

## PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CORRUPCIÓN EN CHINA

Margaret K. LEWIS\* \*\*

**SUMARIO:** Introducción. Perspectiva fuera de China: La presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito II. La perspectiva dentro de China: La Presunción de Inocencia en el Enriquecimiento Ilícito III. China: El caso para un enfoque de responsabilidad inversa de la carga de la prueba. IV. Interacción entre la presunción de inocencia y otros derechos. V. Conclusiones

### INTRODUCCIÓN

Los beneficios públicos que se obtenían por ser Teniente Alcalde de las ciudades prósperas no eran suficientes. Atraídos por los promotores de bienes raíces que buscaban contratos lucrativos, los Tenientes Alcaldes utilizaban sus posiciones para realizar operaciones directas, así como apropiarse del dinero de las empresas estatales bajo su mando. Tales historias de abuso de poder para obtener beneficios personales se encuentran en todo el mundo, sin embargo China enfrenta una crisis que minimiza la batalla contra la corrupción de la mayoría de los países. Como respuesta a la indignación pública<sup>1</sup>, el gobierno está tomando medidas drásticas para demostrar que está capacitado para enfrentar el problema. Recientemente, en julio de 2011, los Teniente Alcaldes de Hagzhou y Suzhou

fueron ejecutados por aceptar gran cantidad de sobornos y abusar de sus poderes oficiales<sup>2</sup>. Al anunciar las ejecuciones, el Portavoz del Gobierno explicó: “Para los delitos en los que una persona se aprovechó de su cargo, especialmente en los casos de corrupción y soborno que por ser tan graves pueden ser castigados con la pena de muerte, el Tribunal no será blando, sino que ordenará las ejecuciones decididamente (...)”<sup>3</sup>.

Estos casos de corrupción no son meras anomalías. Un infiltrado del Banco Popular de China reportó que entre mediados de 1990 y 2008, 10 000 oficiales chinos corruptos trasladaron colectivamente aproximadamente \$ 120 billones fuera del país<sup>4</sup>. Así, la República Popular de China (RPC o China) está lidiando con graves acusaciones de corrupción contra

\* Profesora asociada, Facultad de Derecho de la Universidad Seton Hall, Estados Unidos de América. Quiero agradecer a los participantes en la conferencia “Justicia Penal en China: Perspectivas comparativas”, organizada por la Universidad China de Hong Kong en Mayo de 2011. Agradezco también a Jenny Carroll, Barbara Fredericks, Maya Grosz, Guo Zhiyuan, Kristin Johnson, Carl Minzner, Jordan Paradise, Michael Risinger y Thoman Stutsman por los comentarios a ediciones anteriores, así como a Patrick Messner, Tara Toner, y Ma Xiao por su colaboración como asistentes de investigación. Asimismo, este artículo fue auspiciado por una beca de investigación de verano de la Escuela de Leyes de la Universidad Seton Hall.

\*\* Este artículo apareció inicialmente en su idioma original en el volumen 50, número 2 (2012) del *Columbia Journal of Transnational Law*, Columbia Law School, New York, Estados Unidos de América. Traducción del inglés a cargo de Virginia Naval (Universidad de San Martín de Porres) y Raúl Pérez (Universidad Alas Peruanas), asistentes de investigación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Corrección de la traducción a cargo de Luis Reyna Alfaro.

1 Véase, e.g., Teng Biao, *Blood, Justice and Corruption: Why the Chinese Love Their Death Penalty*, Time.com, disponible en <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2075010-1,00.html> (traducción al inglés del artículo publicado en *Economic Observer*, <http://www.eeo.com.cn/>) (informe de aceptación pública de las sentencias de pena de muerte contra los teniente alcaldes de Hangzhou y Suzhou).

2 Véase *Two Former Officials Executed*, China Daily Online, July 20, 2011, [http://www.chinadaily.com.cn/cndy/2011-07/20/content\\_12939151.htm](http://www.chinadaily.com.cn/cndy/2011-07/20/content_12939151.htm) (informe que concluye que Xu Maiyong y Jiang Renjie aceptaron el equivalente a decenas de millones de dólares estadounidenses en sobornos y malversación de fondos).

