

## **La Criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea.**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult Luis Arroyo Zapatero. Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Miembro correspondiente de la Académie de Sciences Morales et Politiques de Francia. Universidad de Castilla-La Mancha.

(De inmediata publicación en francés e inglés en la “Revue Européenne du Droit”)

**Introducción. 1. La larga aproximación de la criminología a la guerra; 2. La proscripción de los mercenarios y las empresas privadas militares y de seguridad equivalentes; 3. Las sanciones y medidas restrictivas de la UE a los responsables de los hechos criminales y la armonización penal europea de las conductas infractoras y elusivas de las mismas: a) comiso y apropiación resarcitoria de los bienes objeto de las medidas restrictivas; b) Relevancia de la incriminación del dolo y la imprudencia y la necesaria cláusula de la ignorancia deliberada; 4. Conclusiones.**

Estamos asistiendo desde hace ya más de un año en directo a una guerra televisada. Si en la de los Balcanes tuvimos por vez primera imágenes en directo por televisión, hoy no sólo tenemos la retransmisión directa y en el telediario cotidiano sino las imágenes que millares de teléfonos móviles captan y reproducen. Es una guerra espectáculo. Se presenta una guerra tradicional con relevantes novedades tecnológicas y de destrucción, con drones y misiles, pero también una guerra que se denomina híbrida, pues combina la acción militar con la cibernética y la economía, con manipulación de la distribución de la energía y de las materias primas. Se nos presenta una guerra híbrida, una guerra que Louis Gautier ha llamado “bastarda”<sup>1</sup>.

Lo que vemos todos claramente son las víctimas civiles indiscriminadas y la destrucción consciente y sistemática de infraestructuras civiles básicas como los hospitales y miles de edificios de viviendas, asistimos a las inmensas caravanas de mujeres y niños desamparados. Todo genera en nosotros una inmensa emoción, desde la solidaridad y el

---

<sup>1</sup> Louis Gautier, *La guerre bâtarde, Ukraine, guerre hybride, guerre ouverte et technologie*, dans Revue Défense Nationale 2022/6 (N° 851), pages 15 à 32 ; Louis Gautier, *Mondes en Guerre, IV, Guerre sans frontières, Passés/Composés*, Paris 2021, pag. 519 y sigs.

impulso de cooperar de modo efectivo para defender a las víctimas de una agresión criminal. “Esta guerra es política y emocionalmente insoportable”, ha dicho Alexandra Sujarera, precisamente una artista plástica rusa que iba a exponer en la Bienal de Venecia. Pero no ha podido acudir, pues la guerra ha desatado emociones que rompen la racionalidad de la vida cultural. Muchas actividades e intervenciones han sido canceladas y no pocos han tenido que renunciar a ello, a los conciertos ¿a la literatura? La rusofobia está aquí: ¡Rusia es culpable! Todo ello favorecido no solo por la guerra y el modo bestial de llevarla a cabo sino por la impostación de su máximo responsable: un autócrata con visos de psicópata<sup>2</sup>.

Cierto es que Europa ha sido un campo de batalla permanente desde 1808, por poner la telúrica fecha de las invasiones napoleónicas. Después la guerra “de Crimea”, precisamente entre Rusia, por una parte, contra Turquía, Francia e Inglaterra por la otra. Siguió la guerra Franco-prusiana primero y luego la Primera Guerra Mundial que dio paso enseguida a Segunda. Casi siempre es lo mismo: hacia la izquierda la pulsión de invadir Francia, la cuenca del Ruhr, para apoderarse del carbón y el acero, y a la derecha el apoderarse de Ucrania, el granero de Europa y la conquista del espacio vital, el *Lebensraum*. En verdad, en los últimos 500 años todos los países del continente han visto modificadas sus fronteras por causa de las guerras desde Rusia hasta el Reino Unido. Solo se han salvado de ello -aunque no de las guerras civiles- España y Portugal. Todos los demás han cambiado muchas veces y siempre mediante o mediando una guerra. La guerra presente se ve ante todo como un crimen de agresión y lo que vemos en el modo de llevarla a cabo son crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En todo caso esta es la primera guerra interestatal en Europa desde 1945.

### **1. La larga aproximación de la criminología a la guerra.**

La cuestión de las guerras ha sido objeto de reflexión siempre desde los clásicos desde lo que puede denominarse hoy la ciencia política y hubo de esperarse a que concluyera la

---

<sup>2</sup> Por todo v. *Killings of civilians: summary executions and attacks on individual civilians in Kyiv, Chernihiv, and sumyregions in the context of the Russian federation’s armed attack against Ukraine*, Office of the United Nations HCHR, December 2022. Sobre el personaje citado v su propio discurso comentado por Guillaume Lancereau , sobre “El discurso de Putin: la política interior del agresor”, *Le grand Continent*, 22. 2. 2023, quien se encubre con gusto con la invasión de Irak, v. entre otros, Peter Beaumont, *The invasion of Iraq was a turning point on to apath that led towards Ukraine*, en *The Guardian*, 19 de marzo 2023.

Primera Guerra mundial para que se formulara una teoría general que dio en llamarse geopolítica. Pero en el ámbito del Derecho y las Ciencias Sociales se han de afrontar los problemas como el que nos ocupa desde diversos campos científicos: el Derecho, las Relaciones Internacionales, la Economía y la Criminología. Lo que vemos hoy son crímenes atroces, por las terribles pérdidas de vidas humanas y los daños que se producen y el modo cruel en que se realizan. No debe haber impunidad, se debe castigar y prevenir, pero para prevenir es necesario conocer y comprender como nacen y se desarrollan estos procesos de fuerza, de ambición y de choque de intereses. Se hace necesaria una Criminología de la guerra y sus atrocidades.

Son estos crímenes atroces que acompañan a la guerra o los crímenes de Estado contra sus propios ciudadanos los más graves de todos los crímenes. Sin embargo, la criminología, que nace con estruendo en la segunda mitad del XIX no se ha ocupado de estos hasta tiempo bien reciente, prácticamente de modo sistemático solo a partir de los años 90, tras la guerra en los Balcanes.

Los criminólogos que con anterioridad y por vez primera se han ocupado de las guerras y de sus crímenes son apenas tres: Hermann Mannheim, Sheldon Glueck y Mariano Ruíz Funes, los tres motivados por el genocidio y las atrocidades durante la II Guerra Mundial.

Hermann Mannheim, profesor ordinario alemán, víctima de la persecución antisemita en su país, como Max Grünhut, acogido en Reino Unido desde 1934 se dedicó a la criminología en la *London School of Economics*. Desde el primer momento de la guerra se ocupó de las consecuencias de esta para la criminalidad interna que daría lugar a la publicación en 1941 de su libro *War and Crime* de 1941 en el que se ocupa de las transformaciones de la criminalidad como consecuencia de la guerra, con un relevante incremento de los delitos económicos respecto de los de violencia. Pero se ocupó también de las guerras ilícitas, como la guerra de agresión y se ocupa de los efectos en la criminalidad de las migraciones forzadas, con un millón y medio de los emigrados del continente a las islas británicas ya en noviembre de 1939. Toma muy en cuenta la

delincuencia de los jóvenes en tal contexto. Mas relevante es su calificación de la agresión germana como crimen internacional a partir del Tratado de Briand-Kellog de 1928, así como la identificación como crímenes internacionales los cometidos en la acción de guerra, es decir los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cuyo concepto formulaba esos días en Cambridge el emigrado ucraniano Hans Lauterpacht. En su conclusión anticipa y fundamenta la idea de castigar penalmente los crímenes internacionales con un tribunal integrado por representantes de los países “civilizados”<sup>3</sup>.

