighting the relevant role of the four most prestigious international scientific associations in this new international orientation of political-criminal policy, which have granted tangible support to the United Nations Programme on the Prevention of crime and Criminal Justice. The significant collaboration of these associations is appreciated because they have contributed new perspectives on criminal behaviour, actively collaborating to raise awareness of these problems that are not only legal and regulatory, but are also linked to topics of social equality and safeguards.

One turning point in this international road, in the opinion of Prof. David, is signposted by the change of the bipolar world to a multipolar scenario, because that forces the recognition of legal cultures that function in parallel, very often in reciprocal contradiction. In this context, Prof. David identified, as a moment of great vitality and creativity, the point in time after the international community had called for the involvement of various groups of experts, specifically, for the creation of international conventions and instruments, which participated by supporting the States and the United Nations. Unfortunately, in his opinion, this practice has been disappearing, as the States have increasingly begun to hand over key discussions on international criminal policy and the international instruments to confront it, exclusively to their diplomatic missions, thereby losing the experience and the knowledge of these expert groups and with it, the quality of the instruments.

On another line, Prof. David regretted that international instruments have not been sufficiently well transferred by Universities, on their courses to train new professionals, to whom they have given abundant instruction on respect for codes and laws, but not enough on those international instruments. In their opinion, it is very important to bring to the awareness of scholars, but also of legal actors, the importance of the interrelation between national rights and international law.

The academic concluded his presentation by underlining the new political criminal challenges, in a time marked by globalization and the new digital era, which has changed the participatory structure of countries in the orchestration of international concord.

Having drawn the conference to a close, Prof. David, began **Panel nº 1**, the title of which was "*Prevention of crime, human rights and organized crime*", the speakers at which were don **Luis de la Barreda**, Coordinator of the university programme of Human Rights at the Universidad Nacional Autónoma de México, and doña **María de la Luz Lima Malvido**, an INACIPE researcher. The chair of the panel was don **Óscar Vázquez Marín**, Magistrate of the Council of the Federal Judiciary.

Prof. de la Barreda began his presentation by stressing that the new modalities of criminality call for novel criminal reactions, which should invariably have human rights as a boundary. In his opinion, it should highlight the important development that human rights have had, and especially its process of universalization that it has, since 1789, followed without interruption. One turning point in the universalization of human rights came with the creation of the different international courts: European Tribunal, Inter-American Court of Human Rights, the African Court of Human and People's Rights and the International Criminal Tribunal. Their practical relevance has, in great measure, affected national courts and tribunals, insofar as national tribunals should respect international resolutions and international tribunals should respect national jurisdictions. In addition, special relevance should be given in this process to the primacy principle of the control

of conventionality, which in simple terms requires the state (among them the judicial) organs to favour an interpretation of domestic regulations that is oriented towards the logic of the protection of human rights, as well as recognized in international law. In the opinion of the presenter, there is no antimony between public safety and human rights; however, in Mexico the security crisis has affected fundamental principles, without this violation of fundamental principles having been able to achieve really successful results in combating organized crime. Along other lines, the speaker pointed out that the appearance of victims in the debate on fundamental human rights should be welcomed, but without accepting any violation of the rights of the accused as a consequence of following this path.

Prof. Lima Malvido began her presentation by inviting people to consider the relevant fact that organized crime is different in each region or zone, especially within Mexico. In her opinion, constructing justice for victims, on the basis of organized crime, permits the categorization of different types of victims. By way of an example, the academic highlighted the situation of the following types of victims in Mexico. A) Trafficking of people. She pointed out that legislative criminal policy in these matters is recent, as an inter-secretarial committee existed in charge of the topic, but an *ad hoc* criminal regulation was lacking, which was recently introduced with the new law against trafficking in people.

B) The example of the displaced. In her opinion, displaced people are understood as those that have not left a country, but are however displaced within national territory, due to circumstances of force majeure, violence, discrimination etc. These circumstances, however, which are today of great significance in Mexico, have not met a legislative response, and remain a contentious point on the Mexican agenda.

C) Victims of kidnappings. Professor Lima regretted that legislation in this area responded more to a circumstantial situation than to a process of legislative reflection. Thus, he highlighted that the legislative changes were not, unfortunately, introduced in a country until after a relevant case. On top of that, in spite of that legislation, kidnapping is neither followed up nor adequately monitored, due to procedural errors and negligence.

D) Migrants. The academic highlighted the importance of Circular No. 001/2010 issued by the National Institute of Migration, in regulation of the procedure for attention to unaccompanied migrant children and adolescents. It laid down proposals, in accordance with the Convention on the Rights of the Child and the agreements reached at the Inter-institutional Round Table on Unaccompanied Migrant Children and Adolescents and Migrant Women, to design a model for the protection of the rights of unaccompanied migrant children and adolescents that would include the creation of a body of specialized officials dedicated to the protection of their rights.

E) Minors affected by collateral damage. She highlighted the fact that in the State of Chihuahua and in the State of Durango funds have been set up to attend to child victims.

F) Journalists and defenders of human rights. She made the point that, despite the failings and challenges that still remain on this matter, consideration has begun to be given to the vulnerable condition in which these social actors are found, which calls for more energetic positive measures from the State.

Professor Lima concluded her presentation, by affirming that crime prevention has been ignored in public policy; organized crime is an issue that requires another type of response and she highlighted that, if no attention is given to the victims, an enormous distance is generated between the factual and the normative world.

Panel nº 2, under the title "*Supporting crime control. International programmes and mechanisms*", had as its speakers don **Rubén Quintino,** whose subject was "*Crime control and the protection of victims*", don **Jan Michael Simon**, member of the Max

Planck Institute, who talked about "*Recent evolution of the control in the fight against criminality*", and don **Emilio Viano**, professor of the American University at Washington, D.C., whose talk referred to "*International programmes and mechanisms*".

Prof. Quintino affirmed that, in the international arena, respect must be given to the different legal principles that relate to accusation, among them the principle of innocence, the principle of culpability, and the principle of legality.

Don Jan Simon began his presentation by highlighting that human rights, peace and social progress are concepts that are closely linked to the fight against criminality. The mechanisms of power, corruption etc., are international problems that arise out of national problems. International bodies, however, can intervene, strengthening the national institutions of member states in their tasks to combat this criminal behaviour. The new paradigm supposes, therefore, support from institutions to the various local agencies. In his opinion, the unsatisfactory national response has the following three causes: lack of governability, and lack of action and control. Faced with this situation, international organisms can increase the capability and the efficiency of the states, as well as supporting political groups that reinforce the fight against criminality. Thus, future efficacy will revolve around their capability to change effective interventions in states and to influence them.

Finally, Prof. Viano completed an analysis of the international programmes and mechanisms, as well as the possible responses to manifestations of multinational violence. Beginning with the idea that the increase in violence represents a challenge to governance, he established a link between local and transnational violence. As the states lack the resources to combat criminal behaviour on a transnational scale, it is important to refocus the competence of the UN, as it is not a transnational, but an inter-governmental competence, which limits its efficacy. Methodologically, we should speak of a programme rather than a project, and to have a view of the social fabric, in order to reply to the problem of violence, placing it firmly within social policy and training actors in the need to confront this challenge as a community. He pointed out that it is essential to establish an effective relation between citizens and the police and emphasized the need to generate a good analysis and diagnosis, as they are all fundamental points through which to achieve the objectives of the fight against crime.

Panel nº 3, the title of which was "*The United Nations Security Council and its criminal competence*", had as its conference participants Prof. **Dr. Joachim Vogel**, of Munich University, who gave a presentation on the "*Authorization of criminal intervention in the territories of failing States, as safe havens for organized crime: the case of Somali piracy*", and Don **Manuel Espinoza**, Researcher at the University of Munich, whose conference was entitled "*The United Nations Security Council and its criminal competence*".

The conference address of Prof. Vogel revolved around two central questions: first, if criminality and, in particular, organized crime might mean a threat to peace and security, in terms of article 39 of the United Nations Charter; and, in second place, what would be entailed in any measures for "criminal intervention" taken under articles 41 and 42 of that Charter. He declared that the praxis of the Security Council establishes a certain form of criminal behaviour that may be qualified as a threat to peace and international security, if committed in a sufficiently serious, extensive and/or systematic and/or inter- o transnational way. In addition, he added, if a State participates in serious trans- or international organized crime and on a large scale, or tolerates it or fails in its effective prevention or repression, it may be qualified as a threat to peace and to international security. The speaker recalled that having complied with the requirements of article 39 of the Charter of the United Nations, the Security Council will decide what measures, which do not imply the use of force,

may be used. But, in case these measures may be insufficient or may have shown themselves to be, military force could be used, by air, sea, or land, to take the steps that may be necessary under article 42 of the Charter. Dr. Vogel proposed different considerations of "criminal intervention" made by the Security Council, and in particular one that consists of a criminal "vicarial" justice in the hands of the States that have the capability and the interest to intervene individually or collectively. The opportunities and risks of this latter consideration were illustrated by using, as an example, the situation in Somalia; in other words, the reaction of the international community facing the problem of piracy in the Gulf of Aden, and the Red Sea, which is one of the results of the prolonged Somalian civil war and the failed State. Together with that, he went over the legislation against piracy and the *enforcement* measures of the United Nations, OTAN and the European Union. In this way, Dr. Vogel described the probable failure of a *"regional third state solution"*, in other words, the attempt to investigate and pursue Somalian piracy in the courts of Kenya, and the problems of the "solution of the victim State", exemplified in the well-known judgment on piracy in the German courts. In short, Prof. Vogel concluded his presentation with the following general reflection; "if we opt for 'criminal intervention' grounded in the perpetration of international crimes committed in failing States, then not only a technical but a substantial, even crucial question arises, which is to find an acceptable and legitimate forum, whether of an international or national nature, whether in the place of arrest, the home of the victim, or in a third State, in which to initiate criminal proceedings". For the speaker, the correct response may only be identified in the light of the national and international procedural criminal law.

When his turn came, Don Manuel Espinoza started his intervention by explaining how the events surrounding harmonization of criminal matters have been developing – both horizontally – between States-, as well as vertically –through a supranational organ. The speaker pointed out that the most representative example at an international level of harmonization in criminal matters is the case of funding terrorism. He added that the States started to define the funding of terrorism as a separate crime after the extremely swift attacks of September 11, 2001. Prof. Espinoza explained that this legislative change, as well as other measures aimed at combating the funding of State-sanctioned terrorism, rather than being the outcome of Conventions or Treaties, were implemented by the United Nations Security Council.

In his presentation, the speaker explained, in detail, how the Security Council has imposed measures in matters concerning the fight against terrorism. Subsequently, he centred on Resolution 1373 (2001) with which he emphasized – what in his opinion were – the judicial and legislative functions that the Security Council has attributed itself. In this talk, it was made clear that, over the preceding decade, one of the principal subjects on the international agenda was to combat the funding of terrorism, and that the most important measures in this strategy were a result of the decisions of the Security Council. Frozen bank accounts, blacklisting, prohibitions on travel and exile and, above all, the obligation to legislate on criminal matters in a particular way, constituted the responses of the Council to the threat or disruption to international peace and security by virtue of Chapter VII of the Charter. In his address, the speaker wished to leave it said, that it was not the custom of the Security Council to approach a theme like terrorism in a general and abstract way; but that their Resolutions are always directed at a specific situation, at a specific time. Likewise, he stated that beyond the obligations imposed on States, the most important from the politico-criminal point of view is the appearance of the Security Council as a legislative organ. In the same way, he added, Resolution 1373 should be praised, as the first to impose legislative obligations in criminal matters in the States,

thereby adding a legislative power to its considerable executive and judicial competences (in terms of sanctioning power). These self-attributed faculties of the Security Council represent, however, a great risk in the future, establishing almost unlimited competence in criminal and judicial matters (in terms of sanctioning power) for the Security Council. He highlighted, in conclusion, that the Security Council, by reason of Chapter VII of the Charter and in the maintenance of peace and international security, has not only acted *ultra vires* en matters concerning the fight against the funding of terrorism, but that it has contradicted the fundamental rights of individuals and the enforcement of the criminal norms of States.

Panel nº 4, entitled "*International crimes and internationalization of its prosecution and judgment*", had three speakes, Dr. **Javier Dondé Matute**, INACIPE Researcher; el Dr. **Luigi Foffani**, Profesor of the University of Modena, and don **José Antonio Guevara Bermúdez**, of the Committee of Human Rights of the Federal District. The panel chair was doña Ana Elisa Liberatore, Professor of the University of Sao Paulo (Brazil).

Don Javier Dondé began his intervention by questioning the restricted concept that is held of international crimes. In his opinion, the International Criminal Court (ICC) has defined or codified the four large international crimes, but the underlying question, in his opinion, is whether it uses a restricted concept that means that other types of crimes of a transnational dimension, such as terrorism or drug-trafficking may not be prosecuted by international courts: as these types of crimes fall outside the crimes prosecuted by the International Tribunals, such as the ICC. Cooperative networks are the option with these crimes; however, the growth and legal international prescription of these behaviours would allow us to qualify them as international and not only transnational crimes. As the expert explained, what will determine the international nature of these crimes will be whether the crime has ramifications beyond the frontiers of the country in which it was committed, as happens with the crime of drug-trafficking and the crime of international terrorism. When two or more frontiers are crossed, the inclusion of this type of crime should be insisted upon for proceedings in the international arena. The challenge will be to change those treaties, so that international organs can prosecute the most serious crimes from among them all.

In his turn, Prof. Foffani reflected on the problems of jurisdiction that affect certain criminal behaviours, transnational crimes, which tend to provoke a problem of competence between a plurality of national, legal orders. There is, in his judgment, an extreme breadth of rules foreseen for the application of criminal law in the area, and the principle of territoriality is interpreted in a very wide sense, in such a way that when a minimum part of the crime is done in the territory of the state, it is then considered that national criminal law may be applied. The states justify their punitive intent through the expansion of the scope of application of the rules on the application of criminal law in the area. This is converted, in the international world, into the principle of universal justice, as in the well-known Spanish case that permitted the prosecution of Pinochet. By reason of the latter, the speaker made the point that this criminal expansion of the national rules applicable to criminal law in the area can give rise to various potential conflicts of jurisdiction, arising from the presence of multiple transnational aspects of the crimes. So, he indicated, we should not forget that the accumulation of competencies among various countries relating to a single fact can mean that the same person is judged various times by different countries for the same act, which might infringe the principle of *ne bis in idem.* Despite European regulations that seek to avoid the occurrence of these jurisdictional conflicts, what is certain is that these prophylactic mechanisms have shown themselves to be insufficient, because, although they prohibit

ne bis in idem, they do not prohibit the duplicity of parallel investigations into the same facts, which can give rise to a fight between States to see who will finalize the investigation first. Prof. Foffani continued his discourse, indicating that on November 30, 2009, an European instrument for the prevention of procedural conflicts was approved: a framework decision of the EU with the intention of putting in place a mechanism for the exchange of information between the different countries with potential competence, so that they resolve the question in the best way possible, or so that Eurojust could intervene by recommending a solution, without –however- its decision being enforced in the States. The insufficiency of those mechanisms makes it clear that the conflicts of jurisdiction need a more efficient regulatory mechanism. He proposed two reform models, both founded on the principle of territoriality, to improve the existing system. The first mechanism is called negotiated jurisdiction, and implies that the jurisdictional order is determined *ex post*, through a negotiation between the legal orders involved or with Eurojust itself. With this mechanism, the intention is to prevent the accused from dual judgment in two states. When determining the most competent State, the first criterion would be one in which the principal part of the action or result had taken place. Should this not be enough, the States should take other criteria into account such as social alarm, the nationality of the victim, the means of evidence, the need for the protection of endangered witnesses, etc. The second mechanism, in contrast, is called the model of jurisdiction determined by law. It would involve a safe system to determine criminal competence without any need for State negotiations, under strict legality. A hierarchy of criteria would be established, founded on the principle of territoriality: in principle, the competence should correspond to the place of the criminal action; if there is more than one state where the action took place, it should correspond to the result, or secondly to the place of residence of the accused and to the place where the evidence was found. Finally, if special interests of a country are affected, the aforementioned criterion may be dismissed in favour of that country.

Don José Antonio Guevara began his presentation of forced disappearances in Mexico, by asking whether the lack of domestic investigation into crimes of an international nature would mean that they may be investigated by the ICC. So, he asked whether the accusation against ex-president Calderón for the commission of crimes under the competence of the ICC, by various human rights organizations, might activate the jurisdiction of that tribunal. Was it a question of systematic crime; a requirement for them to be considered crimes against humanity? Were crimes of murder, torture and forced disappearance really committed? With respect to the first question, he pointed out that it should be made clear that the General Prosecutor of the CPI can activate the *de officio* jurisdiction of the Court, and in fact this faculty has been exercised *motu proprio* in both Kenya and the Ivory Coast. The prosecutor can do so with reports that arrive through different channels: associations, journalists, etc. On this basis, everything points to the possibility that the prosecutor can open an investigation with information sent to the prosecutor, from some organizations such as, for example, the Group of Forced Disappearances, in which the prosecution attempts to collect information on the victims, etc. With this information, the prosecutor might manage to open a preliminary examination. A prior requirement to this investigation is to verify whether some type of internal investigation has taken place into the crimes that have taken place. We should not forget that incomplete inquiries conducted by states that do not seek to hold those in the highest positions responsible also allows the prosecutor to open an investigation. In the Mexican case, it was evident to the speaker that nothing had been investigated. In the case of Mexico, it is estimated that between 4.000 and 15,000 people have been assassinated; among whom, there are 68 cases of murder attributed to law enforcement officers

and 161 cases of torture which leads us to conclude that it is not a question of isolated facts. The Forced Disappearances Group announced that there were 3,000 cases of disappearance for which there had been no type of investigation.

Another important piece of information is the severity of the crimes. In cases analyzed by the National Commission of Human Rights, multiple aggravating circumstances were listed: a) Restricted access to the place where these crimes were committed. b) Destruction of evidence and obstruction of the investigation. c) Placing weapons to make the victims appear to be members of criminal organizations. d) Changes to the crime scene. e) Undue preservation of proof and f) Changes to the truth with regard to the victim.

The expert concluded by indicating that international organisms offer sufficient information to establish whether crimes against humanity have occurred, and that using this evidence, the prosecutor and the CPI can investigate these crimes.

Having concluded this series of panels, the **second conference** of the day was opened, entitled "*Cybercrime as an example of international harmonization*" the chair for which was Prof. Dr. **Ulrich Sieber**, Director of the Max-Planck Institute, Freiburg.

Prof. Dr. Sieber began his conference by highlighting the need for criminal law to adapt to the new challenges represented by technology and the information society. He proposed to take three steps: 1) to analyze the new forms of information technology related crimes; 2) to identify the implications that his crime has in the field of criminal law; and 3) to prepare reforms for the regulation and sanctioning of criminal behaviour related to information technology in the international arena.

The speaker pointed out that due to the intangible nature of data and information, it is indispensable that criminal law on information redefine its scope of material and procedural information, and promote the right of international cooperation.

Innovation in the material field is grounded in the recognition and protection of new specific legal goods related to information, such as the integrity of computerized systems, the protection of personal data, the protection of the rights of the author, among others, as well as the protection of classic legal goods against new forms of attack. Besides, the extent to which the new procedural criminal law on information will make use of information technology during the investigation of a certain criminal act and the collection of evidence through that channel should be stated. In the international context, actions should be directed in two directions: 1) to overcome territorial barriers that prevent the application of certain legal regulations in a certain territory; and 2) to promote inter- and supra-national cooperation through international agreements that respond to the particularities of cyber crime. In this sense, it is important to have a material definition of the behaviour to prosecute that is similar in the different countries Prof. Sieber concluded his speech by pointing out that it will only be possible to combat this type of criminality when the permeability of national frontiers is achieved and both national and international legislation are harmonized.

Once the conference had concluded, **panel number 5**, the **last panel of the day,** opened with the title "*The configuration of regional or hemispheric systems in the fight against transnational crimes*", the only speaker for which was Lic. **Alejandro Ramos Flores**, Sub-prosecutor of legal matters and international affairs of the General Prosecutor's Office of the Republic, who expounded on "*The configuration of regional or hemispheric systems in the fight against transnational crime.*" The panel was chaired by don **Álvaro Vizcaíno Zamora**, Professor of the Panamerican University.

The expert began his presentation by describing the difficulty involved in the fight to dismantle transnational organized crime, due to the operational

complexity of these types of organizations. Given these difficulties, in the opinion of the expert, a plan needs to be launched that will, in concrete, allow this type of criminal activity to be effectively dismantled, in a hemispheric, coordinated way, and through operational strategies. Lic. Ramos continued his presentation, acknowledging the existence and the importance of international organizations such as AMERIPOL, CLACIP, REFCO, among others, which collaborate in the prosecution of organized crime. However, he pointed out that these are not enough to confront the problem, as they act in an uncoordinated way, and their principal function is the generation of a descriptive, documental, but not operative type of information. So, he indicated, the establishment of an approach to cooperation is needed that works in a coordinated way and which permits the participant countries to overcome the limitations represented by national legislations, solving organized crime through a transnational approach, and planning and executing actions directed at the break up of its members, and their arrest and trial.

The Chapultepec consensus, the expert suggested, came as a consequence of that plan, which adopted *the establishment of a hemispheric approach for cooperation against transnational organized crime*, based on two aspects. The first is political -under the Inter-American Committee to combat transnational organized crime-, the principal objective of which will be the homologation of legislation and best practice, as well as the follow up of actions in the field of public policies relating to the fight against organized crime. The second, in contrast, constitutes a relevant contribution, as it is of an eminently operational nature, which will be the responsibility of the Coordinating Centre of the Americas. Its objective is the coordination and articulation of strategic tactical and operational strategies, which may be carried out in real time, for which two tools will be needed; hemispheric networks and the links of each state. Finally, the sub-prosecutor pointed out some of the benefits of the Hemispheric Approach, such as having a centralised unit for communications and coordination, with a regional and sub regional view, which will permit the counties that are involved to implement more decisive action, carrying out shared actions and through the implementation of joint actions in the operational context.

The **second day** of the **International Congress** continued with the development of **panel nº 6**, the title of which was the "*Present-day dimension of organized crime in the world and its illegal benefits*", which was composed of don **Alfonso Verde Cuenca**, President of the Citizen's Security Council of the State of Nuevo Leon, whose conference address was called "*Analysis of the United Nations Report: Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*", and by don **Sergio Suárez Daza**, Chair of the National Institute of Criminal Sciences. The panel chair, don **José Luis de la Cuesta**, a University Chair, is President of the International Association of Criminal Law.

Don Alfonso Verde began his presentation talking about new forms of crime which, from illegal assets, generate legal assets. Thus, he placed emphasis on the legal businesses, which choose to close down, unable to compete with the capital of criminal organizations and their productivity. The speaker recalled that among the consequences of this type of crime is the corruption of high and medium-level public-sector employees. Corruption produces a growing sensation of insecurity. In particular, he pointed out that the States are moving slowly in relation to the fight against international bribery, from the point of view of mobility. He therefore thought it advisable to look at the experience of the OECD. According to the expert, if we take a broader view of the picture, we are not confronted by organized crime but by globalized crime. In addition, he added that Latin-American criminal behaviour is contained within the frontiers of its countries.

Finally, Verde Cuenca mentioned that control over organized crime increases public expenditure and generates very high social costs. For the same reason, the presenter concluded that the citizen participation is essential to crime prevention.

Furthermore, the University Chair, Professor Suárez Daza affirmed that the framework, to which we refer in relation to the problem of organized crime, is much broader than the legal criminal framework. He pointed out that these signs of criminal behaviour are given through mercantile organizations to achieve their economic objectives. He remarked that when we talk about organized crime, we should remember that it always looks for economic benefits. Finally, he observed that the problem of organized crime can not be solved by criminal law. When we search for responses to organized crime in criminal law, we are forgetting that other alternative mechanisms exist. Often, lawmakers are clear about the model of the State in which we live. The Mexican State, by constitutional imperative, is a social and democratic State based on the rule of Law. Suárez Daza closed his presentation by reflecting on the need to look for more holistic alternative solutions and considering that to find a solution to organized crime, that solution should contemplate two aspects: the legal system and prevention.

Subsequently, **panel nº 7** began, entitled "*Perpetration, participation and organized crime*", in which Prof. Dr. **Vincenzo Militello**, Professor of Criminal Law of the University of Palermo; Prof. Dr. **Raimo Lahti**, Professor of Helsinki University; and Prof. Dr. **Moisés Moreno**, member of the Mexican Academy of Criminal Sciences and President of the Centre for Political Criminal studies (*Cepolcrim*). The panel chair was Dr. **Jesús Zamora Pierce**, Member of the Mexican Academy of Criminal Sciences.

Prof. Militello began his presentation, inquiring into the conceptual elements of organized crime, as they appear in the instruments of the European Union on the same theme. On the basis of its residual place and only relative definition in the Treaty of Lisbon, international harmonization in matters of organized crime is founded on an open clause. It is therefore necessary to identify its typical characteristics, even using other sources, such as the Palermo Convention and other legal references that form a framework for convergence (European Convention 2008 and United Nations Convention). Some elements are taken from these sources that allow a definition of organized crime, such as the association of more than 2 people and its prolonged activity over time; the developed structure of this type of association; the objectives and benefits obtained by the agents; and the rationalization of the criminal work. Under the influence of *Common Law* systems, the commission of more than one crime by an organised group has also been established as a conceptual element, punishable by more than 4 years imprisonment, with the objective of obtaining economic benefits and, at a subjective level, the law enforcement agent's knowledge of the illegal ends of the group. However, the European Convention has been criticized in relation to such points, which although going further than the Convention of Palermo, by allowing punishment only on the basis of the concrete practice of illegal behaviour (which is in accordance with the principle of prejudice), contains no regulation on extra-penal preventive measures. In conclusion, professor Militello pointed out that the apparatus in the fight against organized crime is not adapted to the harmonization of regulations, in relation to general criminal norms, as it is not sufficient to reorientate the system towards respect for human rights. Resources of a repressive nature are increasing without any criticism, which will end up destroying the system of guarantees in Democratic States living under the rule of law. In this way, the road still remains open to an assessment of the rational options for criminal intervention, having to take the fundamental aspects of proportionality and subsidiarity into account.

Taking the stand, Prof. Lahti began his presentation by highlighting the AIDP Resolution of 2009, which calls for more effective measures in response to new and serious forms of crime that have emerged in recent years, which entail new challenges to the rule of law in a democratic State and human rights. Therefore, the fight against these crimes cannot function as pretext for the application of rules of exception, which are not in agreement with the principles and logic of criminal law. Subsequently, the academic presented the legal situation in Finland and in Denmark in matters concerning macro-crime (organized crime and international crime in general). As from 2003, a new and more modern criminal system in relation to the traditional ideology was introduced in Finland. With regard to complicity, the Finnish legal order follows the German model, differentiating perpetrators, accomplices and instigators, according to the extent of their effective contribution to the crime. Indirect perpetration is envisaged in its criminal law. The legislation in Denmark follows the same direction of expansion of levels of participation, above all in matters concerning organized crime. He criticized the present Finnish system, which, on the basis of a markedly proactive trend in matters of organized crime, arising from international pressure for the expansion of criminal punishment, contains profound limitations and cracks, relating to fundamental principles, such as legality and culpability. He insisted on the absence of effective concern over the prevention of these crimes, and to ensure fair trails that guarantee individual rights. In conclusion, he emphasised the need for a more rational criminal system for the harmonization of different international documents in matters of organized crime.

Finally, Prof. Moisés Moreno began his presentation by indicating the difficulties, under the traditional criteria of criminal Law, of explaining organized criminality and the different forms of intervention by law enforcement agents, above all in the field of terrorism. So, he argued, the need has been proposed to look for politico-criminal alternatives that can be applied to national legislations. As an example of this, he observed the problem of the accusation, which traditionally only corresponded to physical persons and now extends to legal persons. He continued by asking what countries faced with international influence and pressure should do. How do they achieve harmonization (even in Europe) of politico-criminal criteria and strategies against organized crime? He even proposed the influence of *Common Law*, which introduces great difficulty in relation to the principles and values of national legislation and realities. In fact, the forms of organized crime are very different in each country, even when there are common traces that characterize them as organized crime. So, it is necessary to define the different forms of intervention in this area of criminality, which would differ from the traditional forms of intervention for common criminal matters. In view of all this, there appear to be no solutions to the questions through traditional dogmatic criteria. He concluded by indicating that in Mexican legislation, there are two formulae where forms of perpetration and participation exist, which do not solve the questions of organized crime. With regard to the criminal liability of legal persons, he questioned whether it is possible to delink it from the responsibility of physical persons.