3 Id.

4 Leo Lewis, *Mistakenly-Released Report Reveals Embarrassing Extent of Chinese Corruption*, The Australian, June 17, 2011, disponible en <http://www.theaustralian.com.au/news/world/accidentally-released-report-reveals-embarrassing-extent-of-chinese-corruption/story-e6fgr6so-1226076938605>.

los funcionarios del gobierno. Esta corrupción endémica<sup>5</sup> afecta la vida cotidiana de más de 1.3 billones de la población china y, por extensión, amenaza la legitimidad de su liderazgo<sup>6</sup>. El Gobierno de la RPC hace hincapié en la necesidad de adoptar nuevos mecanismos anti-corrupción y ha reconocido que “la situación en la lucha contra la corrupción sigue siendo muy seria y las tareas siguen siendo abundantes”<sup>7</sup>. En un discurso de enero de 2011, el Presidente Hu Jintao declaró que la situación con respecto a la corrupción seguía siendo complicada<sup>8</sup>.

La pregunta clave es cómo China puede aplicar efectivamente el Derecho penal para combatir la corrupción. Por ejemplo, en la actualidad, la pena de muerte es aplicada cuando el Gobierno oficial participa en severos actos de corrupción<sup>9</sup>. Este artículo se centra en la manera en que el Gobierno de la República Popular de China está utilizando el Derecho penal para hacer frente a la corrupción desenfrenada: el artículo 395 del Código Penal prescribe hasta 10 años de prisión cuando existe una gran diferencia respecto a la propiedad de un funcionario de gobierno o sus gastos,

en relación a sus ingresos legales<sup>10</sup> y el funcionario es incapaz de explicar que los activos provienen de fuentes legítimas<sup>11</sup>. El artículo 395 exige que el denunciado refute el elemento fundamental del delito (es decir, que los activos no son de origen legítimo), en lugar de que el fiscal tenga que probar la naturaleza de los activos en cuestión. En este artículo se utiliza el término “inversión de la carga de la prueba” para hacer referencia al tratamiento de los delitos que, al menos de manera parcial, colocan sobre los hombros de la parte denunciada la carga de probar un elemento del delito<sup>12</sup>.

En este trabajo se argumenta que, a pesar de la sólida presunción expresada en normas internacionales de derechos humanos, el enriquecimiento ilícito en China constituye un ejemplo convincente de las circunstancias en las cuales una estricta disposición de inversión de la carga de la prueba resulta apropiada. Al mismo tiempo, propongo incidir en los derechos procesales de manera integral y no aisladamente. Una vez que reconozcamos que la inversión de la carga de la prueba debilita el principio de presunción de

- 5 Es difícil pero no imposible medir la corrupción, pero para cualquier aproximación cercana, la corrupción es una de las principales preocupaciones de la población china y del gobierno. La sabiduría convencional de la comunidad internacional demuestra que los procesos de corrupción son frecuentes en China. La ONG Global Integrity ha creado el siguiente sistema de medición: “Los indicadores integrales evalúan el marco legal del ámbito nacional de mecanismos anticorrupción, luego, determinan qué tan bien está funcionando ese marco y si todos los ciudadanos del país se pueden acoger a él”. Global Integrity Report, <http://report.globalintegrity.org/>. En el 2009, China era considerado un país “débil”, a pesar de que fue eliminado de the Grand Corruption Watch List, lo cual “refleja que es importante (aunque incompleto) el progreso que ha tenido con relación al establecimiento de un mínimo de claves de salvaguardas contra la corrupción”. Global Integrity Report: 2009 Key Findings, <http://report.globalintegrity.org/globalindex/findings.cfm>.
- 6 Véase, e.g., Assoc. Press, China’s Premier Visits Official Complaint Bureau, Enero 26, 2011, disponible en [http://news.yahoo.com/s/ap/20110126/ap\\_on\\_re\\_as/as\\_china\\_public\\_criticism](http://news.yahoo.com/s/ap/20110126/ap_on_re_as/as_china_public_criticism) (“Una visita sin precedentes del Primer Ministro chino a la oficina donde los ciudadanos presentan quejas relacionadas a la corrupción, entre otras problemáticas, puso de manifiesto un sistema ampliamente resquebrajado que Pekín no ha podido evitar”).
- 7 PRC Government, White Paper: China’s Efforts to Combat Corruption and Build a Clean Government, Information Office of the State Council, Dec. 29, 2010, disponible en <http://in.china-embassy.org/eng/xwfw/xxfb/t782350.htm> [en adelante, 2010 White Paper].
- 8 Senior CPC Official Urges “People First” in Combating Corruption, Xinhua Gen. News Serv., Jan. 13, 2011, disponible en <http://www.nbc.gov.cn/article/English/Updates/201101/20110100011938.shtml> (Versión en chino, disponible en <http://www.nbc.gov.cn/article/zxxw/201001/20100100005411.shtml>).
- 9 中华人民共和国刑法 [Código Penal de la RPC] (promulgado por la Asamblea Popular Nacional de China, 01 de Julio de 1979, modificado el 14 de Marzo de 1997, vigente desde 1 de octubre de 1997) art. 383 (China) [en adelante, Código Penal].
- 10 Para aclarar qué constituye “gran” e “ingresos legales,” véase infra notas 185-188 y el texto que se acompaña.
- 11 Código penal, supra nota 9, art. 395.
- 12 Véase, e.g., Myles F. McLellan, Bail and the Diminishing Presumption of Innocence, 15 Can. Crim. L. Rev. 57, 62 (2010) (se critica la creación canadiense de “las primeras disposiciones de inversión de la carga de la prueba” en situaciones de libertad bajo fianza); Andrew Ashworth, Four Threats to the Presumption of Innocence, 123 S. African L.J. 63, 76 (2006) (se señala la negativa de Sudáfrica y el Reino Unido de permitir la “inversión de la carga de la prueba” que “coloque sobre el imputado la carga de refutar un elemento esencial del delito”); Ndiva Kofele-Kale, Presumed Guilty: Balancing Competing Rights and Interests in Combating Economic Crimes, 40 Int’l Law 909, 912 (2006) (se proporcionan ejemplos de cómo “la inversión de la carga de la prueba alivia la elevada carga de la persecución penal en los casos de enriquecimiento ilícito”).