El segundo, Sheldon Glueck, nacido en la Varsovia perteneciente al Imperio Ruso en 1896, emigró en 1920 a Estados Unidos, doctorándose en Harvard, donde enseñó desde entonces. Se ocupó primero con su mujer Eleonor de los jóvenes delincuentes y desde las vísperas de la guerra de los crímenes internacionales, publicando en 1944 su *War criminals. Their prosecution and Punishment* y participó activamente en el diseño y ejecución de Nuremberg como asesor del fiscal Jackson<sup>4</sup>.

El tercer monografista temprano es el español y también exiliado como los anteriores, Mariano Ruíz de Fúnez, catedrático de derecho penal y ministro de la República española en guerra. Se exilió en Cuba y luego definitivamente en México. Desde allí presentó un libro en portugués, con el título de *Criminología de la guerra*, para el prestigioso premio brasileño Afranio Peixoto que ganó en 1946 y se publicó en español en Argentina en 1960 con prólogo de Luis Jiménez de Asúa. Se ocupa también de la criminalidad con motivo y ocasión de la guerra, con las estadísticas internas, la criminalidad femenina, la económica, la llamada criminalidad del regreso de los que vuelven de la guerra y ampliamente sobre los crímenes y características de los responsables de los crímenes internacionales.

Sin embargo, el trabajo de estos tres primeros no tuvo continuidad. Así Ruth Jamieson manifestó en 1998 que la criminología apenas se ha ocupado de los que ahora se llaman crímenes de masa y atrocidades, de entre los cuales solo tiene nombre propio el

---

<sup>3</sup> Hermann Mannheim, *War and Crime*, Watts&Co, Londres 1941 p.147 y ss. y 137; Roger Hood, *Hermann Mannheim and Max Grünhut: Criminological Pioneers in London and Oxford*, British Journal of Criminology, Nº. 4, 2004, págs. 469-495; Elihu Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge University Press 2010; Luis Arroyo Zapatero, *Calle Este-Oeste. Sobre los orígenes de “genocidio” y “crímenes contra la humanidad”*,

El mundo del Abogado Mexico y <https://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/category/lecturas/>.

<sup>4</sup> *War criminals. Their prosecution and Punishment*, AA Knof, N.Y. 1944.

genocidio, aunque excluido el genocidio “político”, que resulta ser el contenido más común de los crímenes de masa, generalmente criminalidad de Estado.

Ruth Jamieson comienza así la introducción a su libro *Hacia una criminología de la guerra*, publicado en 1998, afirmando que a pesar de las recientes e importantes debates sobre el descenso de la barbarie en la Europa del siglo XX la incidencia y la ferocidad de las guerras y los conflictos étnicos no muestran signos de disminuir y la criminología europea contemporánea se mantiene en gran medida distante e impasible ante estas cuestiones punto aún más lo decía ya entonces en 1998, 25 años antes de la actual guerra de Ucrania y concluía entonces que a pesar de las apremiantes razones históricas y sustantivas para hacerlo la criminología contemporánea no ha prestado atención a las complejas conexiones que estructuran la relación entre la guerra y el crimen. Va a ser en 2014 cuando por vez primera se reúna el “Grupo europeo de criminología sobre crímenes atroces y justicia transicional”, dentro de la Sociedad Europea de criminología, por iniciativa de la gran especialista Alette Smeulers y que hoy preside Nandor Knust, ahora en la Universidad del Ártico Tromso de Noruega y antes responsable de la criminalidad internacional en el Instituto Max Planck de Friburgo<sup>5</sup>. En el mismo sentido se manifiesta Alexia Pierre, quien advierte sobre las razones de ese desinterés que radica en que « les crimes de masse contemporains se déroulent en majorité au cours d'affrontements armés, en périphérie de ceux-ci, ou dans les périodes de crise et de déstabilisation prolongées. Les atteintes aux populations civiles apparaissent alors, aux yeux des observateurs extérieurs, comme des faits de guerre, des dommages collatéraux, ou des actes inévitables qui résultent d'un contexte incontrôlable » y que la mayor parte de estos crímenes de guerra y atrocidades son el resultado de un proyecto, por lo común el de la apropiación de un territorio purgado de elementos no deseados <sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ruth Jamieson, *The Criminology of War*, en *Towards a Criminology of War in Europe*. Editors: Vincenzo Ruggiero, Nigel South, Ian Taylor Routledge, London & NY.1998; Nandor Knust, *Strafrecht und Gacaca. Die Aufarbeitung des ruandischen Völkermords mit einem pluralistischen Rechtsmodell*, MPI Fribourg i. Br. 2013; Alette Smeulers y Fred Grünfeld, *International crimes and other gross human rights violations : a multi- and interdisciplinary textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011 ; Smeulers, Alette, *Supranational criminology : towards a criminology of international crimes*, Smeulers, Alette (ed.) Roelof Haveman, Antwerp ,Intersentia, 2008.

<sup>6</sup> Alexia, Pierre, Le crime de masse en criminologie, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015/3, pags. 627 a 637.

En efecto, el genocidio comienza a ser objeto de la criminología tras producirse los crímenes de la antigua Yugoslavia y los de Ruanda. Pero los crímenes de masa y de Estado han de esperar a 2009 cuando se le otorga el premio Stockholm de criminología a Raúl Zaffaroni por sus trabajos respecto de los *Crímenes de Estado masivos*, que se produjeron epidémicamente sobre todo en América Latina en los años 70 y 80<sup>7</sup>.

Fue precisamente en 2014 cuando se reúne por vez primera el “*European Criminology Group on atrocity crimes and transicional justice*”, en el marco de la European Society of Criminology, a iniciativa de la gran especialista Alette Smeulders, el grupo que hoy preside Nandor Knust, ahora en la Universidad Noruega de Tromsø y antes responsable de crímenes internacionales en el Instituto Max Planck de Friburgo de Brisgovia<sup>8</sup>.

Son varias las razones que explican aunque no justifiquen ese retardo, desde problemas epistemológicos que han tendido a no considerar los crímenes atroces crímenes de las personas ordinarias y racionales, a problemas para captar la realidad de hechos de tal magnitud, las dificultades para obtener datos que resultan capitales para una criminología que aspira a ofrecer solo sobre evidencias en las que basar la política criminal, las dificultades para encontrar y comprender a las víctimas y sus lenguas, etc. Sin embargo, el enfoque criminológico, la identificación material de las conductas y de los procesos que conducen a la atrocidad, las características de las relaciones de poder y de mando de los grupos armados es imprescindible no solo para elaborar una política criminal adecuada de los delitos internacionales sino para la impartición de la Justicia internacional. La demoledora absolución por la Corte Penal Internacional del caso *Bemba II* deriva tanto en el proceso como como en la sentencia de la falta de consideración de las propiedades materiales de las conductas enjuiciadas.