Subsequently, **panel nº 8** began, under the title "*Mechanisms of intervention to confiscate the profits of organized crime. Money laundering and tax fraud*", in which Dr. **Ramón García Gibson**, the INACIPE invited researcher participated; don **José Luis Nassar Daw**, Coordinator of the Criminal Committee of the Mexican Bar-College of Lawyers; and **Raúl González Salas Campos**, Member of that Mexican Academy of Criminal Sciences. The chair of the panel was **Joaquín Merino**, an INACIPE researcher.

The researcher Dr. García Gibson began his presentation by affirming that at present there are still doubts over what constitutes money-laundering and how to combat it. In other words, he indicated that the best way of fighting against organ-

ized crime would be to attack it on a financial front. In 2008, the Group of International Financial Action (GAFI) recommended that Mexico analyze other activities, which might also be infiltrated by money laundering networks, and not only the financial sector. On the basis of that suggestion, a recently approved federal law (2010) was prepared, also covering controls of these other activities. Besides, in February of this year (2013), the GAFI had issued 40 new recommendations, which have to be included in the legal orders of all the member States. So, for example, serious fiscal crimes should also be considered antecedents to money laundering. A risk-based approach is also called for in the legal orders. All these recommendations require changes to Mexican normative regulation. The speaker concluded by reaffirming that the topic of prevention is fundamental to attack organized crime and money laundering. And by reason of that, the new federal Mexican law, which will come into force on July 2013, reflects a very important political movement in the process of international harmonization

The lawyer Jose Luis Nassar, in his contribution, expressing a certain discrepancy with the earlier speaker, conducted a critical analysis of the new Federal Law in Mexico on money laundering. Beginning with the presentation of the basic concept of money laundering (laundering ill-gotten gains to hide their illegal origin, allowing criminals to benefit from them), he explained the problems that are frequently faced in the fight against it: the creativity of criminals that make increasingly less use of the supervised financial system. Precisely for that reason, the financial entities under supervision should in fact be supervised, insofar as they may be used for laundering. The most complex question, the expert stressed, is the relation with the limits of such supervisory measures. In fact, the GAFI, as an organization that generates policies adopted at an international level, no longer considers the member countries in terms of their different realities. The objectives of the legal intervention in this matter would be: 1. safeguard the public sector; 2. protect the private sector; 3. ensure or search for the transparency of the financial markets; and 4. identify and recover the goods or illegal origin. Such a strategy should be defined on the basis of legality and legal transparency, respectful of human rights. According to the expert, the criticism of Mexican federal law is particularly centred on the fact that there are only classifications by operation and by type of operation. The main concern, in contrast, should centre on the individuals that should be under surveillance.

The last speaker, Prof. González Salas agreed with the earlier expert, affirming that everyday there are more declarations of human rights and, in practice, fewer individual guarantees. In this sense, the new Federal law of Mexico imposes absurd obligations, in such a way that everybody polices everybody else. Each time, society has more legal regulation, with fewer liberties, which is concerning. Moreover, the principle of *ne bis in idem* would also no longer exist under this legal system, in so far as the person who benefits from the goods that the same person hid and obtained from the crime may be punished, Likewise, a European policy, as in Spain, is of great concern, in which tendering involving financial crime is also qualified as money laundering. In conclusion, he maintained that although it is difficult to move backwards, there are fundamental problems in the face of strong international calls that should be considered, such as the principle of legal certainty and the imposition of other legal cultures, through external pressures. All of this gives rise to legal uncertainty and violence at a national level. It is preferable to lay the groundwork, even though they may be based on old principles, but they should be national ones, rather than accept international demands that do not respect the local legal system.

Subsequently, **Panel nº 9** was opened, on "*Mechanisms and problems in the recovery of assets*", which was attended by don **Víctor Manuel Guerra**, of the

Specialized Investigation Unit of Federal Crimes of the PGR; Dra. **Patricia Faraldo**, Professorial Chair at the University of La Coruña, Dra. **Eloisa Quintero**, an INACIPE researcher. Don **Ricardo Gluyas Millán**, an INACIPE researcher, chaired the panel.

Don Víctor Manuel Guerra opened the panel with reflections on the problems that are implied for Public Ministries or holders of research files, the time and the opportunity that needs to be put aside for the recovery of assets, in a process in which many different instances intervene. The recommendation was therefore that financial and criminal investigations should run simultaneously and not one after another.

When it came to her turn, the academic, Dra. Faraldo, declared that the intention behind her presentation was to set out some recommendations that would improve the asset recovery process, especially in cases that involve organised crime. However, before analyzing the question of the recovery of assets, it appeared necessary to highlight international and national efforts that have gone into the criminalization of money laundering. Unfortunately, those efforts fail when, despite convictions being handed down, the recovery of assets is not evident, when the confiscation and embargo of goods is not applied. And, it is a fact, the speaker pointed out, that the recovery of assets at an international level is clearly very low. Before analyzing the particular motives that could explain the low asset recovery rates, a preliminary fact should be understood, which is the existence of a general difficulty of implementing and fulfilling international standards (e.g. the 40 + 9 recommendations of the GAFI, or other *soft law* documents), because they have intercultural tendencies and in contrast each country has its own culture, its own reality. It therefore complicates compliance with these recommendations. In the opinion of the speaker, this would be overcome if each country improved its focus on compliance with these standards, from within its own local reality. Now, approaching the concrete obstacles in the recovery of assets, the academic considered that they should be divided into the two following groups:

1 Institutional obstacles.
   a. Lack of confidence between the members of the bodies in charge of asset recovery.
   b. Lack of political will.
   c. Lack of resources. Lack of material, financial and human resources, of training personnel and interdisciplinary integrated units, lawyers, and economic accountants.
2 Obstacles to asset recovery in legal procedures
   a. An effective procedure for freezing funds is needed. In this context, certain assets have to be frozen, for a brief period of time, without any legal proceedings.
   b. Criminal confiscation must be strengthened, but also the responses forthcoming from civil law, such as the seizure of assets.
   c. Adequate management of the confiscated assets for their sale and liquidation at short notice, to maintain their value, in case they may be lost, devalued or affected in some way.

Finally, Dra. Faraldo concluded her presentation by asking whether it would not be necessary, in situations like Mexico, where there is evidently a relation between organized crime and drug trafficking, to confront questions concerning the legalization of drugs, in a determined way, as a further measure to restrain and to end organized crime.

Finally, professor Eloisa Quintero proposed to develop her presentation by centring on the recovery of assets, but from the point of view of the seizure of goods. The academic proposed centring on four crucial principles to understand this legal option; its legal nature, the myths surrounding it, what has been shown to work in practice and what has not and, finally, a number of specific recommendations.

1 Nature of the seizure of goods. The first point that should be made is that it is an error to argue, as has been done, that this tool should only be

used to fight against organized crime. The figure of the seizure of property has its own legal nature. This instrument serves to protect the social character of (legitimately acquired) property, and in contrast serves to sanction its asocial nature (acquired from illicit activity). This is the line, in any case, which clearly follows the model law of the United Nations Office on Drugs and Crime.

2 Myths surrounding the seizure of property that have appeared and that should be dispelled.

a. The good faith of the individual is overriden. It is usually said that this instrument puts an end to the good faith of individuals, because it is enough to be unable to accredit the licit origin of a good, for it to be considered as property of an asocial nature. The good faith of third-parties remains unaffected by the seizure of the property.

b. With this tool, we will only work against the assets of organized crime. This is false. The spectre of the use of this measure (as acknowledged by the model law and in Columbian legislation) is much broader than that of only combating organized crime.

c. Lack of efficacy of the figure. It is true that today, in Mexico, the seizure of goods has not been used as much as might be liked, but there are other countries, such as Colombia and Guatemala, where its use has been much more extensive. In Mexico, greater knowledge and clarity of the legal instrument is required and, above all, greater political and governmental commitment in its application.

3 What functions and what does not.

a. In Colombia, the seizure of property has principally worked because it has an independent, autonomous model of investigation. However, it is true that these types of measures can, in many cases, have strong relations with a process of criminal investigation; to link them closely to criminal prosecution could prejudice the development and execution of this tool.

b. The experience of Guatemala, in relation to the seizure of goods, is also interesting, in particular, because of the working relations between the law enforcement bodies for money laundering and property seizures. Although they have a degree of independence, they both report to the same public prosecutor. This format means that their level of coordination, exchange of information and cooperation is optimal, which facilitates the use of this measure.

c. The experience of Colombia has also taught us that a system that attempts to make exaggerated use of property seizures over and above other crime-fighting tools does not function.

4 Specific recommendations.

a. Improve investigations into the field of property seizures.

b. Do not reverse the burden of proof, because it delegitimizes the instrument and complicates the procedural dynamic, strongly increasing the appeals.

c. In the future, some thought may be given to establishing a prosecutor or another independent body solely responsible for seizure of property.

Finally, professor Quintero invited people to reflect on the relation between the seizure of property belonging to legal persons, because in her opinion, that is an unexplored field, but one that has enormous potential.

Subsequently, the final panel began, panel nº 10, the theme of which was "*Tax paradises and organized crime*". Its participants included Dr. **Reynald Ottenhoff**, Emeritus Professor of the University of Nantes; don **José Alberto Balbuena**, member of the Financial Intelligence Unit of the Ministry of Finance and Public Credit [*Secretaría de Hacienda y Crédito Público*]; and **Juan Antonio Carmen Garcia**, General Coordinator of the Money Laundering Unit of the PGR. The panel was chaired by **Angélica Ortíz**, a trial lawyer.

Prof. Reynald Ottenhoff began his presentation by pointing out that its objective was basically to

explain the current problems between France and Switzerland, especially the question of tax fraud. However, before approaching this aspect, the Professor indicated that it was necessary to mention two preliminary questions, which are sometimes confused. In the first place, it is usually thought when speaking about tax fraud and organized crime that they are two different things: tax fraud as a more individual question (an individual that crosses the frontier with a suitcase stuffed with notes) and organized crime as a set of individuals that organize themselves to perpetrate a criminal act. However, current reality demonstrates that they have a much closer link than one might imagine. In any case, tax evasion today, with the economic crisis, has once again become a topic of great interest of the greatest relevance. And if we add on the relation with organized crime, then it should be a priority theme for the international community to confront, much more so than it has done up until now. In second place, the problem of tax evasion in France is not solely with Switzerland, but with all its neighbouring countries. Thus, for example, it is not usually said, but the most important tax paradise in the world is the *City* of London. In the opinion of the expert, most money is laundered in that city. Many of the super-rich of France go to England, Belgium and Luxembourg to buy property, whether or not luxury, only to have their residence in those countries and by doing so, to facilitate tax evasion. For the same reason, the problem that France has today is not only with Switzerland, the problem is also with its other neighbouring countries, which have very important incentives so that wealthy French citizens pay their taxes, but not in France.

Prof. Ottenhoff suggested studying the situation between France and Switzerland on the basis of the emblematic agreement of Rubik. Switzerland expected that the European states would sign this convention to safeguard their banking secrecy. In the agreement, Switzerland committed itself to help European countries, imposing a set tax on the assets of their compatriots (a tax that even applies retrospectively) and, in the future, to impose a tax on behalf of each European State on its citizens equivalent to what the taxes would be in their own state. All of this would be done in exchange for keeping banking secrecy and a renouncement by European States to prosecute any EU member state citizen resident in Switzerland. Germany and England rapidly accepted the conditions. However, France did not and was basically opposed, because it had no wish to give up its search for an end to banking secrecy, moreover, because France considered that Switzerland was being perverse with this agreement, because it was only trying to break the unity of the European countries.

The expert, Balbuena began his presentation by indicating that he would basically centre on the so-called tax paradises or tax havens. He indicated that the OCDE, in 2000, considered that 38 countries were tax paradises. However, with the passage of time, these countries have entered into various agreements and have submitted themselves to certain international demands, among which greater exchange of information and transparency. In the opinion of the expert, it is essential to highlight the importance of the international context in discouraging those states from maintaining their status as a tax paradise and how incentives have encouraged them to regulations in accordance with international studies. This, in the view of the speaker, has had enormous advantages for Mexico, in particular for the relation with its neighbouring countries in the Caribbean. At an international level, it may be said that of these 38 countries named in the 2000 OECD report as tax havens, they all form part of some system of regulation and international control today such as GAFI and EGMONT, which has implied an increase in transparency, in cooperation and in prevention. The international community has pressured countries to join those bodies, has demanded that they submit to international standards that allow a better reciprocal arrangement, and, in addi-

tion, are evaluated today in accordance with those standards. But above all, it has forced an increase in the cooperation and in the exchange of financial information, essential in the fight against tax fraud and money laundering. In the case of Mexico, this has been essential, as some of the 38 countries that the OECD had the opportunity to mention were from the Caribbean: countries which up until today have experienced a strong movement of currency transfers from and out of Mexico. Likewise, the fact that none of those countries from the Caribbean are catalogued by the GAFI, as countries with serious regime failings in the prevention of money laundering, is fundamental. All these countries today have similar financial analyses, have preventive measures to detect possible cases of money laundering, protocols that oblige them to report suspect operations and, for the same reasons, they are countries with which Mexico, today, might have a daily exchange of information. It is obvious that there are still failings, difficulties and challenges in these countries, above all in compliance with public and private institutions that maintain these standards and rules on information and information protocols. But, in the opinion of the expert, the best way is to continue to trust in work and ongoing international pressure, which will continue to play a fundamental role to standardize and improve the prosecution of money laundering.

Finally, Sr. Juan Antonio Carmen Garcia indicated that tax paradises are sought out by criminal organizations because tax rates in those places are lower and because the possibilities of laundering money are higher. However, he pointed out that it was complex to simplify, because tax havens may not be associated with organized crime, because a firm could in fact quite legitimately search for a tax haven to pay fewer taxes or contributions. Confronting this, therefore, requires better investigative techniques between financial systems and better international cooperation. For example, to detect ghost firms, in other words, front firms that solely seek to justify or legitimize, without any real basis, the existence of a company in a tax paradise, and by doing so pay less tax, commit tax fraud and launder money. Along other lines, one of the questions that, in the opinion of the speaker, stands out more than others in international progress with regard to money laundering is the determined trend that may be seen today to consider tax fraud as a crime arising from money laundering. In any event, it generates new challenges for countries and the financial intelligence units that work in them, as they should improve the means of inter-institutional and inter-governmental interconnection and cooperation and, in addition, strengthen mutual cooperation between the different bodies in charge of the investigation and the punishment of these offences.

Drawing the day to a close, the **Conference** entitled "*Elements for reflection on the criminal treatment of drug trafficking*," continued, given by **Salomao Shecaira**, professor of the University of Sao Paulo.

Prof. Shecaira opened the conference, arguing that the prohibition of drugs and the fight against this crime provide States with a white card for the use of law enforcement bodies. In his opinion, that combat is employed as a justification and a cover to conduct secret operations, military incursions, and other demonstrations of police and military might, which in the light of criminal law would otherwise be different to explain under other circumstances. The academic continued his conference address, arguing that governments attribute all the problems –starting with social problems, the lack of public policy, organized crime, etc.- to the consumption of crack and heroin. Prof. Shecaira, in addition, pointed out that the behaviour of the State towards consumers and traffickers is varied: on the one hand they treat the consumer as a sick person, a marginalized person who should be treated and reinserted in society; while traffickers are treated in an inflexible way, offered no alternatives and stiffer penalties are given to them every day. The

academic, therefore, proposed not penalizing drug users, although giving the image of a reprobatory system, through some administrative penalties (for example: fines), so as not to send the user to prison centres, which could imply death for some or their possible involvement and eventual recruitment in criminal groups.

In contrast, the speaker suggested that, with the proposal to legislate on drugs, governmental agencies should establish rules for their production, distribution and commercialization; even deciding on who can consume and sell them, the places and the times of consumption. Through these measures, the aim would be to reduce drug use and the existence of illegal markets; which would mean using the budget that is spent on combating drug-trafficking and on improving health programmes. In the opinion of the speaker, the State could monopolize the market for legal drugs, if the prohibition on drug consumption were more flexible, and at the same time play a role in health promotion, so that the health of the citizen is not affected, respecting at the same time the individuality and the rights of each citizen. This might result in a reduction of punishment, and therefore a reduction in prison overcrowding. The expert explained that, as a result, the State should promote prevention instead of adopting a repressive role. Prof. Shecaira also proposed the alternative of "no criminalization" of its distribution; in this way, those people that administer drugs to whoever is capacitated to take the decision over consumption should not be sanctioned. However, those people that supply drugs to under-age children or to people with no legal capacity should be criminally sanctioned. But in this flexible system, the judge is the one that would have the task of evaluating and deciding in each case, when it is a question of an amount of drugs for consumption or for sale. However, even when a question of drug trafficking, there should be clear differences between the type of drug and the amount, the acquisitive power of the individual, etc.; for example, the same penalty should not be applied to whoever traffics kilograms rather than grams. Equally, the judge should be perfectly clear about the parameters for judging, when it is a question of possession for personal consumption, in case the quantity is below the indicated amount, no evidence to the contrary will be accepted. With this type of measure, the burden on courts will be eased, and substantial savings made in expenditure on prosecuting and combating drug trafficking. This normalization of drug consumption should take place over the long-term and involve the modification of international regulations, which are strongly biased towards a prohibitionist model.

The last day of the Congress began with a **conference** with the title "*Criminal aspects of the international financial crisis*" that had as its speakers, the academics Dr. **William Laufer**, Professor of the Wharton School, Pennsylvania University, and Dr. **Adán Nieto**, Chair of criminal law at the University of Universidad de Castilla la Mancha, who presented their speeches on the criminal liability of corporations and international economic criminal law.

Professor Laufer discussed "Corporate crimes in the United States, in the light of the legislation and the reality of its application". Beginning with the thesis of the liability of legal persons and corporations, he described the state of the art in his country through the different regulatory phases of corporate liability, highlighting the asymmetry that exists between the letter of the law and the reality of its application. He described the inefficacy both of the law as well as the state investigations that results in scarce and poor dispensation of justice, an aspect that is part of the regulatory cycle of responses that start and end with corporative scandals. The powerful influence of corporations on regulations, and on contributions to political campaigns, among other factors, determine the ambivalence in the attribution of responsibility to corporations. At the same time, he highlighted that there are still important questions on corporate liability: is it really important who the person is?

Who deserves to bear liability: the institution or its agents? Should knowledge of the illegality of the actions higher up the hierarchy be proven to attribute liability? Is there a difference in the dissuasory effect of criminal and civil liability? Does corporate guilt exist? How should prosecutors and regulators measure the impact of charges for corporate crimes on employees and other workers? Why is the full force of criminal law normally applied against small corporations and the large ones are avoided? In short, the large majority of corporate crimes remain hidden and the private sector is very well assessed to avoid the attribution of liability, preparing strategies to defend itself through regulatory frameworks.

In turn, professor Adán Nieto Martin started his conference address by proposing the need to reflect on supranational economic financial crimes and to map out international economic criminal law. In the context of the globalized world and interdependent economic states, the financial crisis has shown that illegal behaviour can affect the global financial system. The poor management of a bank in the United States can affect the global economy. Does this deserve to be taken into account in International criminal Law, still linked today to disreputable behaviour from the last war? He distinguished two categories of offences: a) supranational economic crimes. These affect fundamental interests of the international community and constitute a threat to peace, security and the wellbeing of humanity (in accordance with the Preamble of the European Criminal Policy Initiative) and b) transnational economic crimes. These are minor offences and various jurisdictions may take part in their judgment and punishment.

Today, the regulated supranational crimes are related to the horrors of the second world war, but should we include new crimes? Is an act of corruption or embezzlement different from a systematic attack by members of a government through unfaithful administration of public funds or acts that arise from catastrophes such as Chernobyl that have a serious affect on the environment? In the present world, economic regulation differs from that of Nuremberg. A new criminal economic law should be considered for the regulation of economic behaviour. Up until today, there has been no treaty between states that contemplates regulations of criminal economic law. Instead, the domestic criminal economic law of the states reproduces the regulatory norms of the stock exchange, corporations, money laundering, with a powerful influence of the regulations of the United States. In so-called "*soft law*", the code of good corporative governance and the model of the American Law Institute exercises extensive influence over the control of these behaviours, it being necessary to highlight, however, the regulatory potential of these ethical codes, as well as the disciplinary power of firms within global economic criminal law.

The Congress continued with **panel nº 11**, entitled "*Economic crimes and regulation of the economy*", in which don **Ricardo Gluyas Millán**, a researcher at INACIPE participated, along with Prof. **Juan Terradillos Basoco**, a university Chair of the University of Cadiz. They both addressed the criminal prosecution of economic crimes in Mexico and the conditioning of the global economic framework on the criminal policy of the States. The panel was presided over by the university chair Patricia Faraldo.

Prof. Ricardo Gluyas referred to the new modality of criminal investigation and prosecution of economic crimes in Mexico related to absolute monopolistic practice. He warned of the serious problem of the monopolization of the Mexican economy, where the majority of production is concentrated in a small number of firms, generating inefficiency, concentration of income, increases in the product prices and a greater situation of inequality in the population. Criminal prosecution of monopolistic practices contributes to re-establishing the variables of an economy in equilibrium and to controlling this issue of the concentration of income. He

described three types of monopolistic practices that should be sanctioned, because they undermine competition:

a. Concentrations. These are produced when the firms merge their activities, increasing their influence in the market and raising their income.

b. Absolute monopolistic practices. These consist in agreements between competitors to fix prices, production quotas for distribution on their markets with the aim of monopolizing the markets and profiting from the differential income, practices that are sanctioned *per se* for the mere fact that they have happened.

c. Relative monopolistic practices. This, in contrast, is a unilateral practice that arises between firms and consists for example in refusal to trade, boycotts, systematic sales below costs prices.

From the procedural point of view, the agreement should be struck, which is highly difficult. Although a federal law of competition exists, the economic sanctions that are established there produce no effective dissuasory influence, as high earnings permit payment of the fine without affecting economic profitability. An effort has been made to resolve this problem, through the application of economic penalties that can be as high as 10% of the firm's income. There is a mechanism for sanctioning absolute monopolistic practices, but the question of its introduction remains unresolved.

For his part, the university chair Terradillos Basoco explained, through new perspectives and proposals, how the general economic framework conditions and designs the criminal policy of the States. The process of globalization has shaped and created its own criminal policy, beyond state sovereignty. Its essential aspects highlight that the policy of the large economic powers of imposing economic policies on debtor states, with the sole and exclusive objective of their assuming responsibility for their debt, directly conditions the economic policy of the states subjected to these policies, while multinational firms can decide not only how to pay their taxes, but whether they will really pay them. The globalizing model imposes deregulation and the World Bank adheres to market fundamentalism, which can lead to a situation of anarchy, in so far as the law no long extends to the real regulation of economic aspects. It is replaced by another set of what are known as soft law norms, which are ineffective at preventing economic crimes, as they are an internal control mechanism relating to the operation of the firm. Moreover, financialization is the present-day form of globalization, which facing the decline in the rules of production and consumption, gives way to the rules of financial capital and speculation. This may be added to the deregulation process, where the state assumes limited residual functions restricted to the maintenance of the general rules of play and business activity, which notably lowers the controls.

The lack of a criminal response in this sector is due to technical reasons that complicate criminal prosecution as well as delocalization and the transnational location of decision-making centres, as well as corruption among public employees. This clearly shows that the expansion of punitive measures has only moved to other areas of harmful behaviour. Finally, he highlighted how normative expansion, a punitive legislation that jumps ahead of all guarantees, even though it has remained symbolic in the field of economic crime, has had a devastating effect on other categories of sanctionable behaviour. The flexibility of criminal guarantees pervades the system and incentivizes the creation of a criminal law of the enemy, to fight marginality and irregular immigration in an effective way.

Panel 12 then got underway, under the title "*Public and private corruption*", the speakers for which were **Eduardo Bohórquez**, President of the Steering Committee for Mexican transparency and Prof. Dr. **Luigi Foffani**, Professor of the University of Modena. The panel was chaired by don **Rafael Estrada Michel**, Director General of INACIPE

Sr. Eduardo Bohórquez began his presenta-

tion mentioning the extraordinary relevance and *synchronicity* of Congress, given the process that was being lived in Mexico and, in particular, the parliamentary debate around the creation of the National Anti-corruption Commission. In any case, the speaker indicated that there are two central aspects in this discussion which should be cleared up first of all, because both are of absolute relevance to confront the problem of corruption. In the first place, the appropriateness should be decided of enlarging corruption, when committed between private individuals, or to leave it solely in the area of public law. And in second place, it is convenient to determine whether it is necessary to establish a specific criminal definition of corruption, or to maintain the present criminal definitions which, were not specially created to combat this social problem, even though they are directly related to the reality of corruption. Moreover, he maintained that even though a degree of consensus exists over corruption as a socially degenerative process, insofar as it affects and harms democracy, the economy, trust in institutions, the economic growth of the country, etc., there is still a limited internal debate over what corruption is and, in particular, what specific acts may be understood to come under its definition. In a more profound discussion on corruption, in his opinion, is important to confront this question of the corruption between public employees, and between employees of private firms. On this last point, it is a good starting point to take into account the definition of corruption used by Transparency International. Thus, corruption is the abuse of trust placed by a body, group or by the public to obtain private gain. On this point, the expert sustained a notable difference between the approximation towards the issue of corruption that belonged to the 20th c. and that which refers to the 21st c. While in the past century, it was characterized by an almost exclusive focus on the government and its employees, as if that were the centre point of all corruption, the 21st c. approach proposes orienting it more to strengthen confidence in the market. In other words, the confidence that groups and individuals place in the proper operation of the market and, the relevant aspect is therefore to prevent that confidence from being affected, and to identify and sanction those that behave contrary to the market, regardless of whether it is a public or private body. Moreover, the speaker made a call to abandon the principle of irresponsibility in the public administration. He argued that, to do so, it is essential to identify in an accurate way the political, administrative and criminal liabilities of public authorities, whether liabilities for their own acts, or those (above all political) acts of individuals that the authorities name to perform a particular role. It is necessary for those that assume public roles to take responsibility for their actions.

With regard to the creation of the National Anticorruption Commission, which is currently under discussion in Mexico, the expert expressed

concern over establishing criteria and indicators, so that the Commission worked effectively, rather than concerning itself excessively with the profile of the people that would staff it. Likewise, he maintained that there were at least three central themes that will define the success or otherwise of this body, which are as follows:

1 From the criminal point of view, the expert indicated that the prescription of crimes of corruption should in no case be over a short period. In other words, the prescription should allow an investigation to proceed, once the individual has lost the invulnerability that is often associated with the post the individual occupies.

2 The Commission should be able to identify when a "corruption case" is relevant. In this way, the expert indicated that together with the formal channels for individuals to file reports (which should certainly be encouraged), the *de officio* start of the investigation should be incentivized when the Commission takes cognizance, by any means, of reported corruption. Thus, for exam-

ple, he mentioned comparative experience when the anti-corruption bodies open a *de officio* investigation on the basis of stories in investigative reports for the national or foreign media.

3 Satisfactory use of social expectations. The Commission should be able to use social expectations, which in this field are effectively high. In his opinion, this means delivering the message to the public that the public service in charge of the fight against corruption functions.

Following on, the Italian academic, Dr. Foffani, began his presentation highlighting that at present a true global crusade, which has only began in past decades, is underway against corruption. In his opinion, corruption constitutes one of the most paradigmatic examples of politico-criminal globalization. This, he maintained, is expressed in the very wide range of institutional initiatives, of a national, regional, international and private (NGOs) nature that participate today in the "fight against corruption". On this point, it would be worth making special mention, according to the speaker, of the work completed by the Organization of Economic Cooperation and Development (OECD), both for the regulation of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, as well as the work in which it is permanently engaged through its working groups, in the revision of compliance with the convention. One of the characteristics of this new fight against corruption is that it abandons its earlier preconceptions, which linked that struggle to a problem of public management (honour of the public employee's role, protection of state resources, etc.). In exchange, it is replaced by a much wider perspective, which envelopes everything necessary to protect trust and the operation of the markets. It is, in conclusion, a question of including corruption among true economic crimes. In the opinion of the speaker, the word of the day, at present related to corruption and to the institutions that struggle against it, is a "clean and efficient economy". That is because there is awareness of prejudicial consequences of corruption which as well as affecting the market, harms trust in public and private institutions, the development of countries and democracy itself. So, the speaker stressed the need to attend to the relation that exists between corruption and organized crime but, moreover, to do so by considering the need to protect quality and development of the democratic systems. On this last point, he stressed the importance of regulation and control over the financing of political parties, which are in general poorly regulation, even though they are of tremendous relevance in the fight against corruption.