inocencia, así como el derecho a guardar silencio, estaremos en mejor posición para tener una seria discusión acerca de otras medidas que puedan ayudar a aliviar ambas preocupaciones respecto a la equidad procesal para el denunciado y a la posibilidad de condenar a acusados inocentes al no haber podido estos cumplir con su carga. Además, planteo que el mejoramiento del derecho a contar con un abogado podría mitigar las preocupaciones respecto al uso concreto de esta diluida presunción de inocencia.

La relación entre la presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito en China es un tema particularmente oportuno, en razón de que China está en proceso de reforma de su Código de Procedimiento Penal. A pesar de que la versión de 1996 de la reforma de la ley ha estado en la agenda legislativa desde el año 2002, no fue hasta el 30 de agosto de 2011 que el Gobierno de China publicó un proyecto de reforma integral (El Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011)<sup>13</sup>. El proyecto de reforma, que aumenta el número de artículo de 225 a 285, se refiere a disposiciones que van desde la prisión preventiva a los procedimientos impugnatorios<sup>14</sup>. Sin embargo, el derecho a guardar silencio y a la presunción de inocencia brillan por su ausencia en el Proyecto. El Gobierno estableció un periodo de un mes de comentarios públicos, durante el cual la población envió más de 70 000 comentarios a través del Internet<sup>15</sup>. A pesar de los comentarios, la opinión convencional es que la Asamblea Popular Nacional de China conservará el Proyecto en su forma actual cuando el Congreso se reúna en marzo de 2012.

En este debate sobre cómo el Código de Procedimiento Penal se desarrolla, anuncios por parte del Gobierno de la RPC contribuyeron a la especulación de que China podría ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>16</sup>, el cual establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”<sup>17</sup>. No obstante, China ya se ha unido a otros países en el sentido de adoptar la inversión de la carga de la prueba como un mecanismo para castigar a funcionarios corruptos que tengan éxito en el encubrimiento de negocios ilegales, pese a que no obtengan frutos de aquellos.

Este artículo está dividido en cuatro partes. En la Parte I se describe el marco general del debate internacional relacionado a la intersección de la presunción de inocencia (Parte I.A) y las leyes que penalizan el enriquecimiento ilícito (Parte I.B). El debate involucra tanto a los instrumentos multilaterales como a las disposiciones nacionales. Y la naturaleza clandestina del enriquecimiento ilícito genera que simplemente se exija que el imputado explique el origen de sus bienes. Sin embargo, la comunidad internacional está lidiando con el hecho de colocar esta gran carga sobre los hombros de los acusados de manera temeraria, pues coloca en peligro otros valores por el bien de la conveniencia. Los Estados Unidos de América y Canadá, por ejemplo, han realizado reservas a las disposiciones de los Tratados que proclaman la inversión de la carga de la prueba en los casos de enriquecimiento ilícito, mientras que otros países la han incorporado fácilmente a su legislación.

13 Véase Enmiendas al Código de Procedimiento Penal de la República Popular China (Borrador) y Notas Explicativas (刑事诉讼法修正案 (草案) 条文及草案说明) (publicado por la Asamblea Popular Nacional de China el 30 de Agosto de 2011), disponible en [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2011-08/30/content\\_1668503.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2011-08/30/content_1668503.htm) [en lo sucesivo, Proyecto de reforma de 2011 del Código de Procedimiento Penal].