No es necesario presentar aquí los diferentes ensayos para comprender y tratar desde la criminología los numerosos enfoques metodológicos que desde entonces se vienen

---

<sup>7</sup> Raúl Zaffaroni, *El crimen de Estado como objeto de la Criminología*, publicado en Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México y en 2009 :“Can Criminal Law Really Contribute to the Prevention of Crimes against Humanity?”, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 10:sup1, 2-25.

<sup>8</sup> Smeulders, Alette, *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*, en Smeulders, Alette&Roelof Haveman, eds., Antwerp , Intersentia 2008 ; AletteSmeuldersy Fred Grünfeld, *International crimes and other gross human rights violations : a multi- and interdisciplinary text book*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011.

efectuando sobre las diferentes manifestaciones del genocidio, de la guerra de agresión, de los crímenes de guerra y de los delitos contra la humanidad. Se trata más bien de evaluar qué resulta de todo ello más significativo para, por una parte, dotar de fundamento material a la acción de la justicia sea esta nacional o internacional y, por otra parte, identificar los procesos que han conducido a esta y a otras guerras cuya modelización permitiría mejor prevenir guerras futuras, así como elaborar diseños o mejoras de las políticas jurídicas correspondientes para la Unión Europea<sup>9</sup>.

De todas maneras, el año 2014 es un año de más innovaciones. La Unión Europea que había creado en 2002 y 2003 un grupo de trabajo para la prevención de los crímenes atroces en el seno de la Unión, que se impulsan sobre todo desde ese año y el siguiente. Esos esfuerzos recientes producen rápidamente resultados alrededor de la Ley Magnitsky americana y la europea y en las reacciones en 2014 a la primera invasión rusa de Ucrania, pero sobre todo en 2022<sup>10</sup>.

Es seguro de que la tristemente recién desaparecida Mireille Delmas-Marty, en lugar de limitarse a denunciar la guerra ilegal de agresión y luego los crímenes contra la humanidad, habría investigado los hechos y procesos que desencadenaron la guerra, que deben tenerse en cuenta para establecer las condiciones de la paz. Creo que habría desentrañado el problema utilizando su propia metodología, esbozada en su “Caminos de la armonización”, habría estudiado la guerra, la agresión rusa, no como un hecho aislado sino como un proceso en el que participaron actores rusos y ucranianos y no habría olvidado a otros actores como Estados Unidos y la OTAN, ni los hechos que provocaron los diferentes procesos. Este enfoque es interesante para ir más allá de la reclamación de justicia por los crímenes contra la humanidad, el crimen de agresión y los crímenes de guerra, sentando también las bases para la paz futura en Ucrania, Europa<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Puede verse todo ello de modo panorámico en la obra editada por Ruth Jamieson en 2014 y en Annette Smeulers, *Supranational Criminology* de 2008, y Alexia Pierre, cit., 631 y sigs.

<sup>10</sup> Consejo de la UE, Estrategia de la red de la UE de cooperación contra el genocidio para luchar contra los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en la Unión Europea y sus Estados miembros, La Haya, octubre de 2014, Bruselas 5 de febrero de 2015 La Haya, octubre de 2014; Eurojust/Genocide Network, *Prosecution of sanctions (restrictive measures) violations in national jurisdictions: a comparative analysis*, The Hague, december 2021 y ahora Eurojust/Genocide Network, *20 years on: Main developments in the fight against impunity for core international crimes in the EU*, The Hague, may 2022.

<sup>11</sup> *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising Criminal Law*, Mireille Delmas-Marty, Mark Pieth et Ulrich Sieber. Coordination : Juliette Lelieur. Société de législation comparée, Paris 2008. Hay versión en

Las sanciones que los países imponen a otros como consecuencia de la guerra requieren un análisis formal jurídico, o como el que se presenta en esta revista más adelante, pero también requiere un análisis de la eficacia de la adecuación al fin de atenuar el grado de violencia del agresor o para alcanzar la supresión de las hostilidades. Se hace necesario un estudio de la operativa real criminológica sobre los destinatarios tanto los Estados como los particulares y empresas a quienes se pretende neutralizar y se deberían establecer criterios europeos sobre las bases materiales de la responsabilidad personal y de las corporaciones. No basta solo identificar a los agentes formales del Estado agresor sino identificar y soportar con pruebas que personas tienen sobre las empresas un pleno dominio del hecho. Será seguramente útil una criminología de las corporaciones y de los *white collar criminals*<sup>12</sup>.

Es imprescindible recurrir a la imposición de sanciones para disuadir a otros de hacer la guerra, pero también habría que atender a la creación sistemática de situaciones de opinión propicias a la guerra, propias de la incitación al genocidio y la guerra a través de los diversos medios por los que se realiza el *hate speech*, así como a la represión de conductas que favorecen materialmente a la acción de guerra. Y es que de la literatura criminológica se deriva con frecuencia que los genocidios y las grandes atrocidades no son frutos ciegos de la acción humana, sino que suelen responder a un proyecto<sup>13</sup> y un proyecto que suele estar diseñado mediante la creación de un estado de opinión que denigra, deshumaniza al enemigo y que se reproduce sistemáticamente hasta apoderarse de los corazones y de las cabezas de las personas que están sometidas normalmente solo a esa información. A su vez se recurre a milicias y fuerzas no sometidas tanto a la disciplina jurídica militar. Eso ocurrió de modo extraordinario con el fenómeno de la “Radio de las mil Colinas” en Ruanda y eso ocurre en la Rusia de Putin, donde impera un monopolio absoluto de la comunicación y se recurre a milicias privadas con las características que tiene el grupo Wagner con su masivo reclutamiento de criminales.

---

español en Tirant lo Blanch, coordinada por Marta Muñoz de Morales, *Los caminos de la armonización penal*, Valencia 2009.

<sup>12</sup> *Oxford Handbook of Atrocity Crime*, ed. B Holo, H Nyseth Brehm, M Weerdesteijn. New York, Oxford Univ. Press. 2023. Sandra Walklate, Ross McGarry, (edits.), *The Palgrave Handbook of Criminology and War*, Palgrave Macmillan 2016; Brants C. 2007. Gold-collar crime, *en International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, ed. HN Pontell, G Geis, pp. 309 y sigs. Springer, Boston 2007

<sup>13</sup> Cfr. Alexia Pierre, Le crime de masse en criminologie, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015/3, p. 629



En lo que sigue me referiré a los aspectos criminológicos de los problemas fundamentales de la prevención y evitación de atrocidades desde el punto de vista internacional y de la Unión Europea tanto en cuanto a sus políticas de seguridad y defensa y de armonización de sanciones e incriminaciones penales como de su aseguramiento en su caso por el Procurador europeo.