Then, the speaker expressed some central points of this new fight against corruption.

1 A much wide politico-criminal perspective related to the problem of corruption, which sees it as damage to the economy, to democracy, to political and social stability, and not only to the smooth running of government and the protection of public funds.

2 A politico-criminal perspective that includes an increasingly broader set of norms, which may defined as part of the *global law* (insofar as they surpass exclusively national regulations and of formal international institutions) and which give importance to a wide set of (soft law) norms which, although they are not directly binding, are of enormous importance today in the fight against corruption. Likewise, the speaker mentioned the tendency to continue abandoning the restricted criteria of territoriality in the prosecution of these crimes and the tendency to pursue corruption beyond the frontiers of the country (extra-territoriality). He argued that, to do so, the advances that have taken place in the field of mutual cooperation have been decisive.

3The progressive evaporation of the difference between public and private corruption. It therefore appears unnecessary to maintain that difference, because of the way in which corruption works at present, added to the enormous dam-

age that it causes in other areas of society (beyond that which is strictly related to the smooth running of the public administration).

4 The importance of self-regulation in business has been expanded and the liability of legal persons assumes greater importance every day. All of this has served to reinforce the system of fighting against corruption.

Finally, the expert finished by mentioning the experience of the Siemens case and the fight against corruption in Italy, to give an example of how many of the characteristics of the new prosecution of corruption has had concrete results. In the Italian case, however, the speaker criticized recent anti-corruption legislation, especially the way in which the offence of *concussione* (malfeasance) was worded and, in addition, the poor regulation of corruption between individuals.

The final panel of the International Congress, **panel nº 13**, was entitled "Criminal liability of legal persons and the prevention of economic crime", in which the following participated, amongst others: the academic Dr. **Jean Pierre Matus**, Profesor de la Universidad de Chile; Dra. **Kanako Takayama**, professor of the University of Kyoto; and Dr. **Marc Engelhart**, Researcher at the Max Planck Institute, Freiburg. The panel was chaired by don Rodolfo Félix Cárdenas, a trial lawyer and member of the Mexican Academy of Sciences.

The three panellists approached the problem of the criminal liability of legal persons, both from the point of view of its benefits as a model for the attribution of liability, as well as its correct definition. The perspectives were clearly differentiated and ranged from the idea of **Kanako Takayama** that the criminal liability of companies should be abandoned in favour of the administrative liability of legal persons, to the idea that accepted this class of criminal liability, but with notable differences in their doubts over the relevance of observing a *compliance* programme for its affirmation or negation.

In his presentation, Kanako Takayama referred to the Japanese legislative experience to demonstrate that the adoption of a particular model of corporate liability may not be disassociated from the specific characteristics of the social system to which it is meant to apply. To do so, he cited the example of anti-cartel legislation in Japan, which began as the object of criminal protection that covers the criminal liability of legal persons. In his opinion, however, this type of liability is difficult to reconcile with the characteristic of the Japanese as "economic animals", in his own words. It is, more specifically, a type of liability the predictability of which falls short of the normal Japanese aspirations. What is true, in the opinion of Kanako Takayama, is that the Japanese anti-cartel criminal legislation never worked properly, showing itself to be clearly ineffective. The numbers reveal as much: to date, only ten proceedings have been opened with this criminal legislation that is already some decades old!

The Japanese legislator set out, for this reason, on an alternative route, that led to him foreseeing the administrative liability of legal persons for incompliance with anti-cartel legislation. The problem is that there is not exactly a substitution of one liability for another, but that they come to coexist simultaneously; the two being virtually applicable to the same facts in a cumulative way. This raises doubts in relation to the compatibility of this new normative reality with the principle of *ne bis in idem* and increases concerns over the pernicious effects of a possible application of criminal law in the cases in which it might make use of mechanisms for cooperation between the suspects and administrative authority, through which they collaborate with the investigation in exchange for diminished liability or none whatsoever. All of this led Kanako Takayama to defend a total withdrawal of criminal intervention, leaving anti-cartel protection reserved exclusively for administrative law penalties, which by doing so preserves the principle of the *última ratio* of criminal law and its own moral integrity.

Subsequently, the conference addresses of **Marc Engelhart** and **Jean Pierre Matus** did not exactly have the intention of questioning the admissibility of the criminal liability of legal persons, but their purpose was to debate the specific terms under which they should be compared. Both speakers lent special attention to the programmes of *compliance* and their eventual suitability to justify the exclusion or the diminishment of the criminal liability of companies.

The business environment, for **Marc Engelhart**, is particularly suitable for the commission of an offence, above all by the employees of the firm. Taking this into account, he considered that what is truly important is to define models of business organization and measures oriented towards the objective of crime prevention. In these models, the programmes of *compliance* should play a decisive role. The intention is, through these programmes, to minimize the opportunities of committing such crimes and to maximize the incentives to comply with the legal norms. In this way, *Compliance* is therefore part of a global and integrated solution on crime prevention in the business world. This solution should incorporate a punitive dimension, whether of a criminal nature or because of the administrative penalties law (*Ordungswidrigkeitenrech*t). *Compliance* essentially consists of "*regulated self-regulation*", where the State is competent to define the objectives of the *compliance* programmes, the firms having, nevertheless, the independence to determine their concrete content. *Compliance* will, in this way, have a transversal scope, being able to encompass the moments prior to the definition of the business structure and *corporate governance*, and to determine the type of penalty or punitive measure, and it might even eventually lead to the exclusion of criminal liability in the case of the effective completion of *compliance* programmes by firms.

The address by **Jean Pierre Matus** also centred, in particular, on *compliance*. Unlike Marc Engelhart, however, the speaker showed himself to be quite sceptical with regard to his capability to contribute eventual solutions to determine the criminal liability of firms, above all in the sense of the exclusion of the criminal liability of legal persons. In his opinion, the fundamental problem of corporate crime is not found at the level of the employees of the firms, but in those that occupy an executive position. However, his idea is that the management of firms exists to a great extent outside the programmes of *compliance*, and for that reason they have a very limited scope in crime prevention. His conviction is that *compliance* can in no way serve to extenuate liability when the crime has been decided and executed by the directors of the firm or even when there it may have depended on its approval, consent or deliberate oversight. In these cases, we find ourselves facing a fact that is specific to the firm, in relation to which any attenuating role of *compliance* may not be accredited. His opposition to an eventual effect of the *compliance* programme goes even further and targets the acts committed by their subordinates without the active participation or conscious omission of the directors. Consider that, just as physical persons may not claim the extinction of liability for a crime that has been perpetrated, on the basis of past good behaviour, neither can firms claim the extinction of criminal liability by pleading a supposed status of *good corporate citizen* – attested by a certificate of *compliance*, but deceived and defrauded by the offence that its employees have committed – to evade criminal liability. To do otherwise, would be to violate not only the basic criminal rules but also the general rules of accusation. Jean Pierre Matus came to the conclusion that adhesion to compliance programmes may in the future, in the best of cases, be seen as a condition for active participation in a particular sector of economic traffic. In so far as criminal law is concerned, *compliance* could only function in relation to the determination of any attenuation of the penalty and would therefore be without effect in the extinction of liability.

Finally, in the closing act of the **International Congress, International Criminal Policy in the age of the United Nations Millennium Declaration**, the **Medalla Cesare Beccaria** was then handed to the Magistrate and Academic **don Pedro R. David**, President of the Court of Cassation of Argentina, for his important academic and judicial career in the promotion and strengthening of human rights, especially in the field of international law, where he has held posts of the highest responsibility, both in international bodies and in supranational courts and tribunals. ◧

I

Relación General del Congreso Internacional. "Política Criminal Internacional en la era de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas"*

Société Internationale de Défense Sociale (SiDS). Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE)
Relator General: Prof. Dr. Francesco Viganó
Secretario General de la Société

21-23 noviembre de 2012

Los días 21, 22 y 23 de noviembre de 2012, tuvo lugar en Ciudad de México, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), el Congreso Internacional denominado "*Política Criminal Internacional en la era de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas*", correspondiente al XVI Congreso Internacional de la Société internationale de Défense Sociale (SiDS), organizado en conjunto por el SiDS y el INACIPE, con la colaboración de la Corte Suprema de la Nación, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y la Universidad Nacional Autónoma de México, así como el Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-la-Mancha y el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia y el Centro Nacionale de Prevenzione e Difesa Sociale de Milán.

---

* Con la colaboración de Ignacio Castillo Val, Doctorando becario de la Università degli Studi di Milano, miembro del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (Chile).

1 Con la especial colaboración del Relatores Generales adjuntos Ignacio Castillo Val y Beatriz García-Moreno, y los relatores de sección o panel: Ana Elisa Liberatore, Fabiola Patiño, Marcelo Castillo Monterrey, Mónica Zapico, Ana Pamela Romero Guerra, María Sierra Pacheco, Dulce Agatón, Verónica Yamamoto, Nuno Brandao.

El Congreso, que reunió a más de 40 expertos de diversos países del mundo y en el que tomaron parte más de 250 seguidores de cursos de especialista y de doctorado se destacó por la riqueza y profundidad en el análisis y la discusión sobre la evolución de la política criminal internacional, su estado actual y los desafíos globales del futuro. Dentro de los temas político criminales que se enfrentaron se pueden mencionar, entre otros: la prevención del delito, derechos humanos y la delincuencia organizada; el consejo de seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y su competencia penal; los delitos internacionales e internacionalización de su persecución y enjuiciamiento; el *Cybercrime* como ejemplo de la armonización internacional; los elementos para una reflexión sobre el tratamiento penal del tráfico y el consumo de drogas; algunos aspectos penales de la crisis financiera internacional; la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la prevención de los delitos económicos.

El Congreso se inauguró formalmente el día 21 de noviembre, mediante una ceremonia en la que participaron don Luis Arroyo Zapatero, Presidente de la Sociedad internacional de Defensa Social; don Rafael Estrada Michel, Director del Instituto Nacional de Ciencias Penales; don Sergio García Ramírez, Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; don Ulrich Sieber, Director del Instituto Max Planck; y don Alejandro Ramos Flores, Subprocurador General.

En esta ceremonia se hizo entrega solemne a la profesora Mireille Delmas-Marty del título de Doctora Honoris Causa, por su trayectoria y trabajo en el Derecho penal internacional, en la Política criminal internacional y por su incansable búsqueda de una armonización internacional del derecho penal regida por los Derechos humanos.

El primero en tomar la palabra fue don Sergio García Ramírez, quien inició su intervención expresando su gratitud por la oportunidad de acompañar a Mireille Delmas-Marty en esta ceremonia de entrega del Doctorado Honoris Causa, para luego realizar un recorrido sobre lo que ha sido su vida académica y docente, en especial de su cercanía con México. El Dr. García Ramírez destacó además que la profesora Delmas-Marty ha sido laureada ya en diversos países, por su vasta y fecunda carrera académica, y en particular por sus aportes en el ámbito de la armonización y globalización del derecho penal y procesal penal, así como en el estudio de las vías para ordenar la vida en una comunidad universal y la importancia de la protección de los derechos humanos.

Luego, hizo uso de la palabra don Alejandro Ramos Flores, Subprocurador General, quien, junto con agradecer la oportunidad de participar en la ceremonia en representación de la Procuradora General, procedió a otorgarle a la homenajeada la insignia y el diploma que le confiere el titulo de Doctora Honoris Causa.

Finalmente, la Doctora h.c. Mireille Delmas-Marty tomó la palabra agradeciendo los comentarios tan elogiosos y emotivos dedicados por Sergio García Ramirez. Comenzó su exposición destacando que el reconocimiento supone, para ella, un doble honor: por el prestigio del INACIPE, y porque México ha sido el principal referente latinoamericano en la protección de los Derechos Humanos. Delmas-Marty destacó también el rol del juez nacional y del margen nacional de apreciación para la protección de los derechos humanos en el proceso de armonización jurídica, proceso que debe hacerse siempre con los Estados y no contra ellos.

Una vez concluida la intervención de la Dra. h.c. Delmas-Marty, se procedió a la develación del retrato de Mireille Delmas-Marty en el salón principal del INACIPE, en el muro de los doctorados. Con ello, además, se dio por inaugurado formalmente el Congreso Internacional "*Política Criminal Internacional en la era de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas*".

La **primera conferencia** del Congreso se intituló "*Principales instrumentos de armonización, en espe-*

cial los Tratados y Convenciones de Naciones Unidas", y estuvo a cargo de don **Pedro R. David**, Presidente de la Corte de Casación Argentina. El profesor David comenzó su exposición destacando que el Programa de Naciones Unidas para la Prevención del Delito ha tenido una enorme evolución desde su creación, en especial porque ha sido capaz de situar la justicia por encima de la soberanía, obligando a la evolución de distintas figuras e instituciones jurídicas, como la creación de tribunales internacionales.

Prosiguió destacando el rol relevante que han tenido en esta nueva orientación internacional del fenómeno político criminal las cuatro asociaciones científicas internacionales más prestigiosas, que han otorgado un apoyo tangible al Programa de Naciones Unidas de Prevención del Delito y de Justicia Penal. La significativa colaboración de estas asociaciones se aprecia porque han aportado nuevas perspectivas sobre el fenómeno delictivo, colaborando activamente a generar conciencia que estos problemas no son sólo legales y normativos, sino que también tienen relación con los temas de la equidad social y las garantías.

Un punto de inflexión en este camino internacional, a juicio del Prof. David, lo marca el cambio del mundo bipolar a un escenario multipolar, pues aquello fuerza al reconocimiento de culturas jurídicas que funcionan paralelamente, muchas veces en recíproca contradicción. En este contexto, el Prof. David identificó, como un momento de gran vitalidad y creatividad, aquél que sucedió luego que la comunidad internacional requiriera específicamente para la creación de convenciones e instrumentos internacionales el apoyo de diversos grupos de expertos que participaron apoyando a los Estados y a las Naciones Unidas. Lamentablemente, a su juicio, esta práctica se ha ido desvaneciendo, pues los Estados han comenzado cada vez más a entregar exclusivamente a sus misiones diplomáticas las discusiones centrales sobre política criminal internacional, y los instrumentos internacionales para enfrentarla, perdiéndose así la experiencia y el conocimiento de los expertos y con ello la calidad de los instrumentos.

En otro orden de ideas, el Prof. David lamentó que los instrumentos internacionales no hayan sido transmitidos suficientemente por las Universidades en los cursos de formación de los nuevos profesionales, a quienes se les ha instruido abundantemente respecto de códigos y leyes, pero no suficientemente sobre dichos instrumentos internacionales. En su opinión, es trascendental llevar a la consciencia tanto de los estudiosos, pero también de los actores jurídicos, la importancia de la interrelación de los derechos nacionales y del derecho internacional.

Concluyó el académico su presentación destacando los nuevos desafíos político criminales, en un tiempo marcado por la globalización y la nueva era digital, que ha cambiado la estructura de participación de los países en el concierto internacional.

Una vez concluida la conferencia del Prof. David, se dio inicio al **Panel nº 1**, cuyo título fue "*Prevención del delito, derechos humanos y delincuencia organizada*", y que tenía como ponentes a don **Luis de la Barreda**, Coordinador del programa universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México, y doña **María de la Luz Lima Malvido**, Investigadora del INACIPE. Presidió el panel don **Óscar Vázquez Marín**, Magistrado del Consejo de la Judicatura Federal.

El Prof. de la Barreda inició su presentación destacando que las nuevas modalidades de la criminalidad exigen reacciones penales novedosas, las cuales deben tener como límite, invariablemente, los derechos humanos. A su juicio, debe destacarse el importante desarrollo que han tenido los derechos humanos, y en especial su proceso de universalización que ha seguido ininterrumpidamente desde 1789. Un punto de inflexión en la universalización de los derechos humanos se d con la creación de las distintas cortes internacionales: Tribunal Europeo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la

Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Tribunal Penal Internacional. Su relevancia práctica impacta, en gran medida, en que los tribunales nacionales deben acatar las resoluciones internacionales y los tribunales internacionales respetar las jurisdicciones nacionales. Además, debe asignarse especial relevancia en este proceso al principio de primacía del control de convencionalidad, que demanda, en términos sencillos, que los órganos estatales (entre ellos el judicial) deben preferir una interpretación de las normas internas orientada según la lógica de la protección de los derechos humanos, así como reconocidas en el derecho internacional. A juicio del expositor, no existe una antinomia entre seguridad pública y derechos humanos; sin embargo, en México la crisis de seguridad ha afectado principios fundamentales, sin que esta vulneración de principios fundamentales haya permitido lograr resultados realmente exitosos en el combate al crimen organizado. En otro orden de ideas, el expositor señaló que la aparición de las víctimas en el debate sobre los derechos fundamentales debe ser bienvenida, pero no aceptando que por esta vía se vulneren los derechos de los inculpados.

La Prof. Lima Malvido inició su presentación invitando a considerar el hecho relevante de que la delincuencia organizada es distinta en cada región o zona, en especial dentro de México. A su juicio, construir una justicia víctimal, a partir del crimen organizado, permite configurar distintos tipos de víctimas. A modo de ejemplo, la académica destacó la situación de los siguientes tipos de víctimas en México. A)Trata de personas. Indicó que la política criminal legislativa en esta materia es reciente, ya que antes existía una comisión intersecretarial a cargo del tema, pero faltaba una normativa penal *ad hoc*, que fue introducida recientemente con la nueva ley contra la trata de personas.

B) El fenómeno de los desplazados. A su juicio, se entiende por desplazados a las personas que no se han ido del país, pero que sin embargo se desplazaron dentro del territorio nacional, por circunstancias de fuerza mayor, violencia, discriminación etc. Este fenómeno, que hoy es de la mayor trascendencia en México, no ha sido, sin embargo, enfrentado legislativamente y continúa pendiente en la agenda mexicana.

C) Las víctimas de secuestros. La profesora Lima se lamentó que la legislación en este ámbito respondiera más bien a una situación coyuntural que a un proceso de reflexión legislativa. Así, destacó que no fue desgraciadamente hasta después de un caso relevante que se logró un cambio legislativo en el país. Con todo, a pesar de esa legislación, actualmente no existe un seguimiento y control adecuado sobre el tema de los secuestros, por errores o negligencias procesales.

D) Los migrantes. La académica destacó la relevancia de la Circular No. 001/2010 emitida por el Instituto Nacional de Migración, por la que se regula el procedimiento para la atención de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. Fundamentó que, conformemente a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los acuerdos alcanzados en la Mesa Interinstitucional de Diálogo sobre Niños, Niñas y Adolescentes No Acompañados y Mujeres Migrantes, se propuso diseñar un modelo de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados, que incluyera la creación de un cuerpo de oficiales especializados dedicados a proteger sus derechos.

E) Menores afectados por daños colaterales. Destacó el hecho que en el Estado de Chihuahua y en el Estado de Durango se han creado fondos de atención a niños y niñas hijos de víctimas.

F) Periodistas y defensores de derechos humanos. Expresó que, a pesar de las falencias y desafíos que aún subsisten sobre este tema, se ha iniciado a considerar la vulnerabilidad en que se encuentran estos actores sociales, lo cual requiere adoptar medidas positivas más enérgicas por el Estado.

La Profesora Lima concluyó su presentación afirmando que la prevención del delito ha sido ignorada en la política pública; la delincuencia orga-

nizada es un fenómeno que requiere otro tipo de respuestas y destacó que, si no se da atención a las víctimas, se genera una distancia enorme entre el mundo fáctico y el normativo.

El **panel nº 2**, denominado "*Apoyando el control del crimen. Programas y mecanismos internacionales*", tuvo como expositores a don **Rubén Quintino,** quien se refirió al "*Control del crimen y protección de las víctimas*", a don **Jan Michael Simon**, miembro del Instituto Max Planck, quien expuso sobre "*Evolución reciente del control de la lucha contra la criminalidad*", y a don **Emilio Viano**, profesor de la American University en Washington, D.C., quien se refirió a los "*Programas y mecanismos internacionales*".

El Prof. Quintino afirmó que, en el ámbito internacional, tiene que respetarse los distintos principios jurídicos respecto a la imputación, entre ellos el principio de presunción de inocencia, el principio de culpabilidad y el principio de legalidad.

Por su parte, Don Jan Simon inició su presentación destacando que los derechos humanos, la paz y el progreso social, son conceptos que se encuentran íntimamente vinculados con la lucha contra la criminalidad. Los mecanismos de poder, la corrupción, etc., son problemas internacionales que tienen génesis en problemas nacionales. Los organismos internacionales, sin embargo, pueden intervenir potenciando las instituciones nacionales de los estados miembros en sus tareas de lucha contra estos fenómenos delictuales. El nuevo paradigma supone, entonces, un apoyo de las instituciones a las diversas agencias locales. En su opinión, la inadecuada respuesta nacional tiene tres causas, a saber, la falta de gobernabilidad, de actuación y control. Frente a esa situación, los organismos internacionales pueden aumentar la capacidad y eficacia de los estados, así como respaldar grupos políticos que refuercen la lucha contra la criminalidad. Por ello, la eficacia futura girará en torno a su capacidad para alterar e influir en los estados una efectiva intervención.

Por último, el Prof. Viano realizó tanto un análisis de los programas y mecanismos internacionales, como de las posibles respuestas al fenómeno de la violencia multinacional. Partiendo de la base que el incremento de la violencia plantea un desafío a la gobernabilidad, estableció un vínculo entre violencia local y trasnacional. Al carecer los estados de recursos para abordar de forma efectiva un fenómeno de carácter trasnacional, resulta importante redireccionar la competencia de la ONU, ya que no es una competencia trasnacional, sino intergubernamental, lo que limita su eficacia. Metodológicamente, es necesario hablar más de un proyecto que de un programa, y tener una visión del tejido social para dar respuesta al problema de la violencia, ubicándolo dentro de la política social y capacitando a los actores de la necesidad de enfrentar mancomunadamente este desafío. Indicó que es imprescindible establecer una relación efectiva entre ciudadanía y policías, al igual que enfatizar la necesidad de generar un buen análisis y diagnóstico, pues todos ellos son puntos fundamentales para el logro de los objetivos de lucha contra la criminalidad.

El **panel nº 3**, cuyo título fue "*El consejo de seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y su competencia penal*", tuvo como conferencistas a los académicos Prof. **Dr. Joachim Vogel**, Profesor de la Universidad de Múnich, quien realizó una presentación sobre la "*Autorización de la intervención penal sobre territorios de Estados fallidos, gestores o encubridores del crimen organizado: El caso de la piratería somalí*", y Don **Manuel Espinoza**, Investigador Universidad de Múnich cuya conferencia se tituló "*El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y su competencia penal*".

La intervención del Prof. Vogel giró en torno a dos cuestiones principales: primero, si la criminalidad y en particular la criminalidad organizada puede significar una amenaza a la paz y seguridad, en los términos del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas; y, en segundo lugar, sobre cuá-

les serían las medidas de "intervención penal" que pueden ser tomadas bajo los artículos 41 y 42 de dicha Carta. Expuso que en la praxis del Consejo de Seguridad está establecido que un cierto fenómeno de la criminalidad puede ser calificado como amenaza a la paz y seguridad internacional, si éste es cometido de una forma suficientemente grave, extensa y/o sistemática y/o inter- o transnacional. Además, agregó, el crimen organizado trans- o internacional grave y a gran escala puede calificarse como una amenaza a la paz y seguridad internacional, si un Estado participa en éste, lo tolera o falla en la prevención y represión efectiva del mismo. El expositor nos recordó que una vez que se han cumplido los requisitos del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad decidirá qué medidas, que no impliquen el uso de la fuera, podrán usarse. Pero, también, en el caso que estas medidas puedan ser inadecuadas o hayan demostrado serlo, podrá ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria según el artículo 42 de la Carta. El Dr. Vogel expuso de las distintas consideraciones de "intervención penal" que el Consejo de Seguridad realiza, y en particular la consistente en una justicia criminal "vicarial" a cargo de los Estados que tienen la capacidad y el interés para intervenir de una forma individual o colectiva. Las oportunidades y riesgos de esta última consideración fueron ilustradas usando como ejemplo la situación en Somalia, es decir, la reacción de la comunidad internacional frente al problema de la piratería en el Golfo de Adén y el Mar Rojo, que es uno de los resultados de la prolongada guerra civil somalí y del Estado fallido. Junto a ello, repasó la legislación contra la piratería y las acciones de *enforcement* de las Naciones Unidas, de la OTAN y de la Unión Europea. De esta forma el Dr. Vogel describió el probable fracaso de la "solución de un tercer Estado de la región" (*regional third state solution*), es decir, el intento de investigar y perseguir la piratería somalí en los tribunales de Kenia, y los problemas de la "solución del Estado víctima", ejemplificados en el famoso juicio sobre piratería en los tribunales alemanes. En definitiva, el Prof. Vogel concluyó su exposición haciendo la siguiente reflexión general: "si optamos por una 'intervención penal' en virtud de crímenes internacionales cometidos en Estados fallidos, entonces surge una cuestión no solo técnica sino substancial, e incluso crucial, que es elegir un foro correcto y legítimo, ya sea de naturaleza internacional o nacional, ya sea según el lugar de la captura, de la víctima o en un tercer Estado, para ejercer la acción penal". Para el expositor, la respuesta correcta solo puede ser identificada a la luz del derecho procesal penal nacional e internacional.

Don Manuel Espinoza, por su parte, comenzó su intervención explicando cómo se ha ido desarrollando el fenómeno de la armonización en materia penal, tanto de forma horizontal —entre los Estados—, como de forma vertical —por un órgano supranacional. Señaló el expositor que el ejemplo más representativo a nivel internacional de la armonización en materia penal es el caso del financiamiento del terrorismo. Agregó que tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, de forma extremadamente veloz, los Estados comenzaron a tipificar el financiamiento del terrorismo como delito autónomo. El Prof. Espinoza expuso que este cambio legislativo, así como otras medidas encaminadas a combatir el financiamiento del terrorismo implementadas por los Estados, no son producto de Convenciones o Tratados, sino que fueron decididos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En su presentación el expositor explicó, detalladamente, cómo el Consejo de Seguridad ha impuesto medidas en materia del combate al terrorismo. Posteriormente, se centró en la Resolución 1373 (2001) mediante la cual se enfatiza —según su opinión— la función judicial y legislativa que el Consejo de Seguridad se ha atribuido. En esta ponencia se puso de relieve que en la década anterior el combate al financiamiento del terrorismo fue uno de los temas principales en la discusión internacio-

nal, y que las medidas más importantes para llevar a cabo este combate fueron producto de decisiones del Consejo de Seguridad. El congelamiento de fondos, las listas negras, las prohibiciones de viaje y de asilo y, sobre todo, la obligación de legislar de determinada forma en materia penal, fueron las respuestas del Consejo a la amenaza o el quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales en virtud del Capítulo VII de la Carta. En su exposición el ponente quiso dejar subrayado que no era costumbre del Consejo de Seguridad abordar un tema como el terrorismo en su forma general y abstracta; sino que sus Resoluciones siempre estaban dirigidas a una situación determinada y a un tiempo específico. Por lo mismo, manifestó que más allá de las obligaciones impuestas a los Estados, lo más importante desde el punto de vista político criminal es el debut del Consejo de Seguridad como órgano legislador. En este mismo sentido, agregó, se debe apreciar la Resolución 1373, que fue la primera a imponer obligaciones legislativas en materia penal a los Estados, añadiendo así un poder legislativo a sus considerables competencias ejecutivas y judiciales (en términos de poder sancionatorio). Estas facultades, auto atribuidas por el Consejo de Seguridad, representan sin embargo un gran riesgo en el futuro, configurando una competencia en materia penal casi ilimitada del mismo Consejo. Para concluir su presentación, destacó que el Consejo de Seguridad, amparándose en el Capítulo VII de la Carta y en el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, no sólo ha actuado *ultra vires* en materia de combate a la financiación del terrorismo, sino que ha puesto en entredicho los derechos fundamentales de los individuos y la imposición de normas penales a los Estados.