14 Véase id.

15 陈丽平 (Chen Liping), 刑诉法修正案草案公开征集意见已到截止时间, 法制网 [LegalDaily.Com.Cn], Sept. 30, 2011, [http://www.legaldaily.com.cn/index\\_article/content/2011-09/30/content\\_3026577.htm](http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2011-09/30/content_3026577.htm) (informe que establece que, antes de las 4:00 p.m. del último día para presentar observaciones, se recibieron 72,815 observaciones: “到今天下午16时, 中国人大网已征集到72815条意见。”).

16 Véase Frank Ching, China Gov't Announces Plans To Ratify 1998 ICCPR Treaty, The China Post, 20 de Julio, 2011, disponible en <http://www.chinapost.com.tw/commentary/the-china-post/frank-ching/2011/07/20/310434/p1/China-gov%27t.htm> (se discute la manera en la que China ha cumplido con las reformas citadas, las cuales constituirían las razones para lo no ratificación del PIDCP); véase también Jiang Zhuqing, Country Praised for Progress on Rights, China Daily Online, Set. 3, 2005, disponible en [http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-09/03/content\\_474672.htm](http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-09/03/content_474672.htm) (reportando cambios en preparación de las leyes para la ratificación del PIDCP).

17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. Res. 2200A, U.N. Doc. A/RES/21/2200A, art. 14(2) (Dic. 16, 1966) [en adelante, PIDCP]; véase también Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/810, at 71, art. 11(1) [en adelante, DUDH] (“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”).

Luego, en la Parte II se describe la situación de China respecto a las disposiciones de larga data sobre la presunción de inocencia (Parte II.A) y el marco legal de China para abordar el enriquecimiento ilícito (Parte II.B). Así, resulta necesario establecer en primer lugar la estructura básica del sistema penal chino antes de conectar el contexto nacional con la amplia opinión internacional. En específico, las leyes chinas no cuentan con una disposición explícita relativa a la presunción de inocencia ni al derecho a guardar silencio<sup>18</sup>, a pesar de que estos temas han sido planteados como parte de las reformas pendientes al Código de Procedimiento Penal. Al mismo tiempo, China está estudiando otros mecanismos para combatir la corrupción, ya sea mediante la modificación de las leyes penales como por la búsqueda de nuevas formas de erradicar ganancias ilícitas.

Después de haber expuesto los contornos del debate sobre el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, en la Parte III se afirma que, si algún país puede defender de manera convincente la necesidad de la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito es China. Mi punto de vista es que el debate de cómo encuadrar las disposiciones de la inversión de la carga de la prueba con la presunción de inocencia no es exclusivo de China. Los beneficios persecutorios de esta disposición son tentadores para cualquier país que busca frenar el enriquecimiento ilícito, a pesar de que estos beneficios estén a expensas de otros valores. Al sopesar las ventajas y desventajas, la situación de China tiene un énfasis especial tanto por la magnitud del problema como por la ausencia de conflictos directos entre las leyes nacionales y las obligaciones internacionales. Para dejarlo en claro, yo no abogo por apartar la presunción de inocencia con la esperanza de que cierta “presunción de corrupción” ayude a combatir la corrupción de manera eficiente. Sin embargo, si hay un momento para relajar el ideal de la férrea presunción de inocencia dentro de los parámetros limitados, existen argumentos sólidos para hacerlo en el contexto del

enriquecimiento ilícito, particularmente en China.

La inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito, dispuesta en el artículo 395, es defendible como una cuestión propia de la ley positiva (Parte III.A)<sup>19</sup>. En la actualidad, la inversión de la carga de la prueba no se encuentra en conflicto con las normas internas de procedimiento penal, ya que la legislación china carece de una disposición explícita de presunción de inocencia. Tampoco el principio de presunción de inocencia se encuentra incluido en el Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011. Por otro lado, a la luz de la aprobación de las disposiciones sobre la inversión de la carga de la prueba contenidas en los convenios multilaterales en los que China es parte y respecto a la postura adoptada por un número de países que invierten esta carga, ello es compatible con la presunción de inocencia, por lo que el artículo 395 tampoco viola las obligaciones de China en el ámbito internacional.