Estas plasmaciones de la criminología las limitare a la política contra las intervenciones en las acciones militares y de guerra de grupos y corporaciones de mercenarios y la política de sanciones y su aseguramiento penal a nivel europeo, de capital importancia especialmente en una guerra *bastarda* que emplea los recursos energéticos y alimentarios como armas de guerra. Para un momento posterior dejare otros dos aspectos relevantes en la prevención del genocidio, la guerra y los crímenes atroces como son la política contra la difusión sistemática de informaciones falsas por el adversario desde el campo territorial de este o desde el propio y el combate del “discurso del odio” que soporta políticas genocidas y de guerra ilegal y cargada de crímenes de guerra. En todo caso vale decir que la política más razonable frente a las guerras atroces y a los genocidios es la de prevención, que cuando se ven superados por los hechos bien puede convertirse en medida de represión<sup>14</sup>.

## **2.La proscripción de los mercenarios y las empresas privadas militares y de seguridad equivalentes.**

Desde 1949 en el Convenio relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales se identifica el concepto de “mercenarios” como factor de riesgo. Desde entonces, pero especialmente desde la guerra de Irak, a iniciativa de países africanos que sufrieron especialmente el fenómeno se trabaja en la esfera de las Naciones Unidas por regular, prohibir e incriminar no solo a los mercenarios en particular sino a los modos en que se organizan y que hoy se entienden bajo los términos de “empresas militares y de seguridad privada” (EMSP). Existe una sola convención de

---

<sup>14</sup> Hollie Nyseth Brehm (2017) Re-examining risk factors of genocide, *Journal of Genocide Research*, 19:1, p. 61 a 87

Naciones Unidas para la prohibición y castigo “contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios”, adoptada el 4 de diciembre de 1989, tras nueve años de debates la Asamblea General de la ONU. La Convención tipifica como delito: a) el reclutamiento, la utilización, la formación o el entrenamiento de mercenarios, b) la participación directa de un mercenario en hostilidades o en un acto concertado de violencia y c) la complicidad y la tentativa de cometer cualquiera de los delitos previstos en la Convención y reclama de los Estados su incorporación en el derecho interno con penas adecuadas a su gravedad. Por su parte la Unión Africana dispone desde 1977 de una convención para la eliminación de la actividad mercenaria en África que se ha ampliado en el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos y que extiende también la iniciativa a los Gobiernos que reúnen a mercenarios para mantenerse en el poder.

Resulta evidente el factor de riesgo añadido para la comisión de atrocidades en las guerras la intervención de unidades militares ajenas al ejército ordinario y que carecen del orden y la disciplina de los ejércitos profesionales y a los que los Estados recurren en ocasiones precisamente por esa singularidad. En la guerra de Ucrania, Rusia emplea dos ejércitos de milicianos, por una parte, el llamado grupo Wagner y, por otra, las unidades chechenas de Kadyrov. No se sabe quiénes son más atroces. Los primeros, como es sabido, están integrados en buena parte por criminales a los que se ofrece la libertad tras cumplir con los combates y los demás son soldados de fortuna, puramente mercenarios, que actúan por cuenta de la política rusa en Ucrania y en todo África. De los de Kadyrov no hace falta más que ver sus lemas cuando se prestan al ataque en la plena confianza de encontrar en la muerte un gran destino. La “guerra santa” es su concepto.

En la guerra de Irak se tuvo amplia noticia de la intervención de miles de “contratistas”, especialmente de la corporación que entonces se llamaba *Blackwater*. Es sabido de sus crímenes contra la población civil y que sus máximos dirigentes fueron condenados por

los tribunales norteamericanos tras largos procesos y que Donald Trump los indultó en los últimos días de su presidencia<sup>15</sup>.

Elemental sentido de la prevención de atrocidades sería la prohibición de su empleo por los Estados y su consideración en Derecho Internacional penal como organizaciones criminales y su castigo como tales. Sin embargo, no solo no se ha avanzado en la materia, sino que se ha retrocedido especialmente desde la guerra de Irak en la que hicieron aparición mastodóntica esas “empresas militares y de seguridad privada”, lo que ha generado dificultades para la tentativa de discriminar las actividades lícitas de las criminales de estas organizaciones. Todo ello fue abordado en un amplio estudio que toma el nombre de *Documento de Montreux*, elaborado por la Cruz Roja Internacional. Para lo que aquí interesa basta indicar que el documento recomienda a los Estados exigir responsabilidad penal por todos los crímenes internacionales para los que el Derecho Internacional exige la criminalización. Pero como afirma el Grupo de Trabajo de las Comisión de Derechos Humanos de NU se requieren no solo recomendaciones y códigos de buenas prácticas, sino normas jurídicas vinculantes de Derecho Internacional <sup>16</sup>.

La Unión Europea ha aplicado medidas restrictivas a directivos del Grupo Wagner (Consejo europeo, Asuntos Exteriores, noticias, 13 dic. 2021), por sus acciones no solo en Ucrania, sino también en Siria y varios países de África. Pero parece que la UE no tiene una opinión firme en esta materia más que si las empresas de mercenarios son rusas. En el año 2017 tuvo lugar un debate en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre una resolución que condenaba la utilización de mercenarios, en el cual los representantes de Estados Unidos y la Unión Europea votaron en contra<sup>17</sup>. En el mismo año tuvo lugar

---

<sup>15</sup> ACNUDH, “US pardons for Blackwater guards an ‘affront to justice’ – UN experts”, 2020 (<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/12/us-pardons-blackwater-guards-affront-justice-un-experts>); J. Aparac, “Business and armed non-State groups: challenging the landscape of corporate (un)accountability in armed conflicts”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, núm. 2 (2020); Delafoncelle, R., For Profit Security Companies, Sandra Walklate, Ross McGarry, Typologies: Policing in Conflict and Post-conflict Zones, en *The Palgrave Handbook of Criminology and War*, Palgrave Macmillan 2016.

<sup>16</sup> *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, Confederación Suiza y CICR, Ginebra 2011, p. 23.

<sup>17</sup> 22 de septiembre de 2017, A/HRC/36/L.2

un debate en la comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, que emitió un proyecto de resolución en el que se proponía que la Comisión Europea contratase únicamente a aquellas empresas de seguridad privadas que tengan su base en Estados miembros de la UE y que hubiera una supervisión sobre su actuación así como que se establecieran normas más estrictas para su contratación y se adoptara un criterio común y vinculante en el seno de los países de la Unión Europea<sup>18</sup>.

Por todo lo expuesto, parece a todas luces evidente que la UE debería impulsar en su propio ámbito un instrumento legislativo sobre las EMSP, sus manifestaciones criminales y sus propuestas de armonización recomendada por los Estados miembros. Es evidente que la UE tiene aquí un importante terreno para recorrer. Con éxito lo ha hecho aprobando lo que se conoce como la Ley Magnitsky europea<sup>19</sup> que dispone la aplicación de sanciones en caso de genocidio, los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos como la tortura, la esclavitud, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias. Igualmente, cabe la posibilidad de adoptar sanciones por otras violaciones de derechos humanos, siempre que sean de carácter sistemático o generalizado, como la trata de seres humanos, violencia sexual, la libertad de reunión y de asociación, la libertad de opinión y de expresión, y la libertad de religión.