El **panel nº 4**, que se denominó "*Delitos internacionales e internacionalización de su persecución y enjuiciamiento*", tuvo a tres expositores, el Dr. **Javier Dondé Matute**, Investigador del INACIPE; el Dr. **Luigi Foffani**, Profesor de la Universidad de Módena, y a don **José Antonio Guevara Bermúdez**, de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Presidió el panel doña Ana Elisa Liberatore, Profesora de la Universidad de Sao Paulo (Brasil).

Don Javier Dondé inició su intervención cuestionándose acerca del concepto restringido que se maneja de los crímenes internacionales. En su opinión, la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) vino a tipificar o codificar los cuatro grandes crímenes internacionales, pero la cuestión de fondo, a su juicio, es si no se maneja un concepto demasiado restringido que impide que otro tipo de crímenes de dimensión trasnacional, como el terrorismo o el narcotráfico puedan ser perseguidos por los tribunales internacionales: ya que este tipo de crímenes quedan fuera de los delitos perseguidos por los Tribunales internacionales, como la CPI. Con estos crímenes se opta por las redes de cooperación; sin embargo, el crecimiento y tipificación internacional de estas conductas permitiría calificarlos como crímenes internacionales, y no sólo transnacionales. Según el experto, aquello que determinará la naturaleza internacional de estos delitos será si el delito tiene efectos más allá de las fronteras de comisión, como ocurre con el delito de narcotráfico o el delito de terrorismo internacional. Cuando se pasen dos o más fronteras habrá que recapacitar sobre la inclusión de este tipo de delitos para ser procesados en el ámbito internacional. El reto será cambiar algunos tratados para que las instancias internacionales puedan procesar los crímenes más graves de entre estos.

A su turno, el Prof. Foffani reflexionó acerca de los problemas de jurisdicción que afectan a determinados fenómenos delictivos, los crímenes transnacionales, que tienden a provocar un problema de competencia entre una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales. Existe, a su juicio, una extrema amplitud de reglas previstas para la aplicación de la ley penal en el espacio, y el principio de territorialidad se interpreta de una forma muy amplia, de manera que cuando una mínima parte

del delito se realice en el territorio del estado, ya se considera que puede aplicarse la ley penal nacional. Los estados amparan su pretensión punitiva a través de la expansión de las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio. Esto se traduce en el mundo internacional en el principio de justicia universal, como en el famoso caso español que permitió la persecución de Pinochet. En razón de lo anterior, el ponenteexpresó que esta expansión penal de las reglas nacionales de aplicación de la ley penal en el espacio puede dar lugar a diversos potenciales conflictos de jurisdicción, derivados de la presencia de múltiples elementos trasnacionales en los crímenes. En este sentido, indicó, no debemos olvidar que la acumulación de competencias de varios países sobre un mismo hecho puede llevar a que un mismo sujeto sea juzgado varias veces por diversos países por el mismo hecho, lo que puede conducir a la ruptura del *ne bis in idem.* A pesar de la normativa europea que pretende evitar que estos conflictos de jurisdicción se reproduzcan, lo cierto es que estos mecanismos profilácticos se han mostrado insuficientes, porque si bien prohíben el *ne bis in idem*, no prohíben la duplicidad de investigaciones paralelas sobre un mismo hecho, lo que puede dar lugar a una lucha entre estados para ver quien finaliza antes la investigación. El Prof. Foffani continuó su exposición indicando que el 30 de noviembre de 2009 se aprobó un instrumento de prevención europea de conflictos procesales, es decir una decisión marco de la UE con la que se intentó poner en marcha un mecanismo de intercambio de información entre diferentes países, potencialmente competentes, para que resuelvan la cuestión de la mejor manera posible, o para que el Eurojust pueda intervenir recomendando una solución, sin que – sin embargo – su decisión pueda imponerse a los estados. La insuficiencia de estos mecanismos evidencia que los conflictos de jurisdicción necesitan un mecanismo de regulación más eficiente. Propuso dos modelos de reforma, ambos fundados sobre el principio de territorialidad, para mejorar el sistema existente. El primer mecanismo se denomina de la jurisdicción negociada, e implica que el ordenamiento jurisdiccional se determine *ex post*, a través de una negociación entre los ordenamientos implicados o con el propio Eurojust. Con este mecanismo se pretende evitar que el imputado sea juzgado paralelamente en dos estados. A la hora de determinar cuál es el mejor Estado competente, el primer criterio sería aquel en que la parte principal de la acción o resultado haya tenido lugar. Si esto es insuficiente, los estados deberían tener en cuenta otros criterios como la alarma social, la nacionalidad de la víctima, los medios de prueba, la exigencia de protección de testigos en peligro, etc. El segundo mecanismo, en cambio, se denomina modelo de jurisdicción determinada por ley. Se trataría de un sistema seguro para determinar la competencia penal sin necesidad de negociaciones estatales, bajo estricta legalidad. Se establecería una jerarquía de criterios fundada sobre el principio de territorialidad: en principio, la competencia debería corresponder al lugar de desarrollo de la acción delictiva; si hay pluralidad de estados donde se materializa la acción, al lugar del resultado, o subsidiariamente al lugar de residencia del domicilio de imputado y al lugar donde se encuentran los medios de prueba. Finalmente, si se han afectado intereses especiales de un país, se podría derogar los criterios anteriores a favor de este país.

Don José Antonio Guevara inició su presentación sobre desapariciones forzadas en México, preguntándose si la falta de investigación interna de crímenes de naturaleza internacional permitiría que estos se investiguen por la CPI. Así, se preguntó si la acusación al ex-presidente Calderón por la comisión de crímenes de competencia de la CPI, por parte de diversas organizaciones de derechos humanos, pueda activar la jurisdicción de ese tribunal. ¿Se trató de delitos sistemáticos, requisito para que sean considerados como crímenes de lesa humanidad? ¿Se cometieron verdaderamente delitos de asesinato, tortura y desaparición forzada? Con respecto a la primera cuestión,

señaló, se debe adelantar que el Fiscal General de la CPI puede activar de oficio la jurisdicción de la Corte, y de hecho ha ejercido esta facultad *motu propio* en Kenia y Costa de Marfil. El fiscal puede hacerlo con informes que le lleguen de diferentes vías: asociaciones, periodistas, etc. Con estas premisas, todo indica que sí es posible que con la información que está llegando al fiscal, por parte de alguna organización como por ejemplo el Grupo Desapariciones Forzadas, él pueda iniciar una investigación en la que intente recabar información de las víctimas, etc. Con esta información él podría llegar a declarar la apertura de un examen preliminar. Un requisito previo a esta investigación es verificar si ha existido algún tipo de investigación interna sobre los crímenes que se han producido, sin olvidar que las indagaciones deficientes llevadas a cabo por los estados que no buscan la responsabilidad de los más altos responsables, permite igualmente al fiscal abrir una investigación. En el caso mexicano al ponente le parece evidente que no se ha investigado nada. La otra gran cuestión a analizar, en opinión del experto, es si se trató de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil para poder considerar estos hechos como crímenes internacionales. En el caso de México, se estiman entre 4.000 y 15.000 personas asesinadas; entre ellos hay 68 casos de asesinato atribuidos a agentes de la ley y 161 casos de tortura, lo que permite concluir que no se trata de hechos aislados. El Grupo de Desaparición Forzada anunció que hubo 3.000 casos de desaparición en los que no había ningún tipo de investigación.

Otro dato importante es la gravedad de los crímenes. En casos analizados de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se contabilizaron múltiples matices agravantes, a saber: a) Restricción del acceso a los lugares de comisión de estos delitos. b) Destrucción de evidencias y obstaculización de la investigación. c) Colocación de armas para hacer pasar a las víctimas por miembros de organización criminal. d) Alteración en escena de hechos. e) Indebida preservación de las pruebas y f) Alteración de la verdad respecto a las victimas

Concluyó el experto indicando que los organismos internacionales ofrecen información suficiente para ver que en México se han producido crímenes contra la humanidad, y que bajo estas evidencias se pueden investigar estos crímenes por parte del fiscal de la CPI.

Una vez concluida esta serie de paneles, se dio inicio a la **segunda conferencia** del día, denominada "*Cybercrime como ejemplo de la armonización internacional*" que estuvo a cargo del Prof. Dr. **Ulrich Sieber**, Director del Instituto Max-Planck, Friburgo.

El Prof. Dr. Sieber, inició su conferencia destacando la necesidad de que el derecho penal se adapte a los nuevos desafíos que representan la tecnología y las sociedades de la información. Para lo cual propone llevar a cabo tres pasos: 1) analizar las nuevas formas de criminalidad basadas en la informática; 2) identificar las implicaciones que ésa criminalidad tiene en el ámbito del derecho penal; y 3) elaborar propuestas de reforma para la regulación y sanción de las conductas delictivas relacionadas con la tecnología e información en el ámbito internacional.

El expositor señaló que debido a la naturaleza incorpórea de la información y de los datos, es indispensable que el derecho penal de la información replantee su ámbito de aplicación material y procesal, y promueva el derecho de la cooperación internacional.

La innovación en el ámbito material radica en el reconocimiento y la protección de nuevos bienes jurídicos específicos relacionados con la informática, tales como la integridad de sistemas computarizados, la protección de datos personales, la protección de derechos de autor, entre otros, así como la protección de bienes jurídicos clásicos contra nuevas formas de ataque. Por otro lado, se debería señalar la medida en la cual el nuevo derecho procesal penal de la información hará uso de la informática durante la investigación de cierto hecho delictivo y la obtención de pruebas a través de

dicho medio. En el ámbito internacional las acciones deben ir dirigidas en dos sentidos: 1) superar las barreras territoriales que impiden la aplicación de ciertas normas jurídicas en determinado territorio; y 2) promover la cooperación inter y supranacional a través de acuerdos internacionales que respondan a las particularidades de la delincuencia cibernética. En este sentido es importante contar con una tipificación material de la conducta perseguida que sea igual en los diferentes países. El Prof. Sieber concluyó su intervención señalando que sólo será posible el combate a este tipo de criminalidad cuando se logre la permeabilidad de las fronteras nacionales, y tanto la legislación nacional como la internacional sean armonizadas.

Una vez concluida la conferencia, se dio paso al **último panel del día**, el **número 5**, que se tituló "*La configuración de sistemas regionales o hemisféricos para la lucha contra los delitos trasnacionales*", y cuyo único interviniente fue el Lic. **Alejandro Ramos Flores**, Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de la República, quien expuso sobre "*La configuración de sistemas regionales o hemisféricos para la lucha contra los delitos trasnacionales*". Presidió el panel don **Álvaro Vizcaíno Zamora**, Profesor de la Universidad Panamericana.

El experto inició su exposición planteando la dificultad que representa para los países centroamericanos el combate y la desarticulación de la criminalidad organizada trasnacional, debido a la complejidad operativa que implica este tipo de organizaciones. Dadas esas dificultades, a juicio del experto, es necesaria la creación de un esquema que de manera hemisférica, coordinada y con estrategias operativas, en concreto, permita la eficaz desarticulación de este tipo de criminalidad. El Lic. Ramos continuó su presentación reconociendo la existencia y la importancia de organizaciones internacionales tales como AMERIPOL, CLACIP, REFCO, entre otras, que colaboran en la persecución de la delincuencia organizada. Sin embargo, señaló que estas no son suficientes para enfrentar el problema, debido a que actúan de manera desarticulada, y su función principal es la generación de información de tipo descriptivo y documental, y no operativo. Por ello, indicó, se requiere la creación de un esquema de cooperación que actúe de manera articulada y que le permita a los países participantes superar las limitaciones que representan las legislaciones nacionales, solucionando de manera trasnacional la criminalidad organizada, planificando y ejecutando acciones dirigidas a la desarticulación de sus miembros, así como su detención y procesamiento.

Como consecuencia de lo anterior, sugirió el experto, en septiembre de 2012 se aprobó el compromiso de Chapultepec, en el cual se estableció la creación de un *Esquema Hemisférico de Cooperación contra la Delincuencia Organizada Trasnacional*, basado en dos aspectos. El primero es de carácter político —a cargo de la Comisión Interamericana de Combate al Crimen Organizado Trasnacional—, cuyo principal objetivo será la homologación de la legislación y de las mejores prácticas, así como el seguimiento de las acciones en materia de políticas públicas relacionadas con el combate al crimen organizado. El segundo, en cambio, constituye una aportación relevante al tener un carácter eminentemente operativo, el cual estará a cargo del Centro Coordinador de las Américas, cuyo objetivo será la coordinación y articulación de acciones estratégicas tácticas y operativas, que puedan llevarse a cabo en tiempo real, para lo cual se contará con dos herramientas: las redes hemisféricas y los enlaces de cada estado. Finalmente el Subprocurador señaló algunos de los beneficios del Esquema Hemisférico, tales como contar con una unidad centralizada de comunicación y articulación, con una visión regional y subregional que permitirá la implementación de acciones más contundentes por parte de los países, con la realización de acciones compartidas y con la implementación de acciones conjuntas en el marco operativo.

El **segundo día** del **Congreso Internacional** continuó con el desarrollo del **panel nº 6**, cuyo título fue "*Dimensión actual del crimen organizado en el mundo y sus beneficios ilícitos*", que estuvo compuesto por don **Alfonso Verde Cuenca**, Presidente del Consejo Ciudadano de Seguridad del Estado de Nuevo León, cuya ponencia se denominó "*Análisis del informe de Naciones Unidas: Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*", y por don **Sergio Suárez Daza**, Catedrático del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Presidió el panel el Catedrático don **José Luis de la Cuesta**, Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Don Alfonso Verde inició su exposición a partir de las nuevas formas de delincuencia que, desde lo ilícito, generan bienes lícitos. Así, puso énfasis en que los negocios legales, al no poder competir con el capital de la delincuencia, con la productividad de ésta, optan por retirarse. El expositor recordó que entre los alcances de este tipo de delincuencia está la corrupción de funcionarios de alto y medio nivel. La corrupción produce una creciente sensación de inseguridad. En particular, manifestó que en cuanto a combatir el cohecho internacional, desde el punto de vista de la movilidad, los Estados se mueven de forma lenta, y por ello parece aconsejable mirar hacia la experiencia de la OECD. Según el experto, si nos ubicamos desde una amplia perspectiva, no nos enfrentamos a una criminalidad organizada, sino globalizada. Además, agregó que el fenómeno criminal latinoamericano en la actualidad no se contiene por las fronteras. Finalmente, Verde Cuenca refirió que el control de la delincuencia organizada aumenta el gasto público y genera costos sociales elevadísimos. Por lo mismo, el expositor concluyó que la participación ciudadana en la prevención del crimen es imprescindible.

Por su parte, el Catedrático Suárez Daza expuso que en cuanto al problema de la criminalidad organizada, el marco en el que nos referimos es mucho más amplio que el jurídico penal. Señaló que estas manifestaciones criminales se dan a través de organizaciones mercantiles para lograr sus objetivos económicos. Remarcó que cuando hablamos de criminalidad organizada, ésta siempre busca beneficios económicos. Finalmente, observó que el problema de la delincuencia organizada no se puede solucionar con el derecho penal. Cuando buscamos las respuestas a la delincuencia organizada en el derecho penal, estamos descartando que existan otros mecanismos alternativos. Muchas veces quienes hacen la ley no tienen claro el modelo de Estado en el que estamos. El Estado mexicano, por imperativo constitucional, es un Estado social y democrático de derecho. Suárez Daza cerró su exposición reflexionando acerca de la necesidad de buscar soluciones alternativas más holísticas, y considerando que para dar una solución a la criminalidad organizada, esta solución debe contemplar dos rubros: el sistema jurídico y la prevención.

A continuación se inició el **panel nº 7**, que se intituló "*Autoría, participación y delincuencia organizada*", y en el cual intervinieron el Prof. Dr. **Vincenzo Militello**, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Palermo; el Prof. Dr. **Raimo Lahti**, Profesor de la Universidad de Helsinki; y el Prof. Dr. **Moisés Moreno**, miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y Presidente del Centro de estudios de Política Criminal (*Cepolcrim*). Presidió el panel el Dr. **Jesús Zamora Pierce**, Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

El Prof. Militello inició su presentación pregundándose sobre los elementos conceptuales de la criminalidad organizada, así como resultan de los instrumentos de la Unión Europea en el tema. A partir de su ubicación residual y definición sólo relativa en el Tratado de Lisboa, la armonización internacional en materia de criminalidad organizada se funda en una clausula abierta, siendo necesario entonces identificar sus caracteres típicos, incluso utilizando otras fuentes, como la Convención de Palermo y otras referencias normativas que for-

man un cuadro convergente (Convención Europea de 2008 y Convención de las Naciones Unidas). De estas fuentes se desprenden algunos elementos que permiten definir la criminalidad organizada, tales como la asociación de más de 2 personas y su actividad prolongada en el tiempo; la estructuración desarrollada de esta asociación; los objetivos y beneficios obtenidos por los agentes; y la racionalización del trabajo criminal. Bajo la influencia de los sistemas del *Common Law*, se han establecido también como elementos conceptuales la comisión de más de un delito por un grupo organizado, penado con al menos 4 años, con el objetivo de obtener beneficios económicos y, en el plan subjetivo, el conocimiento por el agente acerca de la finalidad ilícita del grupo. Sin embargo, a partir de tales elementos se ha criticado la Convención Europea, la cual, aunque va más allá de la Convención de Palermo, permitiendo la punición sólo a partir de la práctica concreta de conductas ilícitas (lo que está conforme el principio de lesividad), no contiene una regulación de medidas preventivas extrapenales. En conclusión, el profesor Militello señaló que todo el aparato de lucha contra la criminalidad organizada no está adaptado para la armonización de las normas en relación con las normas penales generales, no siendo suficiente para reorientar el sistema hacia el respeto de los derechos humanos. Se están incrementando acríticamente recursos de carácter represivo, lo que acaba por destruir el sistema de garantías de los Estados de Derecho. De este modo, permanece todavía abierto el camino para valorar las opciones racionales de intervención penal, debiéndose tener en cuenta la proporcionalidad y la subsidiariedad como elementos fundamentales.

Por su parte, el Prof. Lahti inició su presentación destacando la Resolución de la AIDP de 2009, con base a la cual las nuevas formas graves de criminalidad surgidas en los últimos años requieren respuestas más efectivas, lo que supone, de otra parte, nuevos retos al Estado de Derecho y a los derechos humanos. Por eso, la lucha contra estos crímenes no puede funcionar como pretexto para la aplicación de reglas de excepción, que no estén de acuerdo con el sistema principiológico del derecho penal. A continuación el académico expuso la situación legal en Finlandia y en Dinamarca en materia de de *macro crímenes* (crimen organizado y crímenes internacionales en general). A partir de 2003, comenzó a regir un nuevo sistema penal en Finlandia, más moderno en relación con la ideología tradicional. Acerca de la complicidad, el ordenamiento finlandés sigue el modelo alemán, diferenciando autores, cómplices e instigadores, conforme a la efectiva contribución del agente al delito. La autoría mediata es de modo inédito prevista en el derecho penal. La legislación de Dinamarca va en el mismo sentido de expansión de los niveles de participación, sobre todo en materia de crimen organizado. Criticó el sistema actual finlandés, el cual, a partir de la tendencia marcadamente proactiva en materia de crimen organizado, originada por la presión internacional para la expansión de punibilidad, tiene profundas limitaciones y errores, relacionados a principios fundamentales, como el de legalidad y culpabilidad. Recalcó la ausencia de una preocupación efectiva por la prevención de estos crímenes, y por asegurar procesos justos y garantizadores de los derechos individuales. En conclusión, enfatizó la necesidad de un sistema penal más racional y de una armonización de los distintos documentos internacionales en materia de crimen organizado.

Por último, el Prof. Moisés Moreno comenzó su presentación indicando que los criterios tradicionales del Derecho penal encuentran dificultades para explicar la criminalidad organizada y las distintas formas de intervención de los agentes, sobre todo en tema de terrorismo. Así, sostuvo, se viene planteando la necesidad de buscar alternativas político-criminales que puedan ser aplicadas en las legislaciones nacionales. Como ejemplo de ello, observó el problema de la imputación, que tradicionalmente abarcaba solo las personas físicas, y actualmente

alcanza también a las personas jurídicas. Continuó preguntando qué deben hacer los países ante la influencia y las presiones internacionales. ¿Cómo lograr la armonización (incluso en Europa) de los criterios político-criminales y estrategias frente la delincuencia organizada? Se planteó, incluso, la influencia del *Common Law*, que trae una gran dificultad frente a los principios y valores de las realidades y legislación nacionales. De hecho, las manifestaciones de la delincuencia organizada son muy distintas en cada país, aún cuando haya trazos comunes que les caracterizan como delincuencia organizada. De este modo, es necesario definir cuáles son las distintas formas de intervención en esta delincuencia, que serian diferentes de las formas tradicionales de intervención en materia de delincuencia común. Ante todo eso, las cuestiones no parecen poder solucionarse a través de los criterios de la dogmatica tradicional. Concluyó indicando que en la legislación mexicana hay formulas donde se distinguen formas de autoría y participación, las cuales no solucionan las cuestiones del crimen organizado. En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se cuestionó si es posible desvincularla de la responsabilidad de las personas físicas.

Posteriormente se inició el **panel nº 8**, titulado "*Mecanismos de intervención sobre las ganancias del crimen organizado. Lavado de dinero y fraude fiscal*", en el que participaron el Dr. **Ramón García Gibson**, Investigador invitado del INACIPE; don **José Luis Nassar Daw**, Coordinador de la Comisión Penal de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados; y **Raúl González Salas Campos**, Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Presidió el panel don **Joaquín Merino**, Investigador del INACIPE.

El investigador Dr. García Gibson inició su presentación afirmando que en la actualidad hay todavía dudas sobre qué es el lavado de dinero y cómo combatirlo. De todos modos, indicó, la mejor forma de luchar contra el crimen organizado sería atacarlo financieramente. En el 2008, el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante GAFI) le recomendó a México analizar otras actividades, también susceptibles de penetración por redes de lavado de capitales, y no sólo del sector financiero. A partir de esa sugerencia se elaboró una ley federal (2010), recientemente aprobada, cubriendo también el control de esas otras actividades. De otra parte, en febrero del presente año el GAFI ha emitido 40 nuevas recomendaciones, que tienen que ser acogidas en los ordenamientos jurídicos de todos los países miembros. Así, por ejemplo, los delitos fiscales graves deben también ser considerados antecedentes para el lavado de dinero. También se demanda que exista en los ordenamientos jurídicos un enfoque fundado en el riesgo. Todas estas recomendaciones requieren una modificación de la normativa mexicana. El ponente concluyó reafirmando que el tema de la prevención es fundamental para atacar la delincuencia organizada y el lavado dinero. Y en razón de ello, la nueva ley federal mexicana, que iniciará su vigencia en julio de 2013, refleja un movimiento político muy importante en el proceso de armonización internacional.

El abogado Jose Luis Nassar, por su parte, mostrando cierta discrepancia con el ponente anterior, realizó un análisis crítico de la nueva ley federal de México en materia de lavado de capitales. A partir de la exposición del concepto básico del blanqueo de los capitales (procesamiento de las ganancias para disfrazar su procedencia ilícita, permitiendo a los delincuentes que disfruten de ellas), expuso los problemas enfrentados con frecuencia en su combate: la creatividad de los delincuentes, que utilizan cada vez menos el sistema financiero controlado. Justo por eso, las entidades vigiladas deben de hecho ser controladas, en la medida en que puedan ser utilizadas para el lavado. La cuestión más compleja, recalca el experto, dice relación con los límites de tal control. De hecho, el GAFI, como organización generadora de políticas impuestas a nivel internacional, deja de considerar los países miembros en sus diferentes realidades. Los

objetivos de la intervención jurídica en esta materia serian: 1. salvaguardar el sector público; 2. proteger el sector privado; 3. asegurar o buscar la transparencia del mercado financiero; y 4. identificar y recuperar los bienes de origen ilícito.Tal estrategia debe ser delimitada con base en la legalidad y en la transparencia jurídica, respetando los derechos humanos. Según el experto, la crítica a la ley federal mexicana se centra particularmente en que sólo hay clasificaciones por operación y tipo de operación. La preocupación, en cambio, debería ser centrada en los sujetos que se deben vigilar.

El último ponente, el Prof. González Salas concordó con el anterior experto, afirmando que cada día se tienen más proclamaciones de derechos humanos y, en la práctica, menos garantías individuales. En este sentido, la nueva ley federal de México impone obligaciones absurdas, de manera que todos sean policías de todos. Cada vez la sociedad se ve más fiscalizada, con menos libertades, lo que es preocupante. De otra parte, también el principio de *ne bis in idem* ya no existiría bajo esto sistema legal, en la medida en que se puede punir a quien disfruta del bien que el mismo ocultó y obtuve con el delito. En el mismo sentido, preocupa mucho una política europea, como en España, en que se califique también como blanqueo de capitales en concurso con delitos fiscales. En conclusión, sostuvo que aunque es difícil la marcha hacia atrás, frente a la fuerte demanda internacional, hay problemas fundamentales que deben ser considerados, tales como el principio de legalidad y la imposición de otras culturas jurídicas, a través de las presiones externas. Todo eso ocasiona inseguridad jurídica y violencia en ámbito nacional. Es preferible sentar las bases, aunque sea sobre principios antiguos, pero que sean nacionales, que aceptar las exigencias internacionales irrespectuosas del sistema jurídico local.

Luego se celebró el **panel nº 9**, sobre "*Mecanismos y problemas en la recuperación de activos*", en que participaron don **Víctor Manuel Guerra**, de la Investigación Especializada en Delitos Federales de la PGR; la Dra. **Patricia Faraldo**, Catedrática de la Universidad de La Coruña, la Dra. **Eloisa Quintero**, Investigadora del INACIPE. Presidió el panel don **Ricardo Gluyas Millán**, Investigador del INACIPE.

Comenzó el panel don Víctor Manuel Guerra, quien comenzó reflexionando sobre la problemática que implica para los Ministerios Públicos o integradores de carpetas de investigación el tiempo o la oportunidad para disponer de la recuperación de activos, en un proceso en que intervienen muchas instancias diferentes. Por lo que se recomienda que las averiguaciones financieras y penales corran de forma simultánea, y no una tras otra.

La académica Dra. Faraldo, por su parte, expresó que la intención de su exposición es presentar algunas recomendaciones para mejorar el proceso de recuperación de activos, en especial en casos que involucren el crimen organizado. Sin embargo, antes de analizar la cuestión de la recuperación de activos le parece necesario destacar el esfuerzo internacional, pero también nacional, que se ha venido realizando para criminalizar el lavado de activos. Lamentablemente esos esfuerzos fracasan cuando, pese a que se dicten sentencias condenatorias, no se produce la recuperación de activos, cuando no se materializa la confiscación y el embargo de los bienes. Y es un hecho, señaló la ponente, que a nivel internacional la recuperación de activos es sumamente baja. Antes de analizar los motivos particulares que podrían explicar la baja recuperación de activos, es necesario comprender, como antecedente previo, que existe una dificultad general de implementar y dar cumplimiento a los estándares internacionales (v.gr. las 40 + 9 recomendaciones de la GAFI, u otros documentos del *soft law*) porque ellos tienen una pretensión de interculturalidad, y en cambio cada país tiene su propia cultura, su propia realidad. Ello dificulta entonces el cumplimiento de estas recomendaciones. A juicio de la ponente, ello se debería superar si cada país mejora la focalización, en el cumplimiento de estos

estándares, desde su propia realidad local. Ahora, entrando a los obstáculos concretos en la recuperación de activos, la académica considera que ellos deben distinguirse en dos grupos, a saber:

1 Obstáculos institucionales.

a. Falta de confianza entre los propios miembros de los organismos encargados de la recuperación de activos.

b. Falta de voluntad política.

c. Falta de recursos. La falta de recursos, materiales, financieros y humanos, de personal formado y unidades integradas interdisciplinarias, abogados, contadores economistas.

2 Obstáculos del procedimiento legal de la recuperación de activos.

a. Se requiere de un procedimiento de bloqueo de capital que sea eficaz. En este contexto es necesario que se puedan congelar, por un lapso breve de tiempo, ciertos activos sin siquiera una intervención judicial.

b. Se debe fortalecer el comiso penal, pero también las respuestas que se puedan dar desde el derecho civil, como la extinción de dominio.

c. Gestión adecuada de los bienes decomisados para, en caso que se puedan perder, devaluar o de alguna manera afectar, venderlos y liquidarlos a la brevedad para mantener su valor.