Aunque China puede defender la inversión de esta carga en las disposiciones sobre enriquecimiento ilícito contenidas en el artículo 395, al ser compatible con sus obligaciones legales nacionales e internacionales, continúa la interrogante de si tal disposición es algo bueno. He tomado la siguiente posición práctica: la inversión de la carga de la prueba no es necesariamente un ideal debido a la fricción que se genera con las normas de derechos humanos, pero es comprensible a la luz del actual contexto social de China (Parte III.B). La masiva escala de los funcionarios que utilizan sus posiciones para obtener beneficios personales ilícitos es ampliamente conocida, existiendo una fundada conexión entre la desproporción de sus activos y los negocios ilícitos.

Al mismo tiempo, el incipiente sistema de declaración de bienes impide a los fiscales descubrir la inesperada manera en que los funcionarios obtienen su riqueza y, por el contrario, no resulta particularmente oneroso para estos funcionarios indicar el origen de su riqueza.

18 Utilizo el término explícito porque la presunción de inocencia no está directamente articulada en la legislación china. Algunos comentaristas interpretan las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en el sentido que sí se encuentra contenida la presunción de inocencia. Véase, e.g. Gerald S. Ramsey, *Innovation or Renovation in Criminal Procedure: Is the World Moving Toward A New Model of Adjudication?*, 27 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 694, 721 (2010) (“A pesar de que la presunción de inocencia no se menciona de manera directa y clara, se encuentra implícita en diversas disposiciones del Código de Procedimiento Penal de 1996”). (notas de pie de página omitidas). Como será analizado más adelante en la Parte II.A, encuentro estos argumentos poco convincentes.

19 *Black's Law Dictionary* 1182 (7ma. ed. 1999) (“El derecho positivo típicamente consiste en la ley promulgada- los Códigos, Estatutos, y regulaciones que son aplicadas o impuestas en las Cortes”).

Propongo que China revise la redacción actual del artículo 395, así como reforme el sistema de justicia penal para facilitarlos en la práctica. (Parte III.C). Pues la necesidad real de que el imputado explique las fuentes de sus activos es menos problemática que el hecho de aclarar lo que el acusado debe hacer para cumplir con esta carga y la falta de un proceso de juicio justo que permita al acusado armar una defensa sólida. Podría decirse que una clara disposición de inversión de la carga de la prueba junto con una capacidad significativa para satisfacer sus necesidades es más beneficiosa que una disposición directa de responsabilidad, aunada al fracaso actual de China para dar fuerza a las normas procedimentales que se dirigirían a favor de la igualdad de armas en los procesos. Por lo menos, en el escenario anterior el imputado conoce la tarea por delante y, en consecuencia, puede responder como correspondía.

Por último, en la Parte IV se vuelve a reflexionar sobre el debate entre el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, respecto a un tema tan amplio: la determinación de cuánto tiempo debe esperarse, o incluso exigirse, la información que deben brindar los imputados. ¿Cuándo se espera que la defensa vaya más allá de simplemente realizar agujeros en la investigación fiscal con la esperanza de que el gobierno declare que el investigador no ha cumplido con su obligación y, solicite expresamente que en virtud del sistema penal se lleve algo a la mesa? ¿Cuán fuerte es nuestro compromiso con la presunción de inocencia? La inversión de la carga de la prueba pone en relieve la tensión entre el ideal de la presunción de inocencia y la realidad de los países, los cuales diluyen este ideal a favor de los objetivos políticos. Propongo que cualquier erosión de la presunción de inocencia deba considerarse en el marco de su relación con otros derechos fundamentales, en particular con el derecho al silencio y el derecho a contar con un abogado. Como la presunción de inocencia se ve disminuida, también lo está el derecho a guardar

silencio<sup>20</sup>. Cuando se exige la inversión de la carga de la prueba, el imputado no puede permanecer en silencio, sino que es compelido a producir la evidencia del origen de las actividades. ¿Cómo se puede “explicar” el origen de los activos, mientras se permanece en silencio? Incluso si el propio imputado permanece en silencio, a la defensa se le exige que tenga una voz en el proceso, llamándose a alguna persona que hable en nombre del imputado.

Con respecto a la interconexión de la presunción de inocencia y el derecho a contar con un abogado, postulo que estos dos derechos deberían ser vistos mediante una relación inversa: Cuánto más disminuye la presunción de inocencia, mayor será la necesidad de contar con un abogado, el cual debe ser competente y tener acceso a la información exculpatoria. Es decir, cuanto más pesada es la carga contra el imputado, un abogado es más necesario a efectos de ayudarlo a cumplir con dicha carga. Por lo tanto, si un país decide poner en peligro el ideal de la presunción de inocencia, debe en parte aliviar las preocupaciones respecto a la injusticia contra el imputado mediante el fortalecimiento de otros derechos.