Pero las medidas restrictivas pretenden o deberían pretender, además de comportar la coacción psicológica conveniente a los fines de disuadir de iniciar o continuar una guerra, también, en el caso de no haber tenido el éxito esperado, el financiar con los recursos obtenidos la restauración de Ucrania de los efectos de la guerra. Para ello resulta necesario establecerlo así en la legislación comunitaria y seguramente también en las nacionales. Evidentemente esto sería así en todo caso si la guerra de agresión, los crímenes de guerra y contra la humanidad fueran juzgados por un Tribunal, pero parece evidente que tal expectativa remitiría a un futuro incierto. Es cierto también que el objeto de las sanciones y los fondos y bienes retenidos pudieran calificarse como frutos directos

---

<sup>18</sup> Elke Krahnmann/ Cornelius Friesendorf, *The role of private security companies (psecs) in csdp missions and operations*, Directorate-General for external policies of the Union, Bruselas 2011.

<sup>19</sup> Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos; Decisión (PESC) 2020/1999 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos

o indirectos de dichos crímenes y resultar objeto de comiso, que es algo resuelto todos los países de la Unión, pero que también sería discutible por algunos, y no habría en consecuencia facilidades para la gestión comunitaria de los fondos, salvo que así se estableciera en la legislación comunitaria.

### **3. Las sanciones y medidas restrictivas de la UE a los responsables de los hechos criminales y la armonización penal europea de las conductas infractoras y elusivas de las mismas**

Las sanciones que los países imponen a otros como consecuencia de la guerra requieren un análisis formal jurídico, o como el que se presenta en esta Revista más adelante, pero también requiere un análisis de la eficacia de la adecuación al fin de atenuar el grado de violencia del agresor o para alcanzar el cese de las hostilidades. Se hace necesario un estudio de la operativa real criminológica sobre los destinatarios tanto los Estados como los particulares y empresas a quienes se pretende neutralizar y se deberían establecer criterios europeos sobre las bases materiales de la responsabilidad personal y de las corporaciones. No basta solo identificar a los agentes formales del Estado agresor sino identificar y soportar con pruebas claro qué personas tienen sobre empresas un pleno dominio del hecho. Será seguramente útil una criminología de las corporaciones y de los *white collar criminals* a la que antes se ha hecho referencia.

Las sanciones entre Estados para la prevención o como consecuencia de una guerra tienen tradición especialmente como política comercial. Las guerras napoleónicas están configuradas por sanciones comerciales y embargos de exportaciones, pero las medidas restrictivas y sanciones modernas de orden financiero y de congelación de bienes y activos es un fenómeno moderno, determinado precisamente por lo niveles de globalización alcanzados. La primera reflexión sobre estas sanciones como arma de paz y de guerra que conozco la cita Hermann Mannheim en su *War and Crime* antes citada, quien reflexiona por vez primera sobre los límites de la intermediación en fases anteriores

a la guerra defensiva, incluso sobre los límites de la resocialización. La reflexión sobre su eficacia preventiva de guerras de agresión y atrocidades no ha cesado desde entonces<sup>20</sup>.

Con todo, lo peor de las sanciones a los países agresores es su incumplimiento. Así ocurrió con las sanciones impuestas por la Sociedad de Naciones: ni se impuso a Italia un embargo de petróleo ni el Reino Unido bloqueó el Canal de Suez para interrumpir el avituallamiento de los invasores. Y aún más grave, cuando las sanciones o medidas restrictivas se imponen solo a la parte positiva del conflicto y no se hace cumplir a la otra. Se debe recordar el coste para Europa y para el mundo que supuso el embargo de armas a la República española. Resulta sorprendente, por ejemplo, que la excelente memoria de René Cassin, *Les hommes partis de rien*, no mencione en ningún momento el efecto determinante de la derrota de la II República española para la invasión de Austria, Checoslovaquia y, luego, Polonia y Francia. Un completo y reciente estudio se ofrece por Nicholas Mulder en libro que analiza la política de sanciones desde 1945 hasta la actualidad cercana<sup>21</sup>.

#### **a) Comiso y apropiación resarcitoria de los bienes objeto de las Medidas restrictivas.**

Si se observan los esfuerzos de las autoridades de la Unión y de los Estados miembros por ejecutar con eficacia las sanciones europeas se advierten problemas de déficit de capacidad de identificación y también de maniobras de elusión de las medidas por los afectados individuales o las empresas. Se parte más de mejorar la normativa europea reguladora de todo ello y por otra de armonizar aquello que hoy ofrece debilidades en las esferas nacionales. Resulta evidente que el incumplimiento de las medidas, su inaplicación por algunas autoridades nacionales y las maniobras elusivas de los afectados deberían tener la misma consideración sancionadora en todos los países, sin que los sujetos a las medidas puedan dentro de la UE “elegir al príncipe”, en palabras del recordado Cesare Pedrazzi.

---

<sup>20</sup> *International Sanctions*. A Report by a Group of Members of the Royal Institute of International Affairs. Oxford University Press (1938), obra de un grupo de trabajo ante la invasión italiana de Abisinia.

<sup>21</sup> Nicholas Mulder, *The Economic Weapon. The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War*, Yale University Press, 2022, al que siguen varias reseñas muy interesantes que han sido editadas por Christopher Schaefer en *Toqueville 21, Book Forum, March 2022* con respuesta del autor.

La ampliación de los *eurodelitos* a la elusión de sanciones y medidas restrictivas, y no solo las vinculadas a la seguridad exterior de la Unión, surge durante la Presidencia Europea de Francia en 2022. El Consejo solicitó la aprobación al Parlamento y con posterioridad adoptó la Decisión de iniciar este procedimiento el 28 de noviembre de 2022<sup>22</sup>.

La cuestión requiere urgentemente una armonización de figuras delictivas y penas que defina un nuevo euro-delito, lo que se prepara desde hace algunas semanas, a una velocidad desconocida en la práctica legislativa de la Unión. La cuestión estudiada intensamente desde la invasión rusa de Ucrania tiene dos consecuencias. Por una parte, la armonización como delito de las diversas formas de incumplimiento de las sanciones por medio de una directiva y, por otra, por la de atribuir las competencias investigadoras de estos delitos al Procurador europeo.

El Consejo Europeo de 9 febrero de 2023 ha reafirmado su propósito de exigir responsabilidades por los crímenes de guerra y demás crímenes graves que se cometen en Ucrania y apoya la creación de un mecanismo adecuado para el enjuiciamiento del crimen de agresión y apoyan las investigaciones del Fiscal ante la Corte penal internacional así como la creación en la Haya de un mecanismo adecuado para el enjuiciamiento del crimen de agresión que estaba vinculado al equipo conjunto de investigación existente y a Eurojust<sup>23</sup>. Ese mismo Consejo Europeo ha llamado a incrementar la cooperación entre los organismos de los Estados desde el control de aduanas, las autoridades tributarias, los servicios de inteligencia, los institutos de investigación y las agencias de estadística para mejorar la aplicación de las medidas coercitivas y las sanciones, para concluir con la referencia a la acción legislativa en el UE de la política de sanciones y crear la incriminación de la elusión de sanciones en un

---

<sup>22</sup> Para un acertado relato y valoración de los acontecimientos penales en la UE a lo largo de ese año v. Didier Rebut, *L'ajout de la violation des sanctions européennes contre la Russie à la liste des infractions pénales de l'Union européenne : Signification, portée et perspective*, en *Le Blog des Juristes*, 2 diciembre 2022.