Finalmente, la Dra. Faraldo concluyó su exposición preguntándose si acaso en situaciones como la de México, donde evidentemente existe una relación entre el crimen organizado y el tráfico de drogas, no sería necesario enfrentar decididamente la cuestión acerca de la legalización de la droga, como una medida más para frenar o terminar con el crimen organizado.

Finalmente, la profesora Eloisa Quintero se propuso desarrollar su exposición centrándose en la recuperación de activos, pero desde la óptica de la extinción de dominio. Para comprender esta figura la académica propone centrarse en cuatro puntos cruciales, a saber, su naturaleza jurídica, los mitos que existen sobre ella, lo que la práctica ha enseñado que funciona y lo que no y, por último, lo que serían algunas recomendaciones puntuales.

1 Naturaleza de la extinción de dominio. Lo primero que debe señalarse es que es un error sostener, como se ha hecho, que esta herramienta se debe usar sólo para luchar contra el crimen organizado. La figura de la extinción del dominio tiene una naturaleza jurídica propia. Este instrumento viene a proteger el carácter social de la propiedad (el adquirido legítimamente), y en cambio a sancionar su carácter asocial (el adquirido con el fruto de lo ilícito). Esta es la línea, en todo caso, que claramente sigue la ley modelo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

2 Mitos respecto de la extinción de dominio que se han construido y que deben desvirtuarse.

a. Se extingue la buena fe del sujeto. Se suele decir que esta herramienta extingue la buena fe de los sujetos, porque basta que no se pueda acreditar el origen lícito de un bien para considerarlo como un bien con carácter asocial. Los terceros de buena fe no pueden ser afectados por la extinción del dominio.

b. Con esta herramienta sólo vamos a ir en contra de los bienes del crimen organizado. Eso es falso, el espectro de utilización de esta medida (como lo reconoce la ley modelo, o la legislación colombiana) es mucho más amplio que solamente enfrentar el crimen organizado.

c. Falta de eficacia de la figura. Es cierto que hoy, en México, la extinción de dominio no ha sido todo lo utilizada que uno quisiera, pero existen otros países, como Colombia y Guatemala, donde su utilización ha sido mucho más profusa. En México todavía se requiere un mayor conocimiento y claridad de la figura y, sobre todo, un mayor compromiso político y gubernamental en aplicarla.

3 Qué funciona y qué no.

a. En Colombia ha funcionado la extinción de dominio principalmente porque tiene un modelo de investigación independiente, autónoma.

Si bien es cierto que en muchos casos este tipo de medidas puede tener mucha relación con un proceso de investigación penal, vincularlas estrechamente a la persecución penal podría ser perjudicial para el desarrollo y ejecución de esta herramienta.

b. La experiencia de Guatemala, en relación a la extinción de dominio, también es interesante, en particular por la forma en que actualmente se relacionan las unidades de lavado de activo y extinción de dominio, que aunque tienen cierta autonomía, ambas dependen de una misma fiscalía. Ello ha significado que su nivel de coordinación, intercambio de información y cooperación sea óptimo, facilitando la utilización de esta medida.

c. La experiencia de Colombia también nos ha enseñado qué no funciona un sistema que busca la utilización exacerbada de la extinción de dominio por sobre otras herramientas para luchar contra la delincuencia.

4 Recomendaciones puntuales.

a. Mejorar las investigaciones en el ámbito de la extinción de dominio.

b. No invertir la carga de la prueba, porque ello deslegitima la herramienta y complejiza la dinámica procesal, aumentando fuertemente las apelaciones.

c. A futuro se debería pensar en establecer una fiscalía u otro organismo independiente únicamente encargado de la extinción de dominio.

Finalmente la profesora Quintero invito a reflexionar sobre la relación entre la extinción de dominio y la responsabilidad de las personas jurídicas, pues a su juicio ese es un campo aún no explorado pero que tiene un enorme potencial.

Luego, se dio inicio al último panel del día, el nº 10 cuyo tema fue "*Paraisos fiscales y crimen organizado*", y en el cual participaron, el Dr. **Reynald Ottenhoff**, Profesor Emérito de la Universidad de Nantes; don **José Alberto Balbuena**, titular de la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; y don **Juan Antonio Carmen Garcia**, Coordinador General de la Unidad de Lavado de Activo de la PGR. Presidió e panel doña **Angélica Ortíz**, Abogada litigante.

El Prof. Reynald Ottenhoff inició su exposición señalando que el objetivo de la misma es básicamente explicar los problemas actuales que existen entre Francia y Suiza, específicamente a partir del fenómeno del fraude fiscal. Sin embargo, antes de abordar este aspecto, el Profesor indicó que era necesario mencionar dos cuestiones preliminares, que a veces se confunden. En primer lugar, que cuando se habla de fraude fiscal y crimen organizado se suele pensar que son dos cosas distintas: el fraude fiscal como una cuestión más individual (el sujeto que cruza la frontera con una maleta de billetes) y el crimen organizado como un conjunto de sujetos que se organizan para llevar a cabo una empresa criminal. Sin embargo, la realidad actual demuestra que tienen una relación mucho más estrecha que lo que uno se imagina. En todo caso, hoy en día, con la crisis económica, la evasión fiscal ha vuelto a ser un tema del mayor interés y de la mayor relevancia. Y si a eso se le suma la relación con el crimen organizado, entonces debería ser un tema prioritario para ser enfrentado por la comunidad internacional, mucho más de lo que se ha hecho hasta ahora. En segundo lugar, que el problema de la evasión fiscal en Francia no es únicamente con Suiza, sino que con todos sus países vecinos. Así, por ejemplo, no se suele decir, pero hoy el paraíso fiscal más importante del mundo es la *City* de Londres. A juicio del experto, es en esa ciudad donde se lava más dinero. Muchas de las mayores riquezas de Francia se van a Inglaterra, Bélgica y Luxemburgo a comprar bienes inmuebles, de lujo o no, sólo para tener residencia en esos países y con ello facilitar la evasión fiscal. Por lo mismo, el problema de Francia hoy día no es sólo con Suiza, el problema es también con sus otros vecinos, que tienen incentivos muy grandes para que los franceses ricos no paguen sus impuestos en Francia.

El Prof. Ottenhoff sugiere analizar la situación entre Francia y Suiza sobre la base del emblemático acuerdo de Rubik. Suiza esperaba que los estados europeos firmaran esta convención para salvaguardar su secreto bancario. En el acuerdo Suiza se comprometía a ayudar a los países europeos imponiendo a los bienes de sus connacionales un impuesto determinado (impuesto aplicado incluso para el pasado) y, para el futuro, retirar por cuenta de cada estado europeo un impuesto a sus connacionales equivalente a los que serian los impuestos en sus propios estados, todo ello a cambio de que se conservara el secreto bancario y los estados europeos renunciaran a perseguir a cualquier connacional que sea residente en Suiza. Alemania e Inglaterra aceptaron rápidamente las condiciones pero Francia no, que se opuso básicamente porque no deseaba abandonar la búsqueda del fin del secreto bancario pero, además, porque consideraba que Suiza con este convenio estaba siendo perversa, porque sólo buscaba romper la unidad de los países europeos.

El experto Balbuena inició su presentación indicando que la misma se centraría básicamente en los, así llamados, paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes. Indicó que la OCDE, en el año 2000, consideraba a 38 países como paraísos fiscales. Sin embargo, con el paso del tiempo estos países han asumido diverso acuerdos y se han sometido a ciertas exigencias internacionales, entre ellas un mayor intercambio de información y trasparencia. A juicio del experto es esencial destacar la importancia que el contexto internacional ha tenido para desincentivar a estos estados para mantener sus paraísos fiscales, y cómo ha incentivado que ellos se regulen conforme a estándares internacionales. Ello, a juicio del ponente, ha tenido enormes ventajas para México, en particular por la relación con sus países vecinos del Caribe. A nivel internacional se puede decir que de esos 38 países que el 2000 la OCDE consideraba paraísos fiscales, hoy todos son parte de algún sistema de regulación y control internacional como el GAFI y el EGMONT, lo cual ha implicado un aumento en la transparencia, en la cooperación y en la prevención. La comunidad internacional ha forzado a los países para que pertenezcan a estos organismos, les ha exigido que se sujeten a estándares internacionales que permiten un mejor trabajo reciproco, y además hoy los evalúa de acuerdo a esos estándares. Pero sobre todo, ha forzado un aumento en la cooperación y en el intercambio de información financiera, indispensable para luchar contra el fraude fiscal y el lavado de activos. En el caso de México esto ha sido esencial, pues varios de los 38 países que en su oportunidad mencionaba la OCDE eran del Caribe; países donde hasta el día de hoy existe una fuerte concentración de traspasos de divisas desde y hacia México. Por lo mismo, el hecho que hoy ninguno de esos países del Caribe esté catalogado, por el GAFI, como un país con deficiencias serias en su régimen de prevención y combate al lavado de activos, es fundamental. Todos esos países hoy tienen unidad de análisis financieros, tienen medidas preventivas para detectar posibles casos de lavado, tienen protocolos que obligan a informar operaciones sospechosas y, por lo mismo, son países con los cuales hoy México puede tener un intercambio cotidiano de información. Es obvio que aun hay deficiencias, dificultades y desafíos en estos países, sobre todo en el cumplimiento de las instituciones públicas y privadas con estos estándares, reglas y protocolos de información, pero a juicio del experto el camino correcto es seguir confiando en el trabajo y la presión internacional, que seguirá jugando un rol fundamental para homologar y mejorar la persecución al lavado de activo.

Por último, el Sr. Juan Antonio Carmen Garcia indicó que los paraísos fiscales son buscados por las organizaciones criminales porque la tributación en esos lugares es más baja y porque las posibilidades de lavar los activos es más alta. Sin embargo, indicó que era complejo simplificar, porque no se puede asociar paraísos fiscales con el crimen organizado, ya que de hecho legítimamente una empresa

podría buscar un paraíso fiscal para pagar menos impuesto o menos contribuciones. Enfrentar esto último requiere, entonces, una mejor técnica de investigación, más trasparencia entre los sistemas financieros y mejor cooperación internacional. Por ejemplo, para detectar empresas fantasmas, es decir, empresas de fachadas que únicamente buscan justificar o legitimar, sin una base real, la existencia de la compañía en un paraíso fiscal y con ello pagar menos impuestos, defraudar al fisco o lavar activos. En otro orden de ideas, una de las cuestiones que, a juicio del ponente, más deben destacarse de la evolución internacional respecto del lavado de activos, es la tendencia decidida que hoy se observa a considerar el fraude fiscal como delito predicado del lavado de activo. Ello, en todo caso, genera nuevos desafíos para los países y las unidades de inteligencia financiera que trabajan en ellos, pues deben mejorar los medios de interconexión, de cooperación interinstitucional e intergubernamental y, además, se debe fortalecer la cooperación judicial entre las distintivas entidades encargados de la investigación y sanción de estos delitos.

Para finalizar el día, se continuó con la **Conferencia**, titulada "*Elementos para una reflexión sobre el tratamiento penal en el tráfico de drogas*" dictada por **Salomao Shecaira**, profesor de la Universidad de Sao Paulo.

El Prof. Shecaira, abrió su conferencia sosteniendo que la prohibición de las drogas, y el combate a este delito, proporcionan a los Estados una carta blanca para la utilización de las fuerzas policiales. A su juicio, dicho combate es empleado como una justificación y una cobertura para realizar operaciones secretas, incursiones militares y demás demostraciones policiales y militares, las cuales a la luz del derecho penal serían difíciles de explicar en otras circunstancias. El académico continuó su conferencia sosteniendo que los gobiernos atribuyen todos los problemas –desde los sociales, la falta de política pública, la delincuencia organizada, etc.– al consumo de crack y heroína. El Prof. Shecaira, además, señaló que el comportamiento del Estado frente a consumidores y traficantes es diverso: por un lado trata al consumidor como un enfermo, un alienado que debe ser tratado y reinsertado en la sociedad; mientras que con el traficante se comporta de una forma rígida, no le ofrece alternativas y regula cada día penas más elevadas para él. El académico, luego, propuso no penalizar a los usuarios de drogas, aunque mostrando la imagen de un sistema reprobatorio, a través de alguna punición administrativa (por ejemplo: multa) para no enviar al usuario a los centros carcelarios, lo que podría significar la muerte para algunos o su posible envolvimiento y reclutamiento por parte de los grupos criminales.

En cambio, con la propuesta de la legalización de las drogas, sugiere el expositor, las agencias gubernamentales deberían establecer reglas para la producción, distribución y comercialización de estas; incluso determinar quienes pueden consumirlas y venderlas, los lugares y las horas de consumo. A través de estas medidas, lo que se buscaría sería reducir el uso de las drogas y la existencia de mercados ilegales; lo que significaría utilizar el presupuesto que se gasta en combate al narcotráfico en el mejoramiento de los programas de salud. A juicio del expositor, con la flexibilización de la prohibición del consumo de droga, el Estado podría monopolizar el mercado de las drogas legales, y al mismo tiempo ejercer un papel promotor para que la salud del ciudadano no se vea afectada, respetando paralelamente su individualidad y sus derechos, lo que podría llevar a una disminución en la punición, y por lo tanto a una reducción en la sobrepoblación carcelaria. Por ello, explica el experto, el Estado debería adoptar una posición de prevención en lugar de un papel represor. El Prof. Shecaira planeó también la alternativa de la "no penalización" de la comercialización: en esta óptica, no se debería sancionar a aquellas personas que suministran drogas a quienes tienen la capacidad de decisión en cuanto al consumo. Sin embargo, se debería sancionar pe-

nalmente a aquellos que suministran drogas a menores de edad o que carezcan de capacidad. Pero en este sistema "flexible" el juez es el que tendría la tarea de evaluar y decidir en cada caso cuando se trate de un porte de drogas para consumo o para comercio, pero incluso cuando se trate de tráfico de drogas debería existir una clara diferenciación entre el tipo de droga y la cantidad, el poder adquisitivo del sujeto, etc.; por ejemplo, no se le debería aplicar la misma pena a quien trafica con kilogramos que a quien comercializa con gramos. De igual manera el juez debería tener perfectamente claros los parámetros para juzgar cuando se trate de porte para consumo personal, por lo que si la cantidad se encuentra por debajo de la señalada, no se admitirá prueba en contrario. Con este tipo de medidas, se quitaría carga a los tribunales judiciales, y se ahorraría sustancialmente el gasto que involucra la persecución y combate del tráfico de drogas. Esta normalización del consumo de drogas debería efectuarse a largo plazo e involucrar la modificación de la normativa internacional, que está fuertemente orientada a un modelo prohibicionista.

El último día del Congreso se inició con una **conferencia** denominada "*Aspectos penales de la crisis financiera internacional*" que tuvo como ponentes a los académicos Dr. **William Laufer**, Profesor de la Wahrton School, Universidad de Pensilvania y al Dr. **Adán Nieto**, Catedrático de derecho penal de la Universidad de Castilla la Mancha, quienes presentaron sus ponencias sobre la responsabilidad penal de las corporaciones y el derecho penal económico internacional.

El Profesor Laufer disertó sobre "Los Delitos corporativos en los Estados Unidos, según la legislación y la realidad de su aplicación". Partiendo de la tesis de responsabilidad de las perdonas jurídicas o corporaciones, describió el estado del arte en su país a través de las diversas fases regulatorias de la responsabilidad de las corporaciones, destacando la asimetría existente entre el texto de la ley y la realidad de su aplicación. Describió la ineficacia tanto de la ley como de las investigaciones estatales que resulta en una escasa y deficiente distribución del servicio de justicia, fenómeno que es parte del ciclo regulatorio de respuestas que comienzan y terminan con los escándalos corporativos. La poderosa influencia de las corporaciones sobre las regulaciones, sus contribuciones a las campañas políticas, entre otros factores determinan la ambivalencia en la atribución de responsabilidad a las corporaciones. Al mismo tiempo, destacó que aún quedan importantes cuestiones no resueltas sobre la responsabilidad de las corporaciones: ¿importa realmente quién es la persona?, ¿quién merece la atribución de responsabilidad: la institución o sus agentes?, ¿el conocimiento de la ilegalidad de los actos cuán alto en la jerarquía debe acreditarse para atribuir responsabilidad?, ¿existe diferencia en el efecto disuasorio de la responsabilidad civil y la criminal?, ¿existe la culpa corporativa?, ¿cómo deben los fiscales y reguladores medir el impacto de los cargos por delitos corporativos sobre los empleados y otros subalternos?, ¿por qué normalmente se aplica el derecho penal en todo su rigor contra las pequeñas corporaciones y se desvía a las grandes? En definitiva, la gran mayoría de los delitos corporativos quedan ocultos y el sector privado está muy bien asesorado para evitar la atribución de responsabilidad, elaborando estrategias para resguardarse de los marcos regulatorios.

Por su parte, el profesor Adán Nieto Martin inició su conferencia planteando la necesidad de reflexionar sobre los delitos económicos financieros supranacionales e idear un derecho penal económico internacional. En el contexto del mundo globalizado y de economías estatales interdependientes, la crisis financiera mostró que las conductas ilícitas pueden afectar al sistema financiero global. La mala gestión de un banco en Estados Unidos puede afectar a la economía global. ¿Esto merece ser tenido en cuenta por el Derecho Penal Internacional, todavía hoy vinculado con las conductas disvaliosas

de la última posguerra? Distinguió dos categorías de delitos: a) Los delitos económicos supranacionales. Estos afectan intereses fundamentales de la comunidad internacional y constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (de acuerdo al Preámbulo del ECPI) y b) Los delitos económicos trasnacionales. Estos son delitos menores y en su juzgamiento y castigo pueden concurrir varias jurisdicciones.

Hoy en día los delitos supranacionales regulados están relacionados con los horrores de la segunda guerra mundial, pero ¿debemos incluir nuevos delitos? ¿Es distinto un acto de corrupción o malversación de un ataque sistemático por miembros del gobierno a través de la administración desleal de fondos públicos o actos que derivaron en catástrofes como Chernobil que afectan seriamente al medio ambiente? En el mundo actual, la regulación de la economía se diferencia del mundo de Nuremberg. Para la regulación de los comportamientos económicos debe considerarse que existe un nuevo derecho penal económico. Hasta hoy no hay ningún tratado entre estados que refleje normas del derecho penal económico, sino más bien que el derecho penal económico interno de los estados reproduce las normas del derecho de mercado de valores, de las corporaciones, del blanqueo, con una poderosa influencia de las regulaciones de los Estados Unidos. En el llamado "*soft law*", el código de buen gobierno corporativo y el modelo del American Law Institute ejercen una extensa influencia en el control de estos comportamientos, debiendo destacarse, sin embargo, el potencial regulador de estos códigos éticos así como del poder disciplinario de las empresas dentro de un derecho penal económico global.

El Congreso continuó con el **panel nº 11**, titulado "*Delitos económicos y regulación de la economía*", que tuvo como participantes a don **Ricardo Gluyas Millán**, investigador del INACIPE y al Prof. **Juan Terradillos Basoco**, Catedrático de la Universidad de Cadiz. Ambos expusieron sobre la persecución penal de delitos económicos en México y el condicionamiento del marco económico global sobre la política criminal de los Estados. El panel fue presidido por la Catedrática Patricia Faraldo.

El Prof. Ricardo Gluyas se refirió a la nueva modalidad de investigación y persecución penal en México de los delitos económicos relacionados con las prácticas monopólicas absolutas. Advirtió respecto del serio problema de monopolización de la economía mexicana, donde un reducido número de empresas concentran la mayoría de la producción, generando ineficiencia, concentración de los ingresos, incremento en los precios de los productos y una mayor situación de desigualdad en la población. La persecución penal de las prácticas monopólicas contribuye a restablecer las variables de la economía de equilibrio y a controlar esta problemática de concentración de las rentas. Describió tres tipos de prácticas monopólicas que deberían sancionarse, por generar deterioro de la competencia:

a. las concentraciones. Se producen cuando las empresas fusionan sus activos aumentando su poder en el mercado y elevando su renta.

b. las prácticas monopólicas absolutas. Consiste en acuerdos entre competidores para fijar precios, cuotas de producción para distribuir sus mercados con el objeto de monopolizar los mercados y obtener la renta diferencial, prácticas que se sancionan *per se* por el sólo hecho de presentarse.

c. las prácticas monopólicas relativas. Esta, en cambio, es unilateral, se da entre empresas y consiste por ejemplo en la denegación de trato, el boicot, la venta sistemática por debajo del costo.

Desde el punto de vista procesal debe acreditarse el acuerdo, lo cual es sumamente difícil. Si bien existe una ley federal de competencia, las sanciones económicas allí establecidas no producen un efecto disuasorio eficaz, pues la elevada ganancia permite restar el monto de la sanción y aún mantiene el beneficio económico. Este problema se ha

tratado de resolver con la imposición de sanciones económicas que pueden llegar hasta el 10% del ingreso de las empresas. Existe un dispositivo que permite la sanción de prácticas monopólicas absolutas, pero el problema de su implementación se encuentra pendiente.

Por su parte, el catedrático Terradillos Basoco explicó mediante nuevas perspectivas o postulados de planteamiento cómo el marco económico general condiciona y diseña la política criminal de los Estados. El proceso de globalización ha determinado y creado su propia política criminal, más allá de la soberanía de los estados. En lo esencial destacó que el fenómeno de imposición de políticas económicas por las grandes potencias económicas a los estados deudores, con el único y excluyente objetivo de hacer frente a su deuda, condiciona directamente la política económica de los estados subordinados, mientras que las empresas multinacionales pueden decidir no sólo cómo pagan sus impuestos, sino si realmente los pagarán. El modelo globalizador impone la desregulación y el Banco Mundial se adhiere al fundamentalismo del mercado, lo cual puede llevar a una situación de anarquía en la medida que el derecho no llega a la regulación real de los fenómenos económicos y es sustituido por otra normatividad determinada por el *soft law*, que por ser un control interno y de funcionalidad de la empresa, es ineficaz para prevenir delitos económicos. Por otra parte, la financiarización es la forma actual de la globalización, que importa el retroceso de las reglas de producción y consumo cediendo a las reglas del capital financiero y especulativo. Ello sumado al proceso desregulador donde el estado asume funciones residuales limitadas al mantenimiento de las reglas generales del juego y de la actividad empresarial, lo que rebaja notablemente los controles.

La falta de respuesta penal en este sector se debe tanto a razones técnicas que dificultan la persecución penal, como a la deslocalización y a la ubicación transnacional de los centros de decisión, así como a la corrupción de funcionarios públicos. Ello muestra claramente que el expansionismo punitivo sólo se ha volcado hacia otros ámbitos de conductas disvaliosas. Por último destacó que el expansionismo normativo, ese punitivismo que salta por encima de las garantías, si bien se ha quedado en lo simbólico en el ámbito de la delincuencia económica, ha tenido un efecto demoledor hacia otras categorías de conductas punibles. La flexibilización de garantías penales se infiltra en el sistema e incentiva la creación de un derecho penal del enemigo para combatir eficazmente la marginalidad y la inmigración irregular.

A continuación prosiguió el **panel 12**, titulado "*Corrupción Pública y Privada*", y que tuvo como ponentes a don **Eduardo Bohórquez**, Presidente del Consejo Rector de Transparencia Mexicana y al Prof. Dr. **Luigi Foffani**, Profesor de la Universidad de Módena. Presidió el panel, don **Rafael Estrada Michel**, Director General del INACIPE

El Sr. Eduardo Bohórquez inició su exposición mencionando la extraordinaria pertinencia y *sincronicidad* del Congreso, dado el proceso que vive actualmente México y, en particular, por la discusión parlamentaria que gira en torno a la creación de la Comisión Nacional Anticorrupción. En todo caso, el ponente indicó que en esta discusión existen dos aspectos centrales que se deben resolver previamente, porque ambos son de absoluta relevancia para enfrentar el problema de la corrupción. En primer lugar, se debe determinar la pertinencia o no de ampliar la corrupción cuando aquella se comete entre privados, o dejarla únicamente en relación con el ámbito de lo público. Y, en segundo lugar, resulta oportuno determinar si es necesario establecer un tipo penal específico de corrupción, o mantener los tipos penales actuales que, si bien se relacionan directamente con el fenómeno de la corrupción, no fueron creados específicamente para combatir este problema social. Por otra parte, sostuvo que si bien existe un cierto consenso en que la corrupción aparece como un proceso socialmente degenerativo, en cuanto afecta y lesiona la democra-

cia, la economía, la confianza en las instituciones, el crecimiento económico del país, etc., existe aún un escaso debate interno sobre qué es la corrupción y, en particular, qué actos específicos pueden comprenderse dentro de ella. Una discusión más profunda sobre la corrupción, a su juicio, resulta trascendental para enfrentar la cuestión sobre la corrupción entre funcionarios públicos y privados, y también entre privados. Sobre este último aspecto, resulta un buen punto de partida tomar en consideración la definición de corrupción utilizada por Transparencia Internacional. Así, la corrupción sería el abuso de la confianza depositada por un organismo, grupo o por el público para obtener un beneficio privado. En este punto, el experto sostuvo una marcada distinción entre la aproximación hacia el fenómeno de la corrupción propia del siglo XX y la del siglo XXI. Mientras que la del siglo pasado se caracterizaba por una mirada casi exclusiva hacia el gobierno y sus funcionarios, como si aquello fuera el eje central de la corrupción, la aproximación del siglo XXI propone orientarse más a fortalecer la confianza en el mercado, es decir la confianza que depositan los grupos e individuos en el correcto funcionamiento del mercado y, por lo tanto, lo relevante es prevenir que se afecte esa confianza, e identificar y sancionar a quienes realicen conductas contrarias al mercado, con independencia si se trata de un ente público o privado. Por otra parte, el ponente hizo un llamado a abandonar el principio de irresponsabilidad en la administración pública. Para ello, sostuvo, es indispensable identificar con precisión las responsabilidades políticas, administrativas y penales de las autoridades públicas, sean estas responsabilidades por su propios hechos, como también aquellas (sobre todo políticas) por los hechos de las personas que ellas nombraron para desempeñar un determinado cargo. Es necesario que quienes asuman los cargos públicos sean finalmente responsables por lo que hagan.

Respecto de la creación de la Comisión Nacional Anticorrupción, que actualmente se discute en México, el experto hizo un llamado a preocuparse más en establecer criterios e indicadores para medir con eficiencia la Comisión, que en preocuparse en exceso por el perfil de quienes la integrarían. Asimismo, sostuvo que existen al menos tres temas centrales que definirán el éxito o no de esta instancia, a saber:

1 Desde el punto de vista penal, el experto indicó que la prescripción de los delitos de corrupción en ningún caso debería ser de corto tiempo. En otras palabras, la prescripción debería permitir investigar una vez que el sujeto ha perdido la invulnerabilidad que muchas veces da el cago que se ostenta.

2 La Comisión debe ser capaz de identificar cuando un "caso de corrupción" es relevante. En este sentido el experto indicó que junto con los canales formales de denuncia de particulares (que por cierto deben incentivarse), debe incentivarse también el inicio *de oficio* de la investigación cuando la Comisión toma conocimiento, por cualquier medio, de una denuncia de corrupción. Así, por ejemplo, mencionó la experiencia comparada donde los organismos de investigación de corrupción muchas veces inician de oficio una investigación cuando surgen antecedentes de una investigación periodística nacional o extranjera.

3 Adecuado manejo de las expectativas sociales. La Comisión debe ser capaz de manejar las expectativas sociales, que en este ámbito son efectivamente altas. A su juicio, esto significa entregarle el mensaje a la ciudadanía de que el servicio público encargado de la lucha contra la corrupción funciona.