La provisión de un abogado no es el sustituto perfecto de las dificultades y preocupaciones del acusado para tener un papel más activo en el caso, sino es una privación del derecho fundamental a no tener que demostrar su inocencia. Sin embargo, tomando en consideración las formas que permitan hacer posible que el imputado se defienda, se ofrece una manera de disminuir al menos las preocupaciones respecto a la inversión de la carga de la prueba mientras continúe el aprovechamiento de los beneficios. Fuera del alcance limitado del enriquecimiento ilícito, la compensación de la diluida presunción de inocencia con el derecho a contar con un abogado puede presentar un dilema más complicado, pero un dilema que es mejor abordar de frente en lugar de aferrarnos a un preciado ideal de la presunción de inocencia, sin enfrentarnos a cómo este ideal se ve comprometido en un tribunal.

20 El “derecho a guardar silencio” y el “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo” no son necesariamente coexistentes, es decir, un determinado sospechoso podría tener derecho a guardar silencio respecto a cualquier tema o solo ese derecho respecto a la información que lo incrimine. No obstante, ambos derechos están estrechamente relacionados. Véase Office of the High Commission for Human Rights, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers* 227 (2003), <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9Titleen.pdf> (“Del derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo fluye el **derecho a guardar silencio**...”) (énfasis en el original) [en adelante, *Human Rights Manual*]; véase también PIDCP, supra nota 17, art. 14(3)(g) (“A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesar-se culpable”).

## I. PERSPECTIVA FUERA DE CHINA: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La batalla de China contra el enriquecimiento ilícito puede ser mucho más aguda que la de varios países, sin embargo está lejos de ser la única en la que se lucha por encontrar formas para frenar a los funcionarios del Gobierno de usar sus posiciones para llenar sus propios bolsillos. Los esfuerzos por facilitar la persecución del enriquecimiento ilícito han puesto de manifiesto la tensión entre la inversión de la carga de la prueba y los principales derechos humanos relacionados con la presunción de inocencia. Existe un amplio apoyo internacional a favor de la presunción de inocencia, sin embargo, las respuestas varían respecto a la manera de redactar las disposiciones que tipifican como delito el enriquecimiento ilícito.

Esta sección inicia con una breve introducción del amplio compromiso que respalda a la presunción de inocencia en el derecho internacional (Parte I.A). A pesar de que una revisión exhaustiva de las leyes de los distintos países escapa de este artículo, la Parte I.A también plantea algunos ejemplos de la manera en que las leyes nacionales estipulan la presunción de inocencia.

Luego, en la parte IB se analiza cómo viene siendo respaldada la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los Tratados multilaterales que desafían el sólido principio de la presunción de inocencia. Para finalizar la sección, expongo la situación de los Estados Unidos de América como el ejemplo de un país que ha rechazado abiertamente la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en la investigación del delito de enriquecimiento ilícito, en cumplimiento del compromiso asumido en favor de la presunción de inocencia. No obstante, bajo un análisis riguroso se observa que, en ciertas ocasiones, los Estados Unidos de América diluye el principio de presunción de inocencia cuando se enfrenta a objetivos que se contraponen.

### A. Apoyo Internacional a la Presunción de Inocencia

La frase “presunción de inocencia” con frecuencia se relaciona e invoca de manera generalizada como un principio fundamental de los derechos humanos, es así que se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales más importantes. En primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”<sup>21</sup>. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”<sup>22</sup>. En esta misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que “(...) a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: (i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”<sup>23</sup>.

En un ámbito más específico, los Tratados regionales consagran, de manera similar, la presunción de inocencia, incluso la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)<sup>24</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>25</sup>. En el sistema europeo, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se aplica a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, dispone que “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”<sup>26</sup>. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que “por la protección del derecho a un juicio justo y, en particular, al derecho a la presunción de inocencia, el artículo 6 tiene la intención de consagrar el principio fundamental del imperio de la ley (...)”<sup>27</sup>. Esta Corte, en su jurisprudencia, ha adoptado una visión amplia de este derecho:

21 PIDCP, supra nota 17, art. 14(2).

22 DUDH, supra nota 17, art. 11(1).

23 Convención sobre los Derechos del Niño, G.A. Res. 44/25A, art. 40(2)(b)(i), U.N. Doc A/44/49 (1989, entered into force Sept. 2, 1990) [en adelante, Derechos del Niño].