<sup>23</sup> Sobre la complejidad del ejercicio de la jurisdicción penal sobre la agresión rusa y sus atrocidades v. William Schabas, *La Justice pénale et la guerre en Ukraine*, en *Le Club des Juristes*, 19 mars 2022, y Didier Rebut, Jean Francois Laval y Anne Laure Chaumette en varios artículos en la misma Revista, así como las diferentes contribuciones en *Journal of International Criminal Justice*, 20, 4, septiembre 2022, con introducción de Julia Geneus y Florian Jessberger.

Reglamento y el instrumento de armonización del delito en una Directiva, cuya propuesta se ha publicado tras recibir voto favorable del Parlamento el pasado diciembre<sup>24</sup>.

Todo se fundamenta en el artículo 83.1 de la TFUE que establece un número cerrado de eurodelitos, no ampliable salvo que resulte necesario para la puesta en práctica de una política de la Unión, como fue el caso de las infracciones constitutivas de abuso de mercado. Ahora bien, el propio artículo 83.1 prevé que el Parlamento y el Consejo puedan ampliar la relación de los eurodelitos cuando, tenida cuenta de la evolución de la delincuencia y otro grupo de delitos presente especial gravedad y tenga dimensión transfronteriza<sup>25</sup>. La ampliación del catálogo de los eurodelitos a la elusión de la aplicación de las sanciones y medidas no solo las vinculadas a la seguridad exterior de la Unión surge durante la presidencia europea de Francia en 2020. El Consejo solicitó entonces la aprobación al parlamento y con posterioridad adoptó la decisión de iniciar este procedimiento que se adoptó el 28 de noviembre de 2022.

Las medidas restrictivas pretenden, o deberían pretender, además de comportar la coacción psicológica conveniente al fin de disuadir a las entidades o personas de iniciar o continuar o una guerra o El obtener los recursos necesarios para financiar la solidaridad con Ucrania tanto en materia civil como militar y en el futuro la restauración De Ucrania frente a los efectos de la destrucción masiva que está sufriendo. A tal fin deberían servir los recursos obtenidos de momento mediante la aplicación de las medidas restrictivas. Para ello resulta necesario establecerlo así expresamente en la legislación comunitaria y coma seguramente también coma de las legislaciones nacionales punto esto sería así evidentemente si la guerra de agresión coma los crímenes de guerra y contra la humanidad fueron juzgados por un tribunal coma y pero parece evidente que tal expectativa se remitiría a un futuro incierto es verdad que el objeto de las sanciones y de

---

<sup>24</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, Bruselas, 2.12.2022 COM(2022) 684.

<sup>25</sup> Klaus Tiedemann y Adan Nieto, *Eurodelitos, con edición mexicana de INACIPE de 2006: el derecho penal económico en la Unión Europea*, UCLM, Cuenca 2005; con edición mexicana de INACIPE de 2006; 4; Marta Muñoz de Morales y Luis Arroyo Zapatero « Le contrôle des choix de Pénalisation : effets directs et indirects », en Giudicelli Delage, g./ Manacorda, S. (dirs.): *Cour de Justice et Justice Pénal*, UMR de Droit Comparé de Paris, vol. 19, Société de Législation Comparée, Paris 2010, pp. 23-55 y Arroyo Zapatero L. y Muñoz Morales M. L'harmonisation autonome, en *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda (dirs.). pp. 113-139; Société de Législation Comparée, 2012. ISBN: 978-2-36517-011-6.



los fondos y bienes retenidos pudieran calificarse como frutos directos o indirectos de dichos crímenes y resultar objeto de comiso, que es algo resuelto en todos los países de la Unión como pero sería discutible y no habría facilidades para la gestión comunitaria de los fondos.

Debe tenerse en cuenta que la invasión de Ucrania por Rusia y el apoyo de la Unión Europea y de los países miembros ha comportado costes financieros elevadísimos y que su recuperación es una cuestión capital para los intereses financieros de la Unión como y quien verá de nuevo comprometidos sus intereses y su presupuesto a la hora de la reconstrucción inevitable de Ucrania punto este asunto no está explícito en los documentos relacionados con la directiva y lo ha aclarado suficientemente Andrés Dornbierer en su estudio sobre “De las sanciones al decomiso respetando el Estado de derecho”<sup>26</sup>. Ahora bien, el 30 de noviembre 2022 la Presidenta von der Leyen afirmaba que “Rusia también debe pagar financieramente por la devastación que causó. Los daños sufridos por Ucrania se estiman en 600.000 millones de euros. Rusia y sus oligarcas tienen que compensar a Ucrania por los daños y cubrir los costes de reconstrucción del país. Y tenemos los medios para hacer que Rusia pague. Hemos bloqueado 300.000 millones de euros de las reservas del Banco Central y hemos congelado 19.000 millones de euros del dinero de los oligarcas rusos. A corto plazo, podríamos crear, con nuestros socios, una estructura para gestionar estos fondos e invertirlos en ellos. Después utilizaríamos los ingresos para Ucrania. Y una vez levantadas las sanciones, estos fondos deberían utilizarse para que Rusia pague una indemnización completa por los daños causados a Ucrania. Trabajaremos en un acuerdo internacional con nuestros socios para que esto sea posible. Y juntos podemos encontrar vías legales para conseguirlo”<sup>27</sup>.

Pero hasta el momento la cuestión es sencilla y sorprendente, pues parece como si la UE se hubiera tomado el cuidado de disponer legislativamente de un sistema de medidas coercitivas financieras que no se conviertan en caso de fracasar en su propósito en el decomiso de activos, lo que vale tanto como decir que si la guerra en Ucrania terminara

---

<sup>26</sup> Andrew Dornbierer, *From sanctions to confiscation while upholding the rule of law*, Basel Institut on Governance, Working Paper 42, Febrero 2023

<sup>27</sup> Statement President European Commission, Brussels 30 nov. 2022 y. Bernardo de Miguel, La UE promueve la confiscación de bienes rusos para pagar la reconstrucción de Ucrania, *El País*, 9 de mayo de 2022; *Russian Elites, Proxies, and Oligarchs Task Force Joint Statement*, U.S. Department of the Treasury, June 29, 2022, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0839>.

de un modo distinto a la improbable rendición incondicional de Rusia habría que devolver a ésta todos los bienes y valores embargados. A su vez, la UE tendría que establecer entonces un impuesto especial para restaurar los costes de apoyo a Ucrania, tanto lo del derivado del armamento entregado en su acción de guerra defensiva como para la asistencia prestada los millones de desplazados, así como el plan de recuperación futuro. Y es que en lo que se programa ahora en la Directiva en cuestión y en otra que se prepara sobre el comiso y que enseguida se precisa, solamente se prevé la creación de delitos para las conductas de elusión y vulneración de las normativas y disposiciones que imponen las medidas. La UE ha evitado de momento decidir la conversión de las medidas restrictivas provisionales en definitivas, es decir, en el comiso de los bienes y valores objeto de esas medidas cuando el objetivo pretendido, en este caso cuando se produzca el cese las hostilidades y de la ocupación de Ucrania por parte de Rusia. No solo se carece de previsión en esta Propuesta de Directiva sino tampoco en el Reglamento 2020/1998 relativo a medidas restrictivas y en su correlativa Decisión 2020/1999<sup>28</sup>.