Por su parte, el académico italiano, el Dr. Foffani, inició su presentación destacando que actualmente se vive en el mundo una verdadera cruzada contra la corrupción, y que ella se ha iniciado solamente en las pasadas décadas. A su juicio, la corrupción constituye uno de los ejemplos más paradigmáticos de la globalización político criminal. Ello, sostuvo, se expresa en el abanico amplísimo de iniciativas institucionales, de carácter nacional, regional, internacional y privadas (ONG's) que participan hoy en la "lucha contra la corrupción". En este punto cabría

hacer una especial mención, según el ponente, al trabajo realizado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), tanto por la regulación de la Convención Contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, como por el trabajo que permanentemente viene realizando, a través de sus grupos de trabajo, en la revisión del cumplimiento de la misma. Una de las características de esta nueva lucha contra la corrupción es que abandona las anteriores concepciones de la misma, que la vinculaban a un problema de gestión pública (honorabilidad de la función pública, protección de recursos estatales, etc.) y, en cambio, la sustituye por una aproximación mucho más amplia de la misma, que engloba todo lo necesario para proteger la confianza y el funcionamiento de los mercados. Se trata, en conclusión, de comprender a la corrupción dentro de los verdaderos delitos económicos. A juicio del ponente, la palabra de orden que actualmente se relaciona con la corrupción, y con las instituciones que se relacionan con su lucha, es "economía limpia y eficiente". Ello porque existe conciencia de las consecuencias perjudiciales de la corrupción, que además de afectar el mercado, lesiona la confianza en las instituciones públicas y privadas, el desarrollo de los países y la propia democracia. Así, destacó el ponente la necesidad de atender a la relación que existe entre corrupción y delincuencia organizada, pero además de hacerlo considerando la necesidad de proteger la calidad y el desarrollo de los sistemas democráticos. En este último punto manifestó la importancia de regular y controlar el financiamiento de los partidos políticos y las campañas políticas, que en general están deficientemente reguladas, aún cuando tienen una tremenda relevancia en la lucha contra la corrupción.

Luego el ponente expresó algunos puntos centrales de esta nueva lucha contra la corrupción.

1 Una perspectiva político criminal mucho más amplia relacionada con el problema de la corrupción, que lo visualiza como un daño a la economía, a la democracia, a la estabilidad política y social, y no sólo al buen funcionamiento del gobierno y protección de los fondos públicos.

2 Una perspectiva político criminal que incluye un conjunto cada vez más amplio de normas, que pueden definirse como parte del *global law* (por cuanto exceden la regulación exclusiva nacional y de las instituciones internacionales formales) y que otorgan relevancia a un conjunto amplio de normas (*soft law*) que, aunque no tienen un carácter vinculante directo, tienen hoy una enorme trascendencia en la lucha contra la corrupción. Asimismo, expresó el ponente la tendencia a ir abandonando los criterios restringidos de territorialidad en la persecución de estos delitos y la tendencia a perseguir la corrupción más allá de las fronteras del país (extraterritorialidad). Para ello, sostuvo, ha sido trascendental el avance que ha existido en materia de cooperación judicial.

3 La progresiva vaporización de la diferencia entre corrupción pública y privada. Ello porque en el modo en que actualmente opera la corrupción, sumado al enorme daño que genera en otros ámbitos de la sociedad (más allá de lo estrictamente relacionado con el buen funcionamiento de la administración pública), parece innecesario mantener esa diferencia.

4 Se ha expandido la importancia de la autorregulación empresarial, y cada día asume mayor protagonismo la responsabilidad de las personas jurídicas. Todo ello ha servido para reforzar el sistema de lucha contra la corrupción.

Por último el experto terminó mencionado la experiencia del caso Siemens y el de la lucha contra la corrupción en Italia, para ejemplificar como muchas de las características de la nueva persecución de la corrupción han tenido resultados concretos. En el caso italiano, sin embargo, el ponente hizo una crítica a la reciente legislación en materia de corrupción, en especial a la manera en que quedó redactado el delito de *concussione* y, además, a la deficiente regulación de la corrupción entre privados.

El último panel del Congreso Internacional, el **panel nº 13**, se denominó "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y prevención de los delitos económicos", en el cual participaron el académico Dr. **Jean Pierre Matus**, Profesor de la Universidad de Chile; la Dra. **Kanako Takayama**, profesora de la Universidad de Kioto; y el Dr. **Marc Engelhart**, Investigador del Instituto Max Planck, Friburgo. Presidió el panel don Rodolfo Félix Cárdenas, abogado litigante y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias.

Los tres panelistas abordaron el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto desde el punto de vista de sus beneficios como modelo para la atribución de responsabilidad, como de su correcta definición. Las perspectivas fueron claramente diferenciadas, y van desde la idea de **Kanako Takayama** de que la responsabilidad penal de las empresas debe ser abandonada en favor de una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, hasta las ideas que admiten esta clase de responsabilidad criminal, pero con diferencias notables sobre la relevancia de la observancia de los programas de *compliance* para su afirmación o negación.

En su presentación, Kanako Takayama invocó la experiencia legislativa japonesa para demostrar que la adopción de un determinado modelo de responsabilidad corporativa no puede disociarse de las propias características del sistema social al que pretende dirigirse. Para ello, citó el ejemplo de la legislación japonesa anti-cártel, que comenzó por ser objeto de una tutela penal que abarcaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En su opinión, sin embargo, este tipo de responsabilidad resulta difícil de conciliar con la característica de los japoneses como "animales económicos", según sus propias palabras. Se trata, más específicamente, de un tipo de responsabilidad cuya previsibilidad se queda corta de las normales aspiraciones de los japoneses. Lo cierto es que, en opinión de Kanako Takayama, la legislación penal anti-cártel japonesa nunca funcionó correctamente, demostrándose claramente ineficaz. Los números dan fe de ello: ¡hasta la fecha, esta legislación penal, ya con varias décadas de historia sólo llevó a la apertura de diez procesos!

El legislador japonés se embarcó, por este motivo, en una vía alternativa, pasando a prever una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por incumplimiento de la legislación anticártel. El problema es que no había exactamente una sustitución de una responsabilidad por otra, sino que pasan a coexistir simultáneamente, siendo las dos virtualmente aplicables a los mismos hechos de forma cumulativa. Esto plantea dudas en relación a la compatibilidad de esta nueva realidad normativa con el principio *ne bis in idem* y aumenta la preocupación por los efectos perniciosos de una posible aplicación de la ley penal en los casos en que puede echar mano de mecanismos de cooperación entre los sospechosos y la autoridad administrativa, mediante los cuales aquellos colaboran con la investigación a cambio de una exclusión o atenuación de la responsabilidad. Todo ello lleva a Kanako Takayama a defender una retirada total de la intervención penal, quedando la tutela anticártel reservada exclusivamente para el derecho administrativo sancionador, preservándose de esta forma el principio de *última ratio* del derecho penal y su propia integridad moral.

Por su parte, las intervenciones **Marc Engelhart** y **Jean Pierre Matus** no tenían exactamente la intención de cuestionar la admisibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que su propósito fue discutir los términos específicos en los que deben ser equiparadas. Uno y otro prestaron especial atención a los programas de *compliance* y su eventual idoneidad para justificar la exclusión o la atenuación de la responsabilidad penal de las empresas.

Para **Marc Engelhart**, el entorno empresarial es particularmente propicio para la comisión de delitos, sobre todo por parte de los empleados de las

empresas. Teniendo esto en cuenta, considera que lo verdaderamente importante es definir los modelos de organización y actuación empresarial orientados por un objetivo de prevención de delitos. En estos modelos, los programas de *compliance* deben desempeñar un papel decisivo. Se busca, a través de ellos, minimizar las oportunidades de cometer delitos y maximizar los incentivos para cumplir con las normas legales. La *compliance* es así, por tanto, parte de una solución global e integrada en la prevención de crímenes en la esfera empresarial. Esta solución deberá incorporar una dimensión punitiva, sea de naturaleza penal o por el derecho administrativo sancionador *(Ordungswidrigkeitenrech*t). La *compliacnce* consiste esencialmente en una "autorregulación regulada" ("*regulated self-regulation*"), donde el Estado será el competente para definir los objetivos de los programas de *compliance,* teniendo, sin embargo, las empresas la autonomía para determinar su contenido concreto. La *compliance* tendrá, de esta forma, un ámbito transversal, pudiendo tanto abarcar los momentos previos de definición de la estructura empresarial y *corporate governance*, como condicionar la tipología o la medida de la sanción, como hasta eventualmente conducir a la exclusión de la responsabilidad penal en caso de efectivo cumplimiento de programas de *compliance* por parte de las empresas.

La intervención de **Jean Pierre Matus** también recayó, en particular, sobre la *compliance*. A diferencia de Marc Engelhart, sin embargo, el ponente se mostró bastante escéptico acerca de su capacidad para contribuir con eventuales soluciones para determinar la responsabilidad penal de las empresas, sobre todo en el sentido de la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En su opinión, el problema fundamental de la delincuencia empresarial no se encuentra a nivel de los empleados de las empresas, sino en aquellos que asumen en ella un cargo directivo. Sin embargo, su idea es que la gestión de las empresas vive en gran parte fuera de los programas de *compliance*, y por eso estos tienen un alcance muy limitado en la prevención del delito. Su convicción es que la *compliance* de ninguna manera puede servir como eximente de responsabilidad cuando el delito haya sido decidido y ejecutado por la dirección de la empresa o incluso cuando hay contado con su aprobación, consentimiento o ignorancia deliberada. En estos casos, nos encontramos frente a un hecho propio de la empresa, en relación al cual no puede acreditarse cualquier papel eximente a la *compliance*. Su oposición a un eventual efecto de los programa de *compliance* va todavía más allá y se dirige también a los actos cometidos por sus subordinados sin la participación activa u omisiva consciente de la dirección. Considera que, tal y como las personas físicas no pueden reclamar una exención de la responsabilidad por un crimen cometido en base a su buen comportamiento pasado, tampoco las empresas pueden reivindicar una exención de la responsabilidad penal alegando un supuesto estatuto de *good corporate citizen* – comprobado con un certificado de *compliance*, pero engañado y defraudado por el crimen cometido por sus empleados – para evadir la responsabilidad penal. Esto bajo pena de violación de las reglas básicas de imputación, no sólo penal, sino general. Jean Pierre Matus llegó a la conclusión de que la adhesión a los programas de *compliance* podrá en el futuro, en el mejor de los casos, ser visto como una condición para unirse y actuar en un determinado sector del tráfico económico y en el plano penal podrá solamente funcionar en el nivel de la determinación de la pena en el sentido de su atenuación, no teniendo por tanto virtualidad en la eliminación de la responsabilidad.

Por último, en el acto de clausura del **Congreso Internacional, Política Criminal Internacional en la era de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas**, se procedió a entregar la **Medalla Cesare Beccaria** a al Magistrado y Académico **don Pedro R. David**, Presidente de la Corte de Casación de Argentina, por su relevante trayectoria, académica

y judicial, en la promoción y fortalecimiento de los derechos humanos, en especial en el ámbito del derecho internacional, donde ha ocupado los cargos de la más alta responsabilidad, ya sea en organismos internacionales como en órganos jurisdiccionales supranacionales. ◧

Preparatory conference for the 5th World Congress against the Death penalty, Madrid, 11th June 2013

Conférence préparatoire au 5ème Congrès mondial contre la peine de mort, Madrid, 11 june 2013

Jornadas dedicadas al V Congreso mundial contra la pena de muerte, Madrid, 11 de junio de 2013

For a humanist criminal policy: against the death penalty

Luis Arroyo Zapatero

Throughout 2013, intense activity has taken place at the International Academic Network against the Death Penalty, established at the initiative of the International Society for Social Defence (ISSD) and with the support of the Asociation Internationale de Droit Penal (AIDP), to accompany the action of the International Commission against the Death Penalty (www.icomdp.org), chaired by Federico Mayor Zaragoza and including such leading figures as Robert Badinter and Ruth Dreyfus. In the first place, the V World Congress was held in Madrid in the month of June, organized by the *World Coalition against the Death Penalty*, in support of which the Academic Network organized a symposium at the Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, at which among others the problems of deterrence and the consideration of the death penalty as a cruel and inhuman punishment were studied. Hans Jörg, Albrecht, Gabrio Forti, Roger Hood, Wiliam Schabas, Sandra Babcock, Adán Nieto, Eduardo Demetrio, Rosario Vicente, Francesco Viganó, Jon Yorke, Mercedes Alonso, Salomao Shecaira, María Acale, Mercelo Aebi, Sergio García Ramírez, Luis Luís Niño, Anabela Miranda, José Luis de la Cuesta, Stefano Manacorda, Luigi Foffani and Jacobo Dopico all participated as speakers, among others. Also present at the event were the Secretary of State, Gonzalo Benito, the Deacon of the College of Lawyers of Madrid, Sonia Gumpert, and the former President of the Government of Spain, José Luis Rodríguez Zapatero.

In forthcoming weeks, a book will be published with a large number of the texts. In particular, Luigi Foffani represented the Network at an important event jointly organized by the Universidad de Padua and the International Commission, and a further one-day conference was held at the Helsinki-Spain Foundation at Madrid with the participation of Marta Muñoz de Morales.

As regards the international day against the death penalty, on 10th October, one-day conferences were organized by INACIPE in Mexico, with Rafael Estrada and Sergio García Ramírez, in Bogota, at the Universidad Externado of Colombia, with Jaime Bernal Cuellar and Paula Ramírez, and at San Juan de Puerto Rico, with events at the Universidad InterAmericana and the Universidad del Sagrado Corazón, as well as at the School of Fine Arts with the extraordinary exhibition of Antonio Martorell, an artist at the Universidad de Puerto Rico, where ten engravings were displayed on the "trappings of the death penalty" the name of which was taken from a phrase of the Spanish pop song "Pena, penita, pena".

Por una política criminal humanista: contra la pena de muerte.

Luis Arroyo Zapatero

Durante el año 2013 se ha sucedido una intensa actividad por parte de la Red Académica Internacional contra la pena de muerte, que se creó a instancia de la *SIDS* y con el apoyo de la *AIDP* yde la *SIC*, para acompañamiento de la acción de la Comisión Internacional contra la Pena de muerte (www.icomdp.org), presidida por Federico Mayor Zaragoza e integrada por personalidades como Robert Badinter o Ruth Dreyfus. En primer término ha tenido lugar en Madrid en el mes de junio el V Congreso Mundial, organizado por la *WorldCoalitionagainsttheDeath-Penalty*, para cuya promoción la Red Académica organizó un Simposio en el Real Academia de Bellas Artes de San Fernando en el que se estudió entre otros los problemas de la*deterrence* y la consideración de la pena de muerte como pena cruel e inhumana. Participaron como ponentes entre otros: Hans Jörg, Albrecht, GabrioForti, Roger Hood, WiliamSchabas, Sandra Babckok, Adán Nieto, Eduardo Demetrio, Rosario Vicente, Francesco Viganó, Jon Yorke, Mercedes Alonso, SalomaoShecaira, María Acale, MerceloAebi, Sergio García Ramírez, Luis Luís Niño, Anabela Miranda, José Luis de la Cuesta, Stefano Manacorda, Luigi Foffani y Jacobo Dopico. Con la presencia también del Secretario de Estado, Gonzalo Benito, la Decana del Colegio de Abogado de Madrid, Sonia Gumpert y el antiguo Presidente del Gobierno de España José Luis Rodríguez Zapatero.

En las próximas semanas se publicará un libro con buena parte de los textos. Precisamente, Luigi Foffani representó a la Red en un gran acto de la Universidad de Padua y de la Comisión internacional, también en la Fundación Helsinki-España en Madrid, otra Jornada con participación de Marta Muñoz de Morales.

Con relación al día internacional contra la pena de muerte, el 10 de octubre, se ha celebrado una Jornada organizada por el INACIPE en México, con Rafael Estrada y Sergio García Ramírez, en Bogotá, en la Universidad Extenado, con Jaime Bernal Cuellar y Paula Ramírez, y en San Juan de Puerto Rico, con actos en las Universidades Interamericana y del Sagrado Corazón, así como en le Escuela de Artes plásticas con una extraordinaria exposición de Antonio Martorell, artista de la Universidad de Puerto Rico, con diez estampas sobre el "mobiliario de la pena de muerte" que ha titulado con una expresión de la música popular en español "pena, penita pena". ◧

I

Concerning the death penalty abolition: a long road*

Sergio García Ramírez
President of the Mexican Academy of Criminal Science.

My beloved –as well as generous- friends, Luis Arroyo Zapatero, President of the International Society of Social Defence- and Rafael Estrada Michel, director of the National Institute of Criminal Science, have invited me to add a few lines to the Mexican edition of the opuscule *Francisco de Goya. Against the cruelty of the death penalty*. Certainly, this collective work of great excellence, hardly requires my lines. It already had, in its Spanish edition of this same year, 2013, magnificent contributors. They covered a wide horizon from various perspectives: Arroyo Zapatero, himself, in a substantial study on Goya, the cruelty of the criminal system and capital punishment; Federico Mayor Zaragoza, promoter of abolitionism, "a question of respect for human rights", José Manuel Matilla, erudite connoisseur of Goya's style in "*Caprichos, dibujos y desastres de la guerra*", and Juan Bordes, purveyor of historical interpretations on "*Los Desastres* ...", which the Spanish painter documented in depth, as a lesson for his contemporaries and his successors, until the horror abates and peace shines forth.

At the risk of interrupting the unity of the work, I offer these lines to my friends who requested them, if only to leave a record of appreciation and solidarity with the end purpose of this work: to awaken a love of life and to distance the tribulations of punitive death, now in its last hours. I learnt of the work to which I am adding my comments when I attended the Preparatory Conference for the 5th World Congress against the Death Penalty, which

* Translated from Spanish to English by Antony R. Price.

was held on June 11th, 2013, at an unsurpassable location: the Royal Academy of la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, in Madrid, with the hospitality of this illustrious corporation and at the behest of the Academic Network against the Death Penalty. A flourishing partnership between the host that opened his house, and the academics that brought their thoughts, met together and united around as just a cause as any could be[1].

The death penalty –a punitive death, therefore, by the hand of the State and in the name of the law and of justice, or what is qualified as such, in a dark conspiracy- is taking too long to die. It resists the dying of the light. It argues in its favour and perseveres in a certain number of countries. Its most convenient –and questioned- motives are retribution and exemplarity. It is true that abolitionism has taken steps forward in the battle waged against death, but it is also true that in some parts the death penalty, pursuing the fate of its victims, refuses to die. It perseveres, whether frequently, silently, or openly applied and executed, whether it retreats back to what we have called "*de facto*" abolitionism, a sort of sword of Damocles that hangs over life, although it now has no intention, no will, nor occasion to fall upon the accused for the shock –or satisfaction- of the crowd. It is in adjournment, which will perhaps –and which often does as a rule, although not invariably- culminate in the plain and simple dismantlement of the scaffold and everything that it entails, the drop of poison that contaminates the lifeblood of the criminal system, as our cherished friend Antonio Beristáin said[2].

The death penalty has been, is, and will be a major theme of criminal justice, which is, in turn, a great topic of freedom and democracy. The fundamental decisions of society and of the State –to each and everybody for their sake- pass through criminal justice, which accumulates a balance of graces and disgraces perhaps greater than that recorded in the chronicles of the crime, which criminal justice fights, so it is said, in the name of peace and reason. In the march of history that never ceases goes the legion of "deaths foretold" –as Zafforoni puts it-: those that "in a massive and standardized way cause the operational violence of the criminal system"[3]. We have lived with punitive death for thousands of years and, throughout that time, have stored up the most serious allegations against its legitimacy and utility. This ritual exercise of violence, testimony of the Weberian monopoly, -paradoxically- constitutes the most vital expression of the encounter between the Leviathan, with all its strength, and the naked man, with only his dignity as a shield, which is no small thing, but not enough to disarm the power of the public and the executioner that wields, in their name, the authority to suppress life. We are still there, fighting for moratoriums in the application of the punishment and feeding the hope that soon –so that present generations see it, with honour and satisfaction- the white flag will be raised all over the world that announces the final victory of life.

This punishment, that is found on the frontier between barbarity and civilization, has not, however, constituted the severest of sanctions devised by man. Death is the objective, the culmination, the final act of the punitive rite; but the system that approves it was dreamt up to prepare it, accompany it

1 I have referred to this matter before in articles that I retrieved for the preparation of this introduction, which are: *Itinerario de la pena*, Seminario de Cultura Mexicana, México, 1997, reprinted in *Criminalia*, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, año LXIII, num. 1, Jan-Apr 1997, pp. 179-199; in *Cuadernos de Jalisco*, Mexico, num. 1, May 1997, pp. 11-30, and in *Itinerario de la pena*, Marcos Lerner, Editora Córdoba, Argentina, 1999, pp. 31 and ff. Likewise, cfr. "Una reflexión jurídica sobre la muerte", in García Ramírez, *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, Seminario de Cultura Mexicana/Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico, 2009, pp. 201 and ff.

2 "Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea", in *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid, 1979, p. 579.

3 *Muertes anunciadas*, Ed. Temis/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 11-13.

with torment, in such a way that this would exceed the horror of death, until it made it desirable and liberating. An aggravated death penalty was fervently and profusely applied. Life had to be slowly extinguished, in the midst of the most atrocious punishments. Not for nothing did Michel Foucault open one of his revealing works with the frightening narration of the supplice of Damiens[4]: first he had to suffer; then –and only then- could he die. The "soft customs" of the old continent provide narratives of the same tenor. It was usual (to quarter the sentenced prisoner) and to fling the four quarters to the four directions of the wind-rose, often in four frontier cities of the kingdom[5]. In England, the breasts of witches "were opened and the heart taken out and thrown into the fire. All outdoors and perhaps beneath that typical English drizzle"[6]. The various etchings of Goya in the series *Los desastres de la guerra* (*Qué hai que hacer más?* and *Por qué?*) that figure in this edition bear witness to extreme cruelty, blind brutality.

In the history of –let us say- punitive benevolence, certain forms of killing were instruments of piety. According to their inventors, the guillotine, the garrotte, the hangman's noose, the electric chair, the gas chamber, and the lethal injection have served such a purpose: death is swift, without great suffering. The French doctor and deputy M. Guillotin reaffirmed before the Constituent Assembly, in a speech on January 1st, 1789, in the midst of the French Revolution, that *avec ma machine, je vous fait sauter la tete d'un clin d'oeil, et vous ne souffrez point*[7]. Excellent, sweet promise! Parliamentarians moved by the thought that one day they may parade beneath that devastating apparatus would do well to consider it; better than under the hatchet or by the sword, less sure and certain.

And on the same lines, we find the subsequent arsenal of "benevolence", to which I have just referred, although the executioner and onlookers harboured their doubts and rigorously exercised them. Hardly yesterday -1997- the media reported that a minor defect in an electric chair installed in the prison of Starke, in Florida –a chair built in 1923-, meant that the execution of Pedro L. Medina combined with a fire that unleashed a medieval *auto-de-fé* upon the executed prisoner. Note the Spanish name of the executed prisoner. Bob Butterworth, the attorney, went down in history with a sententious phrase, in more than one sense: "People who wish to commit murder better not do it in the state of Florida because we might have problems with our electric chair"[8]. And the leaders of the majority party in the local Senate, Locke Burt, did not lose the opportunity to pontificate, with absolute clarity: "death is no punishment, without suffering"[9].

Years before the gallows were enclosed, in modesty and silence, between prison walls, removed from the general view, punitive death had another traditional and deliberate feature: flagrance, a spectacular condition, a requirement for general prevention and popular entertainment, terror and festival. Lardizábal made it clear: "one of the most essential purposes of punishments (...) is the example that they give, so that they serve as a lesson for those who have not offended and so that those people abstain from doing so, and for this reason we have said that punishments should be in public"[10]. In the

4 Cfr. *Vigilar y castigar*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Ed. Siglo XXI, Mexico, 1972, pp. 11 and ff. This is a reference to Michel Foucault's Discipline.

5 Von Hentig, Hans, *La pena. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*, trad. José María Rodríguez Devesa, Espasa Calpe, Madrid, 1967, t. I, p. 373.

6 Ramos Bossini, *Procesos por brujería en la historia del derecho (Inglaterra, siglos XVI y XVII)*, Ed. Mezquita, Madrid, 1984, p. XVI.

7 Cfr. Lenotre, G., *La guillotine et les exécuteurs des arrets crimine pendant la Révolution*, Lib. Academique Perrin et Cie., Libraires-Éditeurs, Paris, 1927, p. 216.

8 "Flames erupt Turing Florida execution", *USA Today*, 26 March 1997.

9 "Despite FIRE, electric chair is defended in Florida", *The New York Times*, 27 March 1997.

10 *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Ed. Porrúa (1st. ed. facsimile), Mexico, 1982, p. 51.

etchings of Goya, included in this book, we see the public gathered together, attentive, in an expectant line around the garrotted prisoner (*Por una navaja* and *Muchos han acabado así*).

JeremíasBentham asks what a public execution is and replies with an exact and concise description: "It is a solemn tragedy that the legislator presents to the gathering of people"[11]. There are abundant narratives on the detailed, clamorous, celebration of death, in full view of the multitude called to the great drama of deprivation of life, in the midst of parades, proclamations, drum rolls, processions, death with uproar, places reserved for the more fortunate spectators, the spread of fear.

In the old practice of New Spain, "the judicial executions were done with an imposing apparatus"; the condemned prisoners marched in a column, "in front of them and behind them guards on foot and on horseback, judicial guards and many people bearing lamps with lit candles like in processions". A "great many clergy of different orders (...)" passed by "reciting prayers and religious maxims". At some point along the way, the procession met the Lord of Mercy. Once the supplice was over, the pulpit was put in place; a priest "gave a sermon on the crimes that had led those misfortunate beings to such a sad end"[12].

As with other punitive measures, the death penalty has its own personalities. If prison represents custody, the prison governor, the jailor –various names for a single mission: deprivation of freedom-, then capital punishment has a characteristic, none better is known and feared in the broad ranks of justice: the executioner –a man and a name for a single mission: deprivation of life. In the scenography of death, once the role of the judge is over and the prayers of the clergy run dry, the executioner occupies centre stage in the small square, now contested by none. All eyes fall on him and only he provokes the sighs.

There were notorious families, family lines of executioners, who passed the trade down from generation to generation, perhaps with secret pride. The executioner in the novel by Pär Lagerkvist, "enormous and impressive, with his blood-red clothes", announced to those observing him, caught up in "such a profound silence that the rhythmic sound of breathing could be heard": he exclaims: "I have been at my work since the beginning of time and the time for it to end has still not come (...) I am the one that stays, while everybody passes on"[13]. Among the executioners there were hardened professionals who fulfilled their mission to perfection: the Sanson family were like that, it is said. The beheading of the king appears in their bill of services. Alonso Ramplón of Segovia figured among the most adept executioners. Quevedo said of him that he was "an eagle at the task"[14].

When Mexico declared its independence -not an act; a long and eventful process- it retained its earlier laws and customs. Some, worn down, came from the precolonial era; others, from colonial times. And they all brought with them the retinue of death, in its dual informal and extra-official manifestation: -"extra-judicial execution", we would say now, in terms of International Human Rights Law -, and formal, official death, by the mandate of the Law and the decision of the court or tribunal. We crossed the best part of the 19th c., a tragic century, applying punishments to keep the peace of the land and the city. It appeared that death would respond to the *governance* of the new Republic, agitated on occasions by imperial abduction.

11 *Tratados de legislación civil y penal*, trad. Ramón Salas, Editora nacional, Madrid, 1981, p. 308.

12 Rivera Cambas, Manuel, *México pintoresco, artístico y monumental*, Ed. del Valle de México, 1974, t. I, p. 249.

13 *El verdugo y otros cuentos*, trad. Fausto Tezanos Pinto, Emecé Editores, 3rd reprint., Buenos Aires, 1957, pp. 52-53.

14 *Historia de la vida del Buscón llamado Don Pablos, ejemplo de vagabundos y espejo de tacaños*, Aguilar, Madrid, 7th. ed., 1974, p. 34 (Vol. I, cap. VII).12

In the flood of executions were those handed down, in lengthy paragraphs, by rigorous tribunals, as well as those solved by vindictive crowds. These deaths fell on people who were different and on dissenting voices, intolerable authorities, assailants, labourers. We recall the story of Edmundo Valadés, in which villagers requested permission from the authorities to punish the mayor, who is "a bad person"; "he causes a lot of strife and we can't abide him". Permission granted, the spokesperson from the village answered: "Thank you very much for your agreement, because as nobody pays us a blind bit of notice, the municipal president of San Juan de las Manzanas has been dead since yesterday"[15]. A variation of Fuenteovejuna in San Juan.

This was a key matter in the deliberations of the grand Constitutional Congress of 1856-1857, an assembly of distinguished liberals, cultivated men at the forefront of their time. One might suppose that the fathers of the Constitution would have regarded the death penalty with aversion and would have voted for its abolition. It was not so: in general, they saw it with aversion; but they also looked at the panorama of a country in rebellion with aversion. It was necessary to abolish the death penalty, but to do so would require an effective successor, an instrument of redemption that would respect the life of the accused and guarantee life in society. The Congress stated that the remedy, would be found, in the penitentiary system. The deaths would cease when that was in place.