24 CADH Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (June 27, 1981), art. 7(1)(b).

25 1144 U.N.T.S. 123 (Nov. 22, 1969), art. 8(2).

26 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6(2), Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

27 Caso de Salabiaku v. Francia (application no. 10519/83, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, Oct. 7, 1988, para. 28.

En la sentencia del Tribunal, se violaría la presunción de inocencia cuando –sin que el acusado haya sido previamente declarado culpable según la ley y, especialmente, sin que haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa– una decisión judicial que recaiga sobre él refleje la opinión de que es culpable. Esto puede ser así, incluso en ausencia de cualquier declaración formal, siendo suficiente la existencia de un razonamiento que sugiera que el Tribunal se refiera al imputado como culpable<sup>28</sup>.

El principio de presunción de inocencia se encuentra, además, en dispersos Tratados internacionales, como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares<sup>29</sup>. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –conocidas como “Las Reglas de Beijing”, pues fueron redactadas principalmente en una conferencia en Beijing– establecen que “en todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia”<sup>30</sup>. También, este principio está reconocido en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>31</sup>, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia<sup>32</sup> y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>33</sup>.

La presunción de inocencia es “aceptada en la mayoría de los países”<sup>34</sup>, aunque está sujeta a varias interpretaciones. Por ejemplo, la Constitución de Egipto “establece la presunción de inocencia (asl o ifitard al-bara’ah)”<sup>35</sup>. Del mismo modo, la Constitución de Rusia incluye la presunción de inocencia<sup>36</sup> y la Constitución de Sudáfrica establece que todo acusado tiene el derecho “a que se presuma su inocencia, a guardar silencio y a no declarar durante el proceso”<sup>37</sup>. En otros países, como los Estados Unidos, las palabras “presunción de inocencia” no aparecen en la Constitución, no obstante los Tribunales han interpretado la Constitución a fin de que la contenga<sup>38</sup>. Sin embargo, otras jurisdicciones reconocen la presunción de inocencia en la ley estatutaria, incluyendo Taiwán<sup>39</sup> y Francia<sup>40</sup>.

En suma, la presunción de inocencia es uno de los principios más reconocidos y un derecho fundamental del imputado. Si leemos únicamente los pronunciamientos en documentos internacionales de derechos humanos y en leyes nacionales, la presunción de inocencia se presenta como uno de los cimientos del inalienable derecho del acusado. A pesar de la prevalencia de la frase “presunción de inocencia”, continúa el debate acerca de qué es exactamente lo que significa, existiendo varias aristas subyacentes a este axioma jurídico.

- 28 Minelli v. Switzerland, Ap. No. 8660/79, 5. Eur. H.R. Rep. 554, para. 37 (1983).
- 29 2220 U.N.T.S. 3 (Dic. 18, 1990), art. 18(2) (“Todo trabajador migratorio o familiar cuyo acusado de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley”).
- 30 G.A. Res. 40/33, U.N. Doc. A/RES/40/33 (Nov. 29, 1983), art. 7.1
- 31 33 I.L.M. 1602 (Nov. 8, 1994), art. 20(3).
- 32 S.C. Res. 1877, U.N. Doc. S/RES/1877 (July 7, 2009), art. 21(3).
- 33 2187 U.N.T.S. 90 (Julio 17, 1998), art. 66(1); véase también Lynn Miriam Baum, Pursuing Justice in a Climate of Moral Outrage: An Evaluation of the Rights of the Accused in the Rome Statute of the International Criminal Court, 19 Wis. Int’l L.J. 197, 203 (2000) (evaluación de la importancia de los derechos de los acusados en el marco del Estatuto de Roma); véase Sara Stapleton, Note, Ensuring a Fair Trial in the International Criminal Court: Statutory Interpretation and the Impermissibility of Derogation, 31 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 535 (1999) (análisis de los derechos procesales en la persecución internacional, especialmente en la persecución de la Corte Penal Internacional).
- 34 Rinat Kitai, Presuming Innocence, 55 Okla. L. Rev. 257, 260 & n.14 (2002).
- 35 Sadiq Reza, Egypt, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 107, 138 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007).
- 36 Catherine Newcombe, Russia, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 397, 400 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007).
- 37 PF Schwikkard & SE van der Merwe, South Africa, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 471, 473 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007); véase también Peter W. Schroth, The United States and the International Bribery Conventions, 50 Am. J. Comp. L. Supp. 593, 615, n.125 (2000) (listado de los países miembros de la Organización de Estados que reconocen la presunción de inocencia).
- 38 Véase Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453 (1895) (se sostiene, bajo la cláusula del debido proceso, lo siguiente: “El principio de que existe la presunción de inocencia en favor del acusado es ley indudable, axiomática y elemental, y su aplicación está en la base de la administración de nuestra ley penal”).
- 39 Véase, e.g., 中华民国刑事诉讼法 [Código de Procedimiento Penal de la República China] art. 154 (promulgado por el Yuan Legislativo, 28 de Julio de 1928, vigente desde el 01 de Septiembre de 1928, modificado el 01 de Junio de 2010) (Taiwan) (“Antes de una condena definitiva a través de un juicio, el acusado se presume inocente” (traducción de la autora)).
- 40 François Quintard-Moréas, The Presumption Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions, 58 Am. J. Comp. L. 107, 139 (2010) (“El derecho de los sospechosos de ser presumidos inocentes hasta que se prueba la culpabilidad es ahora solemnemente afirmado en el Código de Procedimiento Criminal Frances”).