Tampoco aborda el asunto la Propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de 25. 5. 2022, que se limita extender el comiso a los *delitos de elusión* de medidas. Así, en su considerando 6 manifiesta: “La presente Directiva no regula el embargo de fondos y recursos económicos en virtud de medidas restrictivas de la Unión”, y en el considerando 11 prevé que se deberá ampliar el embargo y el comiso al incumplimiento de medidas restrictivas cuando se haya aprobado la Propuesta Decisión (de 2.12.2022), por lo que entre los delitos a los que se aplica la nueva regulación del comiso dispone en el art. 1. 2: “La presente Directiva establece asimismo normas a fin de facilitar la aplicación efectiva de medidas restrictivas de la Unión y la posterior recuperación de los bienes relacionados con delitos cuando sea necesario para prevenir, descubrir o investigar delitos relacionados con el *incumplimiento de medidas restrictivas* de la Unión”.

---

<sup>28</sup> Muy crítico con la Comisión: Nielsen Jeff, *Considering the EU Commission’ proposal on its Directive for Criminal Penalties for Violations of Restrictive Measures in the Context of a Comparative Analysis with United States Sanction Enforcement*, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4283807>; También Michael Kilchling, *Beyond Freezing? The EU’s Targeted Sanctions against Russia’s Political and Economic Elites, and their Implementation and Further Tightening in Germany*, EUCRIM, 2/2022 pp 136 – 146; sobre su criminología : Eurojust/Genocide Network, *Prosecution of sanctions (restrictive measures) violations in national jurisdictions: a comparative analysis*, The Hague, december 2021; Eurojust, *Key factors for successful investigations and prosecutions of core international crimes*, EU Agency for Criminal Justice Cooperation, , Bruselas 2022.

Toda la cuestión radica en la preocupación generalizada por si el comiso de tales bienes hubiera de realizarse en un proceso complejo que terminaría en litigios en el TJUE de Luxemburgo y, en su caso, en Estrasburgo, instancias que podrían no reconocer un proceso debido o una lesión de los derechos de propiedad. Quienes tienen esa preocupación tienen buenas razones para ello y no es necesario más que ver la resolución del Tribunal de Luxemburgo de 8 de marzo de 2023 en la que se anula la aplicación de medidas restrictivas a la madre del fundador de Wagner, con patrimonio considerable, al parecer porque, dicho de modo simple, la Comisión no ha conseguido del Registro Mercantil moscovita ni acceso ni documentos que prueben el origen y la evolución del patrimonio y empresas que antes de 2019 pertenecían al criminal de guerra y jefe de los mercenarios rusos en Ucrania<sup>29</sup>, una argumentación bien ajena a la doctrina del propio tribunal que reclama interpretar los asuntos “en su contexto”, que no es otro aquí que un estado de guerra abierta.

Una conclusión de lo expuesto es que la UE no debe limitarse solamente a definir y armonizar las conductas elusivas de las medidas restrictivas, sino que también debe incorporar al catálogo de ilícitos susceptibles de sanción y aptos para el decomiso a los comportamientos que proscriben estos instrumentos que prevé el artículo 3 de la propuesta de la Directiva. La definición de la conducta ilícita puede y debe hacerse en el Reglamento 2020/1998 relativo a las medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, Curiosamente, al enunciar los delitos por los que se aplica este Reglamento señala el genocidio (a) y los crímenes contra la humanidad (b) pero no menciona la guerra de agresión ni los crímenes de guerra.

Sería por lo tanto necesario incorporar al Reglamento 2020/1998 una cláusula que, sin perjuicio de su definitivo perfil, estableciera que “cuando las acciones constitutivas de abuso o violación de Derechos humanos que fundamentan la adopción de medidas continúen con posterioridad a pesar de ello, los fondos y recursos económicos obtenidos serán decomisados y adscritos a la reparación de los daños producidos o que se sigan produciendo o a la recuperación de gastos en que se ha debido incurrir, en especial

---

<sup>29</sup> Anna Pingen, *Annulment of Restrictive Measures Applied to Mother of Wagner Group Founder*, eucrim, 10 marzo 2023 y sentencia del TJUE de 8 de marzo 2023.

como consecuencia de una guerra ilegalmente declarada contra otro país. El Consejo de la UE tendrá sobre ello todas las facultades de administración y adscripción”.

**b) Relevancia en la Directiva de armonización de la incriminación del dolo y la imprudencia: el problema de la ignorancia deliberada.**

Pero la criminología revela que uno de los problemas más graves que afronta una incriminación armonizada de los comportamientos elusivos de las medidas restrictivas es el referido al tipo de la responsabilidad subjetiva. La propuesta de Directiva hace referencia en su art. 3, 1a que serán castigadas “las vulneraciones de las medidas restrictivas de la Unión (que) constituyan una infracción penal cuando se cometan de forma dolosa” con unas penas relevantes previstas en el artículo 5 y, previamente, en el art. 3 .3 se dispone que “la conducta a que se refiere el apartado 2, letras a) a g), “constituirá infracción penal también si se comete por negligencia grave”, sin que para estos supuestos haya indicación de pena a armonizar, lo que merece una primera consideración, pues las penas por las conductas imprudentes suelen ser mínimas, descartándose en general la privación de libertad y reduciéndose a la multa, que en no pocas ocasiones es menor que la sanción pecuniaria administrativa.

La criminología pone de relieve precisamente que en la práctica lo que suele ocurrir en todos estos hechos cuya sustancia principal consiste en incumplimiento de normas y disposiciones se resuelven como imprudencia, porque la conducta principal no puede demostrarse que se haya realizado a sabiendas de las circunstancias y de la prohibición de la conducta. Sin embargo, en la mayor parte de los supuestos delictivos que se realizan vulnerando normas administrativas o mercantiles como las que nos ocupan los sujetos actúan situándose en una ignorancia deliberada que les evita conocer que se dan las circunstancias y las disposiciones de la inmovilización de activos o de que su movilización infringe las normas generales o particulares que le corresponden. Se trata de un comportamiento bien consciente en la práctica por el que el sujeto se niega a advertir que está sometido a una medida restrictiva y, no obstante, y realiza la acción de disposición. El derecho nacional o europeo no pueden desconocer esta realidad pues facilita lo que en algunos ordenamientos se conocen como fraude de ley, aunque la expresión que mejor identifica el comportamiento subjetivo del sujeto y sus

consecuencias es la de actuar en ignorancia deliberada ("*willful blindness*," "*Rechtsblindheit*")<sup>30</sup>.