Article 23 of the Constitution of 57 foresaw with great caution and discrete hopes that the penitentiary system would be established "as swiftly as possible". But no small time would pass by before the vitalistic expectations would be fulfilled. At the height of the *Porfiriato*, the work of prison reform began, for which many had waited because of the promise of the Constitutional Congress and of civilization. The latter, however, was in no rush to satisfy the good intentions of the former. On April 2, 1891, President Porfirio Díaz inaugurated the new prison in Puebla, a city that had been the scene of his military glory. And the civil government, faithful to the provisions of the Constitution, put an end on that same date to capital punishment[16].

The dictator directed his "eulogies to the public authorities that, in a solemn Municipal Edict, had declared the abolishment of the hateful death sentence in the State", said the *Periódico Oficial* [Official Bulletin] of the day. A good dispatch from the dictator, a contemporary of the 1857 Congress, although it was not as good when he opened the penitentiary of the Federal District. No abolishment of the barbarous punishment in the Federation and in the District and in Federal territories. Perhaps it would be wise to keep it in hand, prudently placed aside. However, the strategy failed to slow down the national movement in 1910. Not even the "twin sister" of the ultimate punishment curbed it, used with great ease during the dictatorship of Porfiriato Díaz: the "Ley Fuga" [Law of Flight][17].

Neither did the Revolutionary Congress of 1916-1917 move to suppress the death penalty, although it took a step down that road, reserving it for extremely serious offences, but without ordering its use in such cases. The authority to use it was left in the hands of ordinary legislators. In 1929, the criminal legislation of José Almaraz abolished capital punishment –without the approval of Almaraz himself- within the boundaries of the Federation, the District and the Territories. So it was that the formal decline of the ultimate punishment began, a prolonged decline that would take many years, up until the new century. The last State to abolish capital punishment was Sonora, in the heat of the penitentiary "romanticism" of the day, that camped out in the 19th c.

15 "La muerte tiene permiso", in Monsiváis, Carlos (selection and presentation), Lo fugitivo permanece. 20 cuentos mexicanos, Ed. Cal y Arena, 2nd. ed., 2nd. reprint., Mexico, 2002, pp. 51 and ff.

16 Cfr. my notes on these facts in García Ramírez, Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios, Ed. Porrúa, 2nd. ed., Mexico, 2002, p. 117.

17 Cfr. Turner, John Kenneth, México bárbaro, Ed. Porrúa, 3rd. ed., México, 1992, p. 122.

Today, at last, there is no death penalty in Mexican criminal legislation. On 29 June, 2005, the decree was published in the *Diario Oficial de la Federación* that repealed the death penalty in the regulation that constituted its ultimate outpost: article 142 of the Code of Military Justice. The abolitionist current prospered in the Senate of the Republic, which started the abolition of punitive death through the reform of articles 14 and 22 of the Political Constitution of the United States of Mexico, published on June 29, 2005. It may be added that Mexico, in this same plausible defeat, signed the Protocol for the Abolition of the Death Penalty, in the framework of the American Convention on Human Rights[18]. Death expired in the legal Mexican order, after a struggle lasting centuries –a titanic struggle between both sides-, as it has reached its end in the majority –the virtual majority- of all Latin American countries[19].

I will leave here my notes on capital punishment, which have only served the stated purpose of establishing my solidarity with the work that extolls Don Francisco de Goya, a narrator of life in the midst of death. It is besides natural that an artist endowed with sensitivity and profundity would have laboriously toured places of fear and desolation, and would therefore have offered testimony of death applied in response to the desire for freedom and calls for justice.

As much has certainly taken place in a broad sector of Mexican plastic arts, where there are also astounding chronicles, in the style of each school, each period, each vocation, about the crimes and the misery that creates or exploits them: oppression and injustice, forces of order and tribunals; prisons and firing squad walls; those hanged, and executed by the firing squad, suicides and vengeance. Informal and extra-official death appear in the drawings, as an instrument of oppression, and official death, avowed and documented. The precious illustrations of José Guadalupe Posada, that report in their -lucid, wounding and precise- way an era that passed alongside the verges of worn roadways, its direction heading towards the future.

In these etchings, death is the primordial actor -or actress: painful or festive death, "skull and cross bones", in the Mexican style, so detailed and radical, and death by the power of a decision, in advance of the jurisdiction to prepare the way or that fulfils the order of a tribunal: noose or firing squad. Of course, there are other testimonies in Mexican muralism –the genuine fruit of a profound revolution, from the roots- housed in public buildings that gave shelter to what in other times was called a "monumental and heroic art", called to exercise a mission of evangelization in a civil spirit. Muralism that denounced and that dreamt, with promises that we, the visitors of galleries, stairways, libraries, and museums parading dreams and sleepless moments, gaze at, in enthralment.

It is necessary to praise –and I have set myself the task in these paragraphs – the splendid calling and the disinterested labours of the Academic Network against the Death Penalty, which continues to raise the formidable flag that someday, now close by, will wave in all the squares of the world. We have come for that. We are moving towards that. We are doing so along the same road and for the same motives that Gregorio Marañon noted in 1928, and which are reproduced in the frontispiece to the Spanish edition of this militant work: it is necessary to place respect for the lives of others above all else,. And with the same certainty that Mayor Zaragoza voices: this is not a matter of criminal policy, but a question of human rights. Zaragoza: este no es un tema de política penal, sino una cuestión de derechos humanos. ◧

18 The protocol was signed on 8 June 1990. Mexico adhered on 28 June and deposited its instrument of adherence on 20 June, without formulating reservations with regard to the death penalty for very serious offences in wartime.

19 It remains in the legislation of Guatemala, although it is not applied, on account of various pronouncements by the Inter-American Court of Human Rights. Cfr. García Ramírez, "La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año XXXVIII, num. 114, September – December 2005, pp. 1021 and ff.

Francisco de Goya: against the cruelty of the penal system and the death penalty*

Luis Arroyo Zapatero
President of the International Society of Social Defense and Chair of the University of Castilla-La Mancha.

Changing times

In 1800, when Francisco de Goya unveiled the splendid portrait of the family of Charles IV before the Spanish Court, the artist had already reached full maturity and, together with the King, had already seen too much, although not everything. It is not at all easy to form an idea of what a King, whom even the ferocious critic Blanco White had described as a good person, would have made of such terrible events beyond his frontiers to which he had been a witness and that had dragged him into war, defeats and a profound social and economic crisis. The first thing was the North-American War of Independence against Great Britain and its own King and the proclamation of a Republican Constitution with civil rights, which in all probability unlocked the destiny of Spanish America. Later, the pronouncement of the États Généraux in 1788, turned into a torrent that swept everything away and provoked the storming of the Bastille, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, the subjugation of the clergy to civil powers, and the radical separation of Church and State, the dethronement of his cousin the King of France, and even the public execution of both King and Queen, in 1793. In effect, it is not easy to form an idea of what the establishment on the other side of the Pyrenees might have represented for the ruling classes of Spain at the end of the century, which was a political system

* Translated from Spanish to English by Antony R. Price.

that had buried the dominion of the Church and the idea of God and cut off the heads of its temporal representatives on Earth, who up until then had exercised unconditional power of every sort.

Charles IV could not ignore the calls from the other absolute monarchies of Europe to stamp out the revolution, which led him to a general war along the northern and southern boundaries of the Pyrenees; a campaign that, from an initial small-scale victory in Rousillon, was turned into a full-blown retreat, because of a shortage of resources to supply the army.

The whole government had been left in the hands of a young officer of the royal guard, whose leadership was questioned from the start by the displaced nobility. Later on, when claiming essential resources for the civil treasury and the war chest, he laid his hands on the assets of the Church, he was vilified from the pulpit. But for the meanwhile, Godoy was to turn defeat into a virtue and make peace with France, which earned him the royal title of Prince of Peace. However, he immediately returned to a war footing against England, continuing the policy of family pacts amongst the Bourbons. Only five years after finishing the portrait of the Royal family, this confrontation led to the loss of the French and Spanish fleets at Trafalgar and with it, an end to dominion over the seas and secure commercial trade with the Americas for that empire over which the sun was yet to set[1].

Almost at the same time, Napoleon culminated the political revolution in France with its social revolution that consecrated his major work, the Civil Code[2], and he had himself crowned Emperor.

But, as if such sizeable political, military and economic disasters were not enough to occupy the kingdom, an internal political crisis of the first order fell upon the King from the Pyrenees. The Prince of Asturias, his own son, plotted with Napoleon against his father and against Godoy, in the so-called Escorial Conspiracy, when the country was already occupied by the French army, with the reason and the pretext of the war with Portugal. The catastrophe was unleashed and the events unfolded at a distinctly modern vertiginous speed, when Charles IV and Godoy took off for Seville prompted by their fears of falling prisoner to Napoleon, thinking perhaps of following the example of the Kings of Portugal and embarking on the next ship to America. The party of the Prince of Asturias instigated a mutiny among the royal guard in Aranjuez and the people took over the streets, the Palace of Godoy, and captured Godoy himself. To save Godoy and perhaps himself as well, Charles IV abdicated in favour of Ferdinand, who was proclaimed King on 19th March. Immediately, the King's father, mother, and Godoy were called to Bayonne, where Ferdinand was also soon to travel, and in a few days Napoleon forced the son to return the crown to the father, who in turn handed it over to Napoleon, who in no time at all had his brother, Joseph, crowned King of Spain and of the Indies. On the second of May, the people of Madrid prevented the two remaining members of the Royal family from travelling north and revolted against the invaders[3]. They were immolated in the charge of the Mamluks and

1 A good summary of the portentous accumulation between the end of the century and 1808 may be seen in Feliciano Barrios Pintado, España 1808. El gobierno de la Monarquía. Real Academia de las Historia, Madrid 2008.

Fontana J., *La quiebra de la monarquía absoluta 1814-1820.* Ariel, Barcelona, 1971.

Ruíz Torres P., *Reformismo e Inquisición.* Vol. 5, of *La Historia de España,* Fontana y Villares, Barcelona, 2008.

Para Godoy v. La Parra M., *La aventura del poder.* Tusquets, Barcelona, 2002

2 Badinter R., *"Le plus grand bien…"*. Fayard, Paris, 2004, Spanish version in Anuario de Derecho Civil 2004.

3 On the whole affair in Bayonne and on the erroneous beliefs of Napoleon regarding an easy solution to the Spanish question, the memoirs of Napoleon are of great interest and their recreation by Max Gallo, *Napoleón.* vol. III, Laffont, París 1977, p. 218 and ff.

after May 2nd came the executions by firing squad of May 3rd, which sparked a long war of independence that would also be a civil war[4]. In other words, with many more disasters than a war.

When Goya illustrated "*Los desastres de la guerra* [The disasters of war]" he was already a mature man, a distinguished painter of Kings, Princes and the whole Court. He was, like his friends, sceptical with regard to the monarchy and liberal with regard to the government and society. His acute deafness had soured his character and during the war, except for the trip to Zaragoza, he became a recluse in his studio in Madrid.

Goya had come to occupy the venerable post of court painter by 1789 and had established a circle of relations in which open and illustrated thought predominated. As well as nobles and bull-fighters, he painted the portraits of politicians and men of letters with whom he had close relations: Juan Meléndez Valdés, Gaspar Melchor de Jovellanos, Juan Antonio Lorente, and Leandro Fernández de Moratín. The last decade of the century was the "*primavera ilustrada*" [englightened Spring], a time in which many still thought that Godoy could reform the country, all the more so after he had entrusted the government to Jovellanos. One was to fall with the other, but in the meantime, it was precisely in those years that Goya began the works that expressed his critical thought on social and political themes, throughout a large part of the preparation of 'Los Caprichos'[5].

'Los Caprichos' is a work that criticizes and censures customs, superstition in religious life, and the abusive exploitation by the clergy and the Church of the people, especially the peasantry. It mocks alienation and witches carrying people away and those that believed in them and the ignorance of many clerics and professionals, machismo and the subjection of women[6]. Goya was at that time a witness to at least one execution in the main square of Madrid of the perpetrators of the famous "*crimen del castillo* [crime of the castle]", the scenes of which he represented in small pictures that form part of the collection of the Marquis of Romana. Crime was then, as it is today, front-line news[7].

His first picture of a garrotting, nevertheless, dates back to an earlier point in time, in 1778; a drawing and etching in which Goya captured the brutal form of death[8] that he would portray more widely in the "*Los desastres de la guerra* [The disasters of war]", which he started in 1810. The etching probably reflects the executions in Cordoba of a well-known bandit at the time, "*El puñal*", which he may have personally witnessed on his journey from Sanlúcar to Zaragoza, as León Feuchtwanger liked to imagine[9].

Goya was not an intellectual in the strictest sense of the word, as he did not dedicate himself to study and to reflection on the social and political questions of his time. He is without a doubt though, in the sense of the enlightened artist[10], inspired by the ideas of the Enlightenment that reached from the cultivated social class for which he worked and with which he had relations and on occasions friendship. His work reflects the enlightened ideas on the most relevant questions of his time and on the greatest

4 Artola M., *La guerra de la Independencia.* Espasa – Calpe, Madrid, 2007.

5 Valeriano Bozal, *Francisco de Goya. Vida y obra.* Volume 1. Tf editors, Madrid, 2005, p. 100 and ff.

6 Iglesias C., *Las mujeres españolas de finales del siglo XVIII.* En *Goya. La imagen de la mujer,* p. 52-83. Museo Nacional del Prado, Madrid, 2002. Edem loc. Tomlison J. A., *Imágenes de mujeres en las estampas y dibujos de Goya.* pp. 84-101.

7 El crimen del Castillo. Wilson-Bareau J. En Mena Marqués M. B., *Goya. El capricho y la invención.* El Prado Museum, Madrid, 1994, p. 272.

8 McDonald M. P., *El trazo español en el British Museum. Dibujos del Renacimiento a Goya.* Museo Nacional del Prado, Madrid, 2013. p. 204.

9 Feuchtwanger L., *Goya.* Edaf, Madrid, 1994.

10 De Montebello P., Pérez Sánchez A., Shestack A., *Goya y el espíritu de la Ilustración.* Museo del Prado, Madrid, 1988. Todorov T., *Goya. A la sombra de las Luces.* Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2011.

civilizing treasure of the Enlightenment: its debate and criticism of arbitrary definitions of crimes, the cruelty of punishments and the way justice was meted out by the *Ancienne Régime*. As is well known, everything had been masterfully summed up by a qualified member of the group in Milan led by the brothers Verri, Cesare de Bonesana, Marquis of Beccaria, in their little book "*De los delitos y la penas* [Of crimes and punishments]" published in 1764, with no mention of the name of the author to avoid encounters with the Inquisition that would inevitably happen in the end in Italy and in Spain[11].

The translation into Spanish was by Juan Antonio de la Casas, perhaps also a face-saving pseudonym. The president and the Royal Council scrutinized it and authorized it, even though they recommended the inclusion of an apology to say that it was nothing more than a "work of philosophy" that made its speculations on the basis of the ideas that inspire humanity, with no disrespect for the law, which the translator complemented with a specific declaration of respect "for the judgement of our holy mother Church". But the argument was to no avail, because the Inquisition issued an edict that prohibited the book *in totum* in Spain, as well as in its original language, because it was "a capricious, dense work and inducing an almost absolute impunity and a work that promotes tolerationism". It even refused to authorize a version that was expurgated of errors: "as the propositions deserving of censure are scattered throughout the book and in second place because to *reprove all capital punishment and to divulge that other sentences are more deserving punishments (....) is to calumniate against the conduct of God, who established it so in the old Testament of which He is the Author"*. Moreover, because the system of entering into pacts and the right to punish corresponds to the provisions established by the laws of Parliament "it [the translation] is directed at making the Sovereigns absolutely dependent on the authority of their vassals. Finally, "because of the satirical tone with which it speaks of the procedures of the Holy Office, even though *it is not named"*[12]. All in all, better than anyone else, the Grand inquisitor tells us more about the work of Beccaria and the thoughts of the members of the Academy of History and Royal Council; in other words, it is the majority *opinio iuris* of that time.

This was the intellectual backdrop to Goya's life: it should be the laws and not the reasoning of Sovereigns and Judges that establish crimes and punishments, they should be proportional and free from unnecessary cruelty, the punishments should affect only those that commit the crimes and not their families, torture should have no place in criminal proceedings, as well as secret accusations and presumptions of guilt. And some thought, like Becarria, about the death penalty that it should be reserved for very exceptional cases of serious peril to the motherland and others that are only applied for the most serious offences and in such a way and manner that they exclude unnecessary suffering and torture. All of this is masterfully presented by Francisco Tomás y Valiente in his *Derecho penal de la Monarquía absoluta* [Criminal Law under absolute monarchy] from 1969, as well as in the presentation of the edition of the booklet by Beccaria on the Treatise on crime and punishment of the Marquis[13].

---

11 Pisani M., *Cesare Beccaria e l'Index Librorum Prohibitorum.* Edizioni Scintifiche Italiane, Rome, 2013, a summary in *Eguzkilore* (25), San Sebastián, 2011, p. 136 and ff. Translation by Jose Luis de La Cuesta.

Calamandrei P., Andrés Ibáñez P, Francioni G., *Cesare Beccaria. De los delitos y de las penas.* Trotta, Madrid, 2011.

12 See text and study of Angel Torio López, *Beccaria y la Inquisición española.* In *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales.* Madrid, 1971, P. 391 and ff., and also in the presentation of Tomás y Valiente that is cited later on.

13 Tomás y Valiente F., *Derecho penal de la Monarquía absoluto.* Tecnos, Madrid, 1992 and in Obras Completas, I, p. 187 and ff. Tomás y Valiente F., Presentation of the *Tratado de los delitos y de las penas.* Ministerio de Justicia. Ministerio de Cultura y Biblioteca Nacional. Madrid, 1993.

The opinion of the Inquisitor-censor of the work of Beccaria established the dogma: it was not considered appropriate to reduce or to limit regal power but, if it were, in addition, a matter of condemning the death penalty, it was blasphemy. Following the same logic, this should not only be dealt with by its inclusion on the list of prohibited books but by death, as the ayatollahs claim today. Everybody, even the reformers, awaited the admonition of the Holy Office. In addition, the trial and conviction of such a key figure as Pablo de Olavide, in 1775, was at the forefront of everybody's mind[14].

Manuel de Lardizábal, a committed and indefatigable reformer of the criminal system, made it clear in his well-known work, *Discurso sobre las penas* [Discourse on punishment], of 1782, that "The supreme powers have a legitimate right to impose capital punishment, provided it is convenient and necessary for the good of the Republic; and that effectively being so in some cases, it would neither be fair, nor advisable to proscribe it from the legislation; although humanity, reason and the well-being of society require that it be used with the greatest possible circumspection" adding that, "a true maxim very much in accordance with punishments is that there should always be a preference for those punishments that, while causing enough horror to serve as a lesson in those that see them executed, should as far as possible be the least cruel for the person that suffers them, because the purpose of punishments, as has been said, is not to torment, but to admonish. For that reason, I think that there should be a preference with regard to capital punishments, when they are necessarily to be imposed, for those that are used among us at present, to the exclusion of all others, which are the garrotte, the gallows and the harquebus for soldiers, in which the aforementioned circumstances concur"[15]. In 1806, the criminologist, Marcos Gutiérrez[16], in his *Práctica criminal de España* [Criminal Practice in Spain] also accepted the continuance of capital punishment, but "it should be used with the greatest circumspection and without spilling human blood, but with the most stringent economy", so, then, "far away from us forever the wheels, the burning furnaces, the pots of boiling oil, molten lead, drawing and quartering men alive, pulling away pieces of human flesh with tongs, sulphur shirts and, in a word, those slow tortures invented to torment the unfaithful prisoners for a long time"[17].

The three points are well noted in the work of Goya, which at that time concerned him most: the Inquisition, cruelty when exacting punishments and capital punishment.

Inquisition

The principal problem for the enlightened thinker was precisely the Inquisition. The Inquisition garrotted free thought and, more so still, the freedom to publish. What would the situation be like, for one of the highest-placed magistrates of the Holy Office, after being asked what should happen to the institution, to recommend its radical suppression in very strong terms. Its author, Juan Antonio Llorente, was an intimate friend of Goya and his destiny as ill-fated as all the "francophiles". As an excuse for them all, it should be said that they could have little faith in the father or in the son following the behaviour of the King, the Queen and the Prince of Asturias, especially after the aforementioned string of coup-de-

14 See Juan Marchena, El tiempo ilustrado de Pablo de Olavide: vida, obra y sueños de un americano en la España del S. XVIII, Alfar, Sevilla, 2001.

15 See in the edition with a preliminary study by Manuel de Rivacoba, Ararteko, Vitoria, 2001, vid. cap. V, 2 nº 23.

16 Gutiérrez M., *Práctica criminal de España,* Madrid, 1806, p. 88 and ff. of the *Discurso sobre los delitos y las penas* contained in vol. III.

17 rieto Sanchís L., *La filosofía penal de la Ilustración española.* In *Libro Homenaje a Marino Barbero Santos.* Vol. I. Cuenca y Salamanca, 2001, P. 489 and ff.

états and vaudeville that had taken place from the Escorial conspiracy to the mutiny of Aranjuez and the hand-over of the crown to Napoleon in Bayonne. Llorente explained things thus: "I accepted thinking I was contributing something for the good of my motherland, and with no doubts over the permanence of the new dynasty... the battle of Baylen... (was) the cause that would divide Spain over whether it was possible or not to liberate Spanish territory from French dominion. I had the ill-fortune to believe most certainly that it would not, because there were not the forces in Spain to resist those of France. In consequence, I framed the idea that if the Nation took an active part, it would do so to see its villages destroyed, houses plundered... I thought that the motherland would be happy making a virtue out of necessity, as Fernando did, and bade us do"[18].

Goya gave account of all this in drawings and etchings, especially in drawings contained in Album C, or Images Madrid, or the Inquisition Album, especially in the group that has been called prisoners tortured and convicted by the Inquisition. By tradition, the Inquisition dedicated itself to the purification of ideas and beliefs, of Jews and heterodox Christians. *Por linaje de hebreos* [For having been born a Jew] is the most representative (DC88). The Inquisition also concerned itself with proper sexual morality (C 92 *Por querer a una burra* [For Loving a She-Ass] and C 93 *Por casarse con quien quiso* [For marrying whoever he wished].

Naturally, the Inquisition noted down everything that moved and the repression stifled new ideas (C 94 *Por descubrir el movimiento de la tierra* [For discovering the motion of the Earth]; C 98 *Por liberal* [For being a liberal]; C 109 *Zapata, tu gloria será eterna* [Zapata, your glory will be eternal]):

Especially at the turn of the century, the Inquisition took severe measures against everything that came from France (C 86 *por traer cañutos de Bayona* [for having brought diabolical tales from Bayonne]) and those who expressed themselves freely (C 89 *por mover la lengua de otro modo* [for speaking a foreign tongue]).

The Inquisition was not only a generic, abstract, political and religious fact, but it also affected everybody, especially those who expressed themselves in writing on questions about which the Holy Office was sensitive and those who expressed themselves through painting and other images[19]. Goya himself saw himself facing or was threatened with inquisitorial proceedings. The *Caprichos*, put on sale to the public with great success, caught the attention of the inquisitors and Goya very probably handed over the edition that has not been sold to this day along with the complete plates to the King, Charles IV, so that by converting him into Goya's direct patron, his work and he himself could avoid the ire of orthodoxy that appeared to be treading very close to his tail[20]. Later on, 1815, he was called to pronounce on both the nude and the clothed maja.

Cruelty

The cruelty and barbaric nature of the punishments gave cause for general concern. It is enough to recall that a pragmatic King Philip II, in 1734, punished the thief of a single coin with the gallows, that is if the events took place in Madrid or within 5 leagues around it, and, moreover, as a single and non-commutable punishment, except for minors under 17 years old, who were merely given 200 lashes and 10

18 See Moreno de las Heras, M. In *Goya y el espíritu de la Ilustración.* p. 271 and f.; Artola M., *Los afrancesados.* Alianza editorial, Madrid, 2008.

19 See Jose Antonio Escudero, *Estudios sobre la inquisición*, Marcial Pons: Madrid 2005; Henry Kamen, *La Inquisición española,* una revisión histórica, Barcelona : RBA, 2004, a translation from the original in English *The Spanish Inquisition: An Historical Revision.* London and New Haven: Yale University Press (1998).

20 Prudence is never much, as Enrique Gacto Fernández relates in, *El arte vigilado: (acerca de la censura estética de la Inquisición española en el siglo XVIII)* in *Inquisición y censura: el acoso a la inteligencia en España*, 2006, pp. 399 and ff.

years on the galleys[21]. That is the way things were: lashes, mutilations, galleys, exposure to public humiliation, and privation of freedom under the cruellest conditions of confinement. Remember that prison as such did not exist until the freedom of the citizen became a reality and, until then, prison was mere detention while awaiting judgment, or torture and punishment in itself. Naturally, Goya also recorded it well in the images of what we could today call prison[22]. We shudder in numerous drawings at the manacles on the wall and the leg-irons, inflicting harsher pain bound to the back. The extraordinary solitude of the shackled prisoners accompanies the humiliation and the cruelty. In drawing 103, facing the manacled and shackled man, almost certainly with a chain between feet and hands that forced him to crouch when moving, the painter wrote "¡*mejor es morir*! [better to die!]" and, in drawing 112, the same victim can be seen chained up in an unlikely and painful position in which he has to sleep. Goya included three etchings in the exemplary copy of *los Desastres* that he gave as a gift to his friend Cean Bermúdez, with a preparatory drawing that showed the profile of a prisoner in fetters, seated in a painful posture, that became the subject of three pieces: *Tan bárbara la seguridad como el delito* [The custody is as barbarous as the crime], *La seguridad el reo no exige tormento* [The custody of a criminal does not call for torture] and *Si es delincuente que muera presto* [If he is a criminal he should die soon]. Nothing goes further than this criticism of the cruelty of these punishments[23].

With regard to exposure to public humiliation, as well as the humiliations that occurred on processions leading to the execution of capital punishment, which brought with it other penuries "along the usual streets", seated on beasts of burden of three categories, with a conical cap (*coroza*), a penitential garment (*sambenito*) and exposure in public squares and pillories, the drawings of Album C illustrate an exemplary pair of public pillories, where both lines and shading condemn their cruelty. They are represented in drawing 99, *Cayó en la trampa* [He fell in the trap] and 98 *Por liberal* [For being a liberal]. Not even the crippled escaped: C 90, *Por no tener piernas* [For having no legs].

The *Cortes de Cádiz* adopted two laws that describe the censuring of Goya and enlightened thinkers very well. Well before the Constitution, torture was abolished in 1811 and article 303 of the Constitution proclaimed that "Neither torture nor duress will be used"[24].

Decreee lxi
Of 22 april 1811
Abolition of torture and duress, and the prohibition of other afflictive practices.
The General and Extraordinary Courts, in absolute unanimity and conformity of all votes, do hereby decree: that torture shall henceforth and forever be abolished in all the dominions of the Spanish Crown, as well as the practices introduced to afflict and to persecute prisoners by what they illegally and abusively called duress: and they prohibit what were known under the names of manacles, muzzles, extraordinary prison cells and others, whatever their names or use may be; no judge, nor tribunal, nor court, whatever its privileges, may order or impose torture, or use the aforementioned forms of duress under its responsibility and the punishment, for the mere fact of ordering it, will be the deprivation of the judges of their office and dignity, whose offence may be prosecuted by

21 Arroyo Zapatero L., *Delitos y penas en el Quijote,* Revista "Añil", Cuadernos de Castilla_La Mancha, 1, 1999, pp. 49 and ff. Available online. and it should not be forgotten that the galleys had no oarsmen: Prior Cabanillas J. A., *La pena de minas: los forzados de Almadén, 1646-1699.* Universidad de Castilla-la Mancha, Ciudad Real, 2003.

22 See Horacio Roldán Barbero, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, PPU, 1988.

23 Matilla J. M. In *Goya en tiempos de guerra.* Museo del Prado, Madrid, 2008, p.350-352.

24 Tomás y Valiente M., *La tortura en España (1973).* In *Obras completas, I,* p. 759 and ff.

civil action, derogating of course any ordinances, Law, Orders and provisions that may have been given and published to the contrary".

After the Constitution, the Courts abolished the punishment of flogging in 1813 throughout the kingdom and for all persons, with special mention of the Indians overseas.