Estos comportamientos que pretenden eludir la penalidad son propios de los ámbitos de actividad de los profesionales y de las organizaciones empresariales, como por ejemplo ocurre en general en el ámbito de los delitos económicos de las empresas, o en el recientemente bien estudiado mercado de bienes culturales protegidos. Respecto de ello se informa en los estudios criminológicos que los marchantes de arte en no pocas ocasiones ignoran que se trata de bienes culturales protegidos como consecuencia de que no han querido comprobar su origen verdadero o su naturaleza protegida, a pesar de haber normalmente iniciado indicios de ello, lo que deja por completo en el aire la protección entera de tales bienes culturales<sup>31</sup>

En consecuencia, conviene introducir en la armonización de las infracciones penales de elusión de las normas de las medidas restrictivas una cláusula que evite la reconducción automática de los comportamientos delictivos a la responsabilidad por imprudencia y a la pena solo de multa de los abusos cometidos en la actitud de ignorancia deliberada. Esta es una cláusula que garantizaría una aplicación de la Directiva igual en todo el territorio de la Unión Europea sin que ningún país pueda convertirse descuidadamente en el "Principado" del delito imprudente.

Bastaría para ello añadir una cláusula en el artículo 5 tras el apartado cuatro, como un 4 bis, que estableciera que "con las mismas penas de los dos anteriores apartados se castigarán las respectivas conductas cuando se realicen con ignorancia deliberada, tanto de la sujeción de los bienes o fondos a medidas restrictivas o del alcance y significado de éstas". El significado de la cláusula es bien conocido en el derecho anglosajón y en algunos de los países de derecho continental. Representa un problema teórico profundo de extrema complejidad para distinguir el dolo de la imprudencia, así como de sus

---

<sup>30</sup> Sobre la asentada experiencia alemana con este problema, especialmente en los embargos, ver Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed. Wahlen, Munich 2018, especialmente 257 y sigs.

<sup>31</sup> V. Manacorda, Stefano, y Chapell Duncan, *Crime in the Art and Antiquities World, Illegal Trafficking in Cultural Property*, Springer, N.Y. and o. 2011; Polk, Kenneth and Chappell, Duncan: *Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud*, 2009, 393-412. <https://ro.uow.edu.au/lawpapers/73> [acc. 17.3.2023]; Duncan Chappell, Kenneth Polk, *The Peculiar Problem of Art Theft, Contemporary Perspectives on the Detection, Investigation and Prosecution of Art Crime*, Routledge, 2014

fórmulas intermedias como el dolo eventual o la temeridad, pero todo se resuelve si la ley lo dispone y ya no resulta una mera cuestión doctrinal o teórica. A la doctrina le quedará la tarea de elaborar criterios que puedan discriminar unas conductas más graves que otras. La ley, en este caso inicialmente es fundamentalmente un sistema de calificación como delito y de adjudicación de penas. La cláusula no dice que la ignorancia deliberada sea dolo, sino solamente que le adjudica la misma pena que al dolo<sup>32</sup>.

#### 4. Conclusiones

Para nuestro *campo penal* la respuesta a la guerra y a las atrocidades ha de ser principalmente jurídica, de denuncia y reacción penal sancionadora, pero no ciegamente, sino de modo reflexivo y contextual, lo que reclama la *mirada criminológica* como soporte de lo jurídico.

La criminología nos dice que la *impunidad* de las atrocidades es el más fuerte factor criminógeno, por lo cual es imprescindible someter a los responsables de esta guerra y de su modo de conducción a la justicia penal, bien a la CPI, bien a una Corte internacional *ad hoc*, bien a un Tribunal ucraniano internacionalizado con la cooperación de la Unión Europea.

La guerra de Ucrania dio comienzo con un ejército mercenario, el grupo Wagner, los “hombrecillos verdes” que ocuparon Crimea en 2014. Su incriminación armonizada para la persecución penal temprana de los *mercenarios* puede prevenir y evitar el asalto posterior con ejércitos ordinarios.

La política de *sanciones* a los países agresores no tiene alternativa para el resto de los países europeos o, mejor dicho, su única alternativa es la movilización y la guerra, pues

---

<sup>32</sup> Para ello véase por todos Francesco Rossi, *Un'introduzione al problema dell'“ignoranza deliberata” nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, en *La legislazione penale*, 27.9.2022 <https://www.la legislazione penale.eu/>; R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona 2008; J.L. Marcus, *Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness*, en *The Yale Law Journal*, 1993, 102, 8, 2256 y sigs.; F. Curi, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano 2003; A. Sarch, *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don't*, Oxford UP 2019.

no es aceptable someterse a una política imperialista bélica, cuyos límites se desconocen, y que sería fuentes de nuevos peligros. La única alternativa verdadera a entrar en la guerra es proporcionar armamento a un pueblo que se levantó en armas en su día y aplicar sanciones económicas que, de no cesar la guerra, deben convertirse en sanciones definitivas, con fondos y bienes confiscables y destinados a indemnizar al país víctima, ayudar a su reconstrucción y financiar los compromisos financieros en que la UE ha incurrido en armamento y solidaridad con los desplazados, más los que sean necesarios para estimular su desarrollo. Para garantizarlo jurídicamente hay que *incluir la guerra de agresión y los crímenes de guerra entre los delitos que justifican la adopción de medidas restrictivas en el Reglamento 2020/1998* y disponer en éste la confiscación de bienes y valores, así como en la Propuesta de Directiva de embargo y comiso, e incluir en la Propuesta de Directiva de armonización de los delitos de elusión de las medidas las conductas realizadas en ignorancia deliberada.

En definitiva, UE debe hacer frente al reto de diseñar la calificación jurídica de las infracciones del Derecho Internacional a las que se quiere hacer frente y por lo tanto tiene que completar el concepto de medidas con la definición de la infracción internacional que fundamente, primero, la aplicación de medidas restrictivas y, luego, el comiso, en condiciones que no resulten objetable desde nuestras instancias guardianas de los derechos humanos. La criminología de los comportamientos de quienes contribuyen a la guerra y son objetos de medidas y sus modos financieros de operar reclama afrontar la *criminalización de las conductas elusivas de las medidas* con penas graves de prisión y la *armonización de los delitos y penas* en toda el Unión Europea.

La criminología de empresas y directivos de las mismas reclama que la punición de conductas en este contexto empresarial castigue no solo las conductas elusivas realizadas a sabiendas, dolosamente, como propone la Directiva, sino *también los comportamientos en ignorancia deliberada*, con penas equivalentes a las conductas con dolo, bien diferenciadas de las penas de la imprudencia propiamente dicha, que tiene penas muy leves.

A su vez, la experiencia positiva de la eficacia de la Fiscalía Europea en la persecución penal de los delitos contra los intereses financieros de la UE ha inducido a los ministros de Justicia francés y alemán a proponer una ampliación de sus competencias a la

vulneración del cumplimiento de las sanciones (Dupond-Moretti y Marco Buschmann, en *Le Monde*, 29 nov. 2022). Sin armonización en la investigación criminal mediante el procurador europeo no habrá verdadera armonización de los de los delitos. Nos encontramos verdaderamente con un Derecho penal Global y, como indica Adan Nieto, en una *Postnational Criminal Justice Era*<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Adan Nieto, *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century*, Palgrave, Cham, 2022.