Decree ccxcix
Of 8 september 1813
Abolition of the punishment of flogging: use of this and other punishments on the Indians is prohibited.
The General and Extraordinary Courts, convinced of the benefits of abolishing those laws by which degrading punishments are imposed on Spanish citizens, which have been a symbol of bygone barbarity, and a shameful vestige of heathenism, have agreed to decree and do so decree:
I. The punishment of flogging is declared to be abolished throughout the territories of the Spanish Monarchy.
II. In place of the punishment of flogging that which corresponds to the offence for which the prisoner had been convicted will be aggravated; and if it were prison or public works, it will take place in the district of the tribunal, whenever this is possible.
III. The prohibition on flogging is extended to public houses or establishments of correction, educational seminaries and schools"[25].

In that post-war period, neither the Inquisition nor Ferdinand VII himself cared for Goya. The Constitution and the laws of the Courts abrogated, he was neither praised nor given commissions. The paintings of the 2 and 3 of May were commissioned from Goya by the Regent Cardinal Borbón, uncle to the King, and the Cardinal Archbishop of Toledo, Primate of Spain and patron of obedience to the Constitution, so that the heroic facts of the rebellion and death of the people of Madrid could be presented before the King on his arrival in Madrid at the Arch of Alcalá, like a soap opera painted on canvas. But, neither the events, nor the paintings, nor the painter, were to the liking of the King ever again. Goya confined in 1819 in Quinta del Sordo, painted the black pictures later on, after taking refuge in the house of friends and with the elegant pretext of taking the waters, he exiled himself in Bordeaux, which like Gibraltar always gave shelter and refuge to liberals[26].

The work of the Courts of Cadiz was highly valued by the painter[27]. The reduction of the power and privileges of the monastic orders initiated by Charles III with the Jesuits and Godoy with his sale of monastic properties, was the social complement to the political revolution. Goya celebrated it with the satirical image of the peasant dragging himself over the fields with a mattock and a priest on his shoulders, beneath which the painter asks: "¿no *sabían lo que llevaban a cuestas?* [Didn't they know what they were bearing].

And he felt oppressed and desperate when he saw how the reaction ended it all.

Goya and the death penalty

The queen of punishments has always been death and even in Goya's day people were executed by steel, fire, and, most common of all, the hangman's noose: strangulation by hanging, whether from a tree, or the gallows. However, hanging produces an iniquitous physiology that made many people in our world mediate and that has led to the search for means and methods of execution that are not so cruel and are less of an indignity for the prisoners and their families, as we have seen in the quotations by both Lardizábal and Marcos Gutiérrez. Each country developed its own invention. In France, what Goya

25 Fiestas Alicia, *Los delitos políticos, 1808-1936.* Cervantes, Salamanca, 1994, p.66-124.

26 Bozal V., *Francisco de Goya. Vida y obra.* Volumen 1. Tf editores, Madrid, 2005, p. 289 and ff.

27 *Goya y la Constitución de 1812.* Museo Municipal, Madrid, 1982-83.

called the French punishment, the guillotine, and in Spain and its territories at the time, the garrotte[28], which because of its greater delicacy was reserved for nobles. Half a century after our story here, the enterprising Americans of the United States sought out the most humane "execution", electrocution, the gas chamber and lethal injections. Modern technologies for an old pharmacopea.

At the end of the 18th C., death by hanging coexisted in Spain, with or without simultaneous or subsequent quartering, so that with the human remains the message of law and order would extend to the confines of the land where the crimes had been perpetrated. First and foremost the noose, in the form of the gallows or from the branches of a tree and the garrotte, together with the harquebus in military executions. In brief, at the start of the new century and except for the military question, at all times expeditious and summary, the noose and the garrotte were rivals for the common people, the one with such a bad reputation always reserved for common folk and the garrotte always for the nobles[29].

The Courts could not at the least get over such unjust inequality, nor disregard the brutality of the noose, so much so that they decided to abolish it on 24 January 1812.

Decree cxxviii.
Of 24 january 1812
Abolition of the punishment of hanging.
The General and Extraordinary Courts, considering that they have already sanctioned in the political Constitution of the Monarchy, that no punishment may be transferred to the family of whosoever should suffer it; and wishing at the same time that the execution of the criminals should not offer too repugnant a spectacle to humanity and to the generous character of the Spanish nation, are resolved to decree, and by the present do so decree: that henceforth the punishment of hanging be abolished and be replaced by the garrotte for prisoners who are condemned to death.

As much had already been proclaimed by King Joseph, who out of respect for the customs of his adopted motherland and as Dr. Guillotine hated the noose, decided that in any case the garrotte would be used, even to excess and *for a knife or for whatever you might like to think it is*, and always in public[30].

Goya could see it in those days of the French occupation, as not a day went by when some rebel or bandit was not executed. He painted it and others told the story[31]. The scaffolds were erected in the Plaza Mayor or the Plaza de la Cebada and one by one or in groups the garrotte did its work. Over time, the executioners started to cover the heads of the prisoners with a cloth, but once the execution had finished, they left the face for all to see. All of this had the greatest publicity and with plentiful public information in gazettes and leaflets.

But, Ferdinand VII eventually returned from the calm retreat of the palaces of Napoleon, where he had sat out the war, without moving so much as a finger while his motherland fought on and sacrificed itself in a fervent desire for his return. On his arrival at Valencia among *Los persas* and others, and despite the sound judgment of his cousin and Regent, Cardinal Primate of Toledo Don Luis María de Borbón[32], he issued the singular decree on 4 May

28 The primitive form of the garrotte may be seen in the *Auto de Fé* of Pedro de Berruguete (1495) conserved in the Prado Museum and accessible on-line, which dispensed death before purification in the fire.

29 García Valdés C., *No a la pena de muerte.* Cuadernos para el diálogo S.A., Madrid, 1975. And also Rodríguez Yagüe C. (Edit.) *Clásicos españoles contra la pena capital,* Libros Mundi/ UCLM: Ciudad Real 2013.

30 And in public executions continued until it was abolished in 1896 by law that had the name of the Deputy, Dr. Ángel Pulido.

31 Vega J., in *Goya y el espíritu de la Ilustración.* P. 300-302, with testimony from the time.

32 His personality suggests that complicity between the Church and the constitutional regime was not impossible, see

1814, which not only annulled all the laws passed by the Courts of Cadiz, but even declared it to be "as if such acts had never taken place and were removed from all time"[33].

This meant a return to the earlier situation: Inquisition, noose, and garrotte, always in a cruel and unfair way. Alicia Fiestas documented the terror from 1814 up until 1820 when the Constitution and its laws were reinstated, and the first penal Code of 1822 was approved, which naturally foresaw the death penalty only at the garrotte[34], under the terms and conditions that are worth reproducing here:

Art. 31. The prisoner sentenced to death will be notified of his final judgment forty-eight hours before execution.

Art. 32. From the notification of the sentence to the execution, the prisoner will be treated with the greatest commiseration and tenderness; providing him with all the spiritual and the physical assistance and consolation that he wishes, neither irregularly nor in excess.

Art. 38. The prisoner sentenced to death will executed in all cases by the garrotte, without torture nor other prior mortifications of the flesh, but in the terms prescribed in this chapter.

Art. 39. The execution will always be in public, between eleven and twelve in the morning; and may not take place on a Sunday nor or feast days, nor on national holidays, nor on days of celebration of all the people. The punishment will be executed on a wooden or masonry platform, painted black, with no adornments or hangings at all in any case, and situated outside the town; but at a place nearby it, and large enough for many spectators.

Art. 40. The prisoner will be led from the prison to supplicate the punishment dressed in a black tunic and black hat, with his hands tied, and on a mule, led on the right by the executioner of justice, provided that he has been sentenced for infamy. If that sentence had been imposed with the death sentence, his head will be left uncovered, and he will be led on a donkey in the aforementioned terms. However, the prisoner condemned to death as a traitor will have his hands tied behind his back, and his head will go uncovered and shorn of all hair. The assassin will wear a white tunic with a noose of esparto grass around the neck. The parricide will likewise wear the same tunic as the assassin, go uncovered and without hair on his head, the hands tied behind the back, and with an iron chain around the neck, this being carried at one end by the executioner, who should precede, mounted on a mule. Prisoners who are priests who have not previously been defrocked will always cover their head with a black hat.

Art. 41. In all cases the prisoner will carry a board on his chest and back that announces his crime in large letters, of treason, murder, assassination, recidivist of such and such a crime. Two priests will always accompany him, the scribe, constables in mourning, and the corresponding guard.

Art. 41. When the prisoner leaves the prison. Arriving at the platform, and at every two-hundred and three-hundred steps along the way, the public crier will announce in a loud voice the name of the criminal, the offence for which he had been convicted and the punishment imposed upon him.

Art. 43. So, the greatest order must reign on the streets along the way as well as at the place of execution; whosoever disturbs the peace being punished by immediate arrest, in addition to being summarily disciplined, according to the offence, from two to fifteen days of prison, or with a fine from one to eight *duros*. Those that may shout out or raise their voice, or make any attempt to prevent the execution of justice, will be punished as sedi-

---

Carlos Rodriguez López-Brea, *Don Luis María de Borbón, el cardenal de los liberales (1777-1823)* Toledo, Junta de Comunidades de Castilla–La Mancha, 2002.

33 Fontana Josep, *La quiebra de la Monarquía absoluta,* Ariel, Barcelona, 1971.

34 Fiestas Loza, Alicia. *Los delitos políticos, 1808-1936.* Ed. Librería Cervantes, Salamanca, 1994. Also relevant for the reaction of 1823 and everything that came after.

tionists, and this provision will always be published in the proclamations.

Art. 44. The prisoner will neither be permitted to speak out, nor to say anything in public, nor to any particular person, but to pray with the ministers of religion who accompany him.

Art. 45. Another board will be placed at the site where the death sentence will be executed, and in the most visible part, which announces the same as the proclamation in large letters.

Art. 46. Having executed the sentence, the corpse will remain exposed to the public at the same site until sunset. It will then be delivered up to relatives or friends, if they were to request so, and if not, it will be buried by provision of the authorities, or it may be handed over for anatomic investigation as agreed. Except delivery of the corpses of those convicted of treason or parricide, which will be given religious burial in the countryside and at a remote site, away from public cemeteries, without permitting any sign to be placed that would mark the site of its burial."

The Code of 1822 hardly had time to come into force, as The one-hundred thousand sons of Saint Louis occupied the peninsula and Cadiz had to surrender on the 23 September. The reaction of the Ferdinandistas was more violent than in 1814. This period was known as "the ominous decade"[35]. Once again noose and garrotte, no different from that dispensed to General Riego, in November, in the Plaza de la Cebada, in Madrid, until one fine day – which stories of atrocious executions did not reach even the Royal Court itself- the King decreed in a surprising accolade for the birthday of the Queen that "Wishing to conciliate the ultimate and inevitable rigour of justice with humanity and decency in the execution of capital punishment, and so that the torment in which prisoners expiate their crimes should not be a cause of infamy when they are not deserving of it, I have wished to signal with this benefit the pleasing memory of the happy birthday of the Queen, my beloved wife; and I hereby abolish the death penalty by hanging forever in all of my dominions; I order that henceforth execution by the ordinary garrotte be imposed on common people; the garrotte vil shall punish infamous crimes without distinction of class and the noble garrotte will continue, under the laws in force, for those that correspond to noblemen".

But, Goya died in 1828. No longer can he, nor would he enjoy the triumph over ordinary cruelty. His legacy lives on in so many paintings, drawings and etchings, so much so that he may be qualified as the greatest champion fighting against cruel and inhuman punishments and, therefore, against the death penalty.

The history of the death penalty in Spain followed the same destiny as the Motherland, with pain, anomaly and failure –in the words of Santos Juliá–[36]. In 1936, the death penalty took over all Spaniards and was ferociously practiced until 1945 and with methodic dosages until the end of the Franco regime in 1975. The final execution with the garrotte took place in 1974[37].

35 Luis, Jean-Philippe, La década ominosa (1823-1833), an unknown stage in the construction of contemporary Europe, in the Journal *Ayer*, 41, 2001, p. 85 and ff. Fontana J., *De en medio del tiempo. La segunda restauración española, 1823-1834*, Crítica, Barcelona, 2006.

36 Santos Juliá, *Anomalía, dolor y fracaso de España.* In *Claves de la razón práctica* 66, 1996, pages 10-21.

37 All these avatars may be followed in García Valdés C., *No a la pena de muerte.* Cuadernos para el diálogo S.A., Madrid, 1975, and in the text taken from it that is reproduced in *Clásicos españoles contra la pena capital,* cit. Also in the same place, the study by Landrove Díaz G., *La abolición de la pena de muerte en España.*; An extraordinary description of the engineering and anthropology of the garrotte may be found in Eslava Galán J., *Verdugos y torturadores*, Balbo, Madrid, 1991. From then up until our days see Oliver Olmo P., *La pena de muerte en España.* Síntesis, Madrid, 2008.

Everything changes with the "resurrection" of the Constitution– an expression that Francisco de Goya would have liked- in 1978. A firm will for consensus wished to put an end to the "duelo a garrotazos [fight with cudgels]" of the Black paintings, fully in force since then and so, among the numerous other beneficial matters, the barbarous custom was abolished and article 15 of the Constitution provided that Everyone has the right to life and to physical and moral integrity, and may under no circumstances be subjected to torture or to inhuman or degrading punishment or treatment. The death penalty is hereby abolished, except as provided by military criminal law in times of war.", this latter question was closed with the suppression of capital punishment in military criminal legislation in 1995 and with the ratification in 2010 of protocol number 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms relating to the abolition of the death penalty under all circumstances.

On that date, the Government of Spain sponsored the creation of a group of friendly countries supportive of the universal abolition of the death penalty in times of the Millennium Declaration and the constitution of an International Commission against the death penalty[38] which, presided over by Federico Mayor Zaragoza, has since then been carrying out intense activity that will without any doubt contribute to converting the proposal supported by the majority of member states of the General Assembly of the United Nations, in its resolution of 1st November 2007, in favour of a universal moratorium on the application of capital punishment, into reality. All of us are therefore called to attend this appointment in 2015, at which the achievements and shortcomings in the advance of human rights and of the Millennium objectives, established by the United Nations, in 2000, will have to be reviewed. It will be an extraordinary opportunity to urge with insistence that we stop killing in cold blood, which is the case of executions of the death penalty, as well as coldly leaving millions of people to die of hunger or curable illnesses, at the same time as calling for the suppression of the most serious forms of discrimination against women and the universalization of basic education.

38 Rodríguez Zapatero J. L., Preface to *Contra el espanto* y *Por la abolición de la pena de muerte,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Inkeri Anttila (1916–2013) in memoriam

Raimo Lahti
Professor Raimo Lahti is Inkeri Anttila's successor to the Chair of criminal law at the University of Helsinki

Professor emerita and former Minister of Justice Inkeri Anttila passed away peacefully on 6 July 2013 in Helsinki at the age of 96 years. She was born on 29 November 1916 in Vyborg.

Throughout her lengthy career as professor, civil servant, criminologist, government minister and social activist, Inkeri Anttila promoted the understanding of crime and crime control. She was one of the great pioneers in criminal sciences in Finland, in Europe and indeed in the world. Among the group of the world's eminent criminal scientists, she was moreover a rarity: she had a direct influence on criminal policy and the modernization of penal legislation.

Inkeri Anttila's career began in law. She entered the Faculty of Law at the University of Helsinki (1933). After graduation, she served at a district court and at the same time prepared her doctoral dissertation in criminal law ("Consent as a justifying ground", finalized in 1946). She was the first female candidate to defend a doctoral thesis in legal science in Finland.

In 1949 Inkeri Anttila's teaching career began as a lecturer in correctional treatment at the College of Social Sciences, and it continued as Director of prison personnel training at the Department of Prison Administration. Her interest in criminology grew, and it was she who introduced the topic into Finland, through courses at the University of Helsinki. This, in turn, led her to the systematic study of sociology. The resulting cross-fertilization of

legal studies and social sciences became a permanent element of her work.

In 1961 Inkeri Anttila became the first woman in Finland to hold a chair in law when she was appointed to a professorship in criminal law at the University of Helsinki. Two years later, Inkeri Anttila became the part-time Director of a new body, the Institute of Criminology. Later, in 1974, the Institute under her directorship was transformed into the National Research Institute of Legal Policy, a semi-independent unit attached to the Ministry of Justice. This provided her with the opportunity of working full-time on criminological research, strengthening the influence of such research on national policy, and expanding her network of contacts around the world.

When Inkeri Anttila was Minister of Justice in 1975, she introduced legislative proposals which led to the reform of conditional sentences, parole, and the sentencing of drunken drivers. These reforms reflected an innovative approach to criminal policy, which is based on research and cost-benefit assessments.

As a criminologist, Inkeri Anttila pioneered self-report studies of delinquency. She was one of the first to suggest using the survey approach in order to study victimization and to write about what was then a new field, victimology. She drew attention to situational factors in contributing to crime, and has written extensively about alternative approaches to controlling crime and dealing with offenders. Inkeri Anttila was one of the primary architects of the rational and humane orientation in Finnish and Nordic criminal policy. Her insights into the day-to-day operation of corrections led her to question prevailing truths, in particular the entrenched belief in treatment as the rationale for punishment. In this, her extensive Nordic contacts bore early fruit. As President of the Scandinavian Research Council of Criminology in 1968–1973 she had a leading role in the realization of the purpose of that Council in its early years: to further criminological research in the Nordic countries and to advise the Nordic governments in matters related to criminology.

Inkeri Anttila chaired governmental committees on abortion and sterilization legislation as well as on probation and parole. She also had a leading role in the preparation of the total reform of the Finnish criminal code. She took part in both the preliminary committee work (1972–1976) that drew up the outlines for the total reform of criminal law and in the actual drafting of the new Code in the Task Force on Criminal Law, which was launched in 1980 and continued until 1999.

Inkeri Anttila's Finnish career was paralleled in her international activities in the field of crime control and criminal justice. She was elected by her peers to positions of responsibility in all the major international organizations in the field of criminal sciences and criminal policy: Member of the International Penal and Penitentiary Foundation in 1962–1992, Member of the Board of the International Association of Penal Law in 1969–1986, Vice-President of the International Society for Criminology in 1979–1990, and Vice-President of the International Society of Social Defence in 1981–1992. Professor Anttila's pioneering work in the nexus of criminology and criminal policy has earned her wide international respect. Perhaps the clearest indication of this appreciation was her election as President of the Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offender in 1975. When the United Nations decided to establish a regional institute for crime prevention and control in Europe (HEUNI), the choice of Finland as host country was, in reality, determined by the availability of Inkeri Anttila for the position of Director of the Institute (in 1982–1986).

Among the international honors conferred to Inkeri Anttila were the Sellin-Gluck Award of the American Society of Criminology in 1983, the Testimonial awarded by the Secretary General of the United Nations in recognition of her dedicated service in support of the UN programme on crime and

justice in 1992, as well as the European Criminology Award awarded by the European Society of Criminology in 2011.

Inkeri Anttila's voice in support of improved justice and services for victims, more humane sanctioning of offenders, and a rational approach to crime prevention has been heard around the world. A collection of the writings of Inkeri Anttila was published in 2001 ("Ad ius criminale humanius, Essays in Criminology, Criminal Justice and Criminal Policy", edited by Raimo Lahti & Patrik Törnudd, Finnish Lawyers' Association, Helsinki 2001). Respect for human values and an emphasis on rational decision-making are keywords that characterize these writings.

In her address to the European Society of Criminology on the occasion of the European Criminology Award 2011, Inkeri Anttila underlined that being critical, and being constructive and practical are not mutually exclusive alternatives for criminal scientists. They have a duty to disseminate their insights and arguments to decision-makers, other experts, and the general public. On the basis of her experience as an expert in criminology and criminal policy, she concluded that it was important to put forward convincing arguments regarding the relative ineffectiveness of imprisonment, the relevance of social and situational factors in crime, as well as the highly selective functioning of the criminal justice system. (See in more detail her address, which was published in "Criminology in Europe", 2011/3.)

Inkeri Anttila was a true pioneer and visionary. She has improved our ability to understand crime and justice and place it into its proper context. She will be sorely missed by all who worked with her and were inspired by her. ◧

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DÉFENSE SOCIALE POUR UNE POLITIQUE CRIMINELLE HUMANISTE-SIDS
Organisation dotée de statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations Unies

INTERNATIONAL SOCIETY OF SOCIAL DEFENCE AND HUMANE CRIMINAL POLICY-ISSD
Organization in Consultative Status with the Economic and Social Council of the United Nations

CONSEIL DE DIRECTION / BOARD

Président d´honneur
Simone ROZES, premier président honoraire de la Cour de cassation de France.

Président / President:
Luis ARROYO ZAPATERO, Rector honorario de la Universidad de Castilla-La Mancha y director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Ciudad Real (España).

Secrétaire général d'honneur / Honorary Secretary-General:
Edmondo BRUTI LIBERATI, Procureur général près la Cour d'appel de Milan (Italie).

Secrétaire général / Secretary-General:
Francesco VIGANÓ, professeur de droit pénal à l'Université de Milan (Italie).

Secrétaires généraux adjoints/Assistant-Secretaries-General:
Luigi FOFFANI, professeur de droit pénal à l'Université de Modena et Reggio Emilia (Italie).

Adán NIETO, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

Vice-présidents / Vice-Presidents:
Lolita ANIYAR DE CASTRO, profesora investigadora de la Universidad del Zulia y la Universidad de Los Andes (Venezuela).

Paolo BERNASCONI, professeur de droit pénal de l'économie aux Universités de Saint Gall et de Zürich (Suisse).

Pierre-Henri BOLLE, professeur aux Universités de Neuchâtel (Suisse) et de Galatasaray (Turquie).

Paulo José DA COSTA Jr., Professor of Penal Law, State University of São Paulo (Brazil).

Pedro R. DAVID, Juez, Presidente de la Corte de Casación Argentina, Buenos Aires y Juez ad litem Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, La Haya (Argentina).

Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, président du Conseil scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Coimbra; ancien président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire (Portugal).

Sergio GARCÍA RAMÍREZ, Profesor de Derecho penal de la Universidad de Mexico; Presidente de la Corte Interamericana de derechos humanos, Costa Rica; antiguo Procurador de la República (Mexico).

Stefano MANACORDA, professeur de droit pénal à l'Université de Naples II (Italie) et à l'Université de Paris I (France).

Osamu NIKURA, professeur à l'Université Aoyama Gakuin, Tokio (Japon).

Reynald OTTENHOF, professeur émérite à l'Université de Nantes; vice-président de l'Association internationale de droit pénal; vice-président de l'Institut supérieur international de sciences criminelles (ISISC) (France).

Mario PISANI, professeur émérite de procédure pénale à l'Università degli Studi de Milan; ancien directeur des "Cahiers de défense sociale " (Italie).

Louis RODRIGUEZ MANZANERA, Profesor de Criminología. INACIPE (México).

Ulrich SIEBER, Directeur du "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" de Fribourg e. Br. (Allemagne).
Rodica Mihaela STANOIU, professor of Criminology, National Security Advisor to the President of Romania (Roumanie).

Klaus TIEDEMANN, ancien directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal des affaires -Université de Fribourg e. Br. (Allemagne).

Constantin VOUYOUCAS, professeur émérite de droit pénal de l'Université Aristote de Thessalonique (Grèce)

Eugenio Raul ZAFFARONI, Magistrat de la Cour Suprême d'Argentine (Argentine).

Secrétaires généraux régionaux/Regional Secretaries-General:
pour l'Afrique / for Africa:
Mohamed BEN EL MAHI, membre du Conseil du Barreau Pénal International, barreau de Mekhnès (Maroc) Ayodele.

pour l'Amérique Latine / for Latin America:
Carlos LASCANO, professeur de droit pénal à l'Université de Cordoba (Argentine).

Jean Pierre MATUS, profesor de la Universidad de Talca (Chile).

Miguel ONTIVEROS, miembro Academia Mexicana de Ciencias penales, (México).

Sergio Salomao SHECAIRA, Avocat et professeur titulaire á l'Université Sao Paulo (Brésil).

pour les Amérique du Nord / for Nord America.
Sandra BABCOCK, Clinical Professor of Law and clinical Director of the Center of International Human Rights (EEUU).

Hélène DUMONT, professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal (Canada).

William S. LAUFER, Professor of Legal Studies and Business Ethics, Sociology, and Criminology, Wharton School, University of Pennsylvania (USA).

pour l'Europe / for Europe.
Anabela MIRANDA RODRIGUES, doyen à la Faculté de droit de l'Université de Coimbra; Ancien Directrice du Centre d'Etudes Judiciaires, Lisbone (Portugal).

Joaquim VOGEL, Professor of Penal Law and Procedural Penal Law, University of Munich (Germany).

pour l'Asie / for Asia:
Lu JIANPING, professeur de droit pénal à l'Université Normale de Beijing (Chine).

Kanako TAKAYAMA, Professor of University Kyoto (Japan).

Membres/ Members:
Maher ABDEL-WAHED, Prosecutor General of the Egyptian Cassation Court (Arab Republic of Egypt).

Camilla BERIA DI ARGENTINE, Directeur Général, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milan (Italie).

Alessandro BERNARDI, professeur à l'Université de Ferrara (Italie).

Ljubo BAVCON, professeur émérite de droit pénal de l'Université de Ljubljana (Slovenie).

Douglas CASSEL, Professor of Law and Director of theCenter for Civil and Human Rights, University of Notre dame (USA).
Adolfo CERETTI, professeur de criminologie à l'Université de Milan¬Bicocca (Italie).

Mireille DELMAS-MARTY, professeur émérite de la chaire d'Etudes Juridiques comparatives et internationalisation du droit au Collège de France.

Vladislav ERMAKOV, Counselor, Human Rights Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow (Russian Federation).

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, professeur de procédures pénales comparées à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) (France).

Giovanni Battista GRAMATICA, avocat à Gênes (Italie).

Gary HILL, President, Cega Services and Contact Center, Nebraska (USA). Coordinator ISPAC.

Zoran KANDUC, professeur agrégé de criminologie á l'Université de Ljubljana (Slovénie).

Raimo LAHTI, professor of criminal law, University of Helsinki (Finland).

Christine LAZERGES, professeur á l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) (France).

Victoria OYAYOBI ATSENUWA, Lecturer in the Department of Public Law, University of Lagos (Nigeria) pour l'Amérique Latine / for Latin America.

Mark PIETH, professor of criminal law, Basel Institute on Governance, Basel University (Switzerland).

Alvaro Orlando PEREZ PINZÓN, Antiguo Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia (Colombia).

Livia POMODORO, président de la Cour de Milan; Secrétaire général du Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale (Italie).

Luiz REGIS PRADO, professeur de droit pénal, Maringà (Brésil).

Aglaia TSITSOURA, ancien administrateur principal de la Division des problèmes criminels du Conseil de l'Europe (Grèce).

Trésorier / Treasurer:
Emanuela DELL'ORTO, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (Italie).

Trésorier adjoint/ Assistant-Treasurer:
Marta MUÑOZ DE MORALES, Profesora de Derecho penal de la Universidad de Castilla La Mancha, Ciudad Real (España).

Membres honoraires / Honorary Members:
Adedokun A. ADEYEMI, Professor and Dean, Faculty of Law, University of Lagos (Nigeria).

Inkeri ANTTILA, Professor Emeritus of Criminal Law; Former Director, Helsinki Institute of Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations (HEUNI); Former Minister of Justice of Finland (Finland).

Elio GOMEZ GRILLO, directeur de l'Institut de sciences pénales et criminologiques de l'Université Simon Bolivar de Caracas (Venezuela).

Alì LASSER, Exjuez de menores, Caracas (Venezuela).

Luciana MARSELLI MILNER, ex-Trésorière de la SIDS (Italie).

Tadashi MORISHITA, Professor Emeritus of Penal Law, Hiroshima University (Japan).
Alvar NELSON, Professor Emeritus of Penal Law, Uppsala University (Sweden).

Hira SINGH, Former Consultant, National Human Rights Commission, New Delhi (India).

Denis SZABO, Ancien directeur du Centre international de criminologie comparée de l'Université de Montréal; président honoraire de la Société internationale de criminologie (Canada).

József VIGH, Former Head of the Department of Criminology, Faculty of Law, Eötvös Loránd University, Budapest (Hungary).

Freda ADLER, Distinguished Professor of Criminal Justice, Rutgers University, Newark (USA).