En primer lugar, a pesar de ser denominado como una presunción, la “presunción de inocencia” no es una presunción paradigmática<sup>41</sup>. Tal como la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha explicado, “La principal inexactitud es el hecho de que no es técnicamente una “presunción” – una inferencia obligatoria extraída de un hecho en evidencia. Por el contrario, es caracterizada por un “supuesto” que es reconocido como tal frente a la ausencia de evidencia o prueba en contrario”<sup>42</sup>. Herbert Packer describió la presunción de inocencia de la siguiente manera: “Hasta que se produzca el fallo por la autoridad competente que declare la culpabilidad, el sospechoso debe ser tratado –independientemente de las probabilidades del resultado– como si su culpabilidad fuese una cuestión abierta”<sup>43</sup>. En otras palabras, debemos entender que el acusado está libre de culpa hasta el momento en que es encontrado culpable, mediante sentencia o a través de un procedimiento alternativo, como el plea bargaining. En este artículo se utiliza el término convencional “presunción”, a pesar de que el término “supuesto” pueda ser más preciso.

En segundo lugar, incluso si estamos de acuerdo en que el imputado debe ser considerado inocente hasta la emisión de un fallo de culpabilidad, es una cuestión más espinosa el cómo llevarlo a la práctica. Los comentaristas se han preguntado si la presunción de inocencia se entiende mejor como un poderoso escudo que protege al imputado de la detención mediante la sentencia condenatoria firme o simplemente como una regla de la prueba que se aplica solamente en el juicio<sup>44</sup>. Por ejemplo, la versión de la presunción de inocencia más extensiva y sustantiva<sup>45</sup> se ve reflejada en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el siguiente sentido: “la presunción de inocencia puede ser vulnerada no

solo por un Juez o Tribunal, sino por otras autoridades públicas”<sup>46</sup>. La explicación de Wigmore se resume en la estrecha regla de la prueba: La presunción de inocencia es un derecho del imputado a “permanecer inactivo y seguro hasta que la Fiscalía asuma la carga, produzca las pruebas y se genere convicción; por ejemplo decir que el oponente de una denuncia o cargo se presume inocente quiere decir, en otros términos, que el proponente de la denuncia o cargo deberá acreditar la misma”<sup>47</sup>.

Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos, mediante el órgano de expertos independiente encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, describe la presunción de inocencia como “fundamental para la protección de los derechos humanos” y ha aclarado que esta significa que “la carga de la prueba recae sobre el persecutor penal, mientras que el imputado goza del beneficio de la duda”<sup>48</sup>. Al mismo tiempo, el Comité parece reconocer un alcance más amplio de la presunción: “La presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo a este principio (exigir prueba más allá de toda duda razonable). Por lo tanto, “es deber de todas las autoridades estatales abstenerse de prejuzgar con anterioridad al resultado de un juicio”. El presente artículo se centra en quién debería probar y qué se necesita probar en un caso de enriquecimiento ilícito y, por ello, se refiere principalmente a la “regla de la prueba” y a la presunción de inocencia. Dicho esto, no se trata de elegir entre estas dos interpretaciones: Una jurisdicción puede apoyar tanto el amplio entendimiento de que el acusado debe ser “tratado con la dignidad y el debido respeto de las personas que se presumen inocentes”<sup>49</sup> y, a la misma vez, una comprensión estrecha de que la carga de la prueba recae en el Fiscal dentro del procedimiento.

41 Véase *infra* Parte I.B.1.

42 *Taylor v. Kentucky*, 436 U.S. 478, 483 n.12 (1978) (citando *Carr v. State*, 192 Miss. 152, 156, 4 So.2d 887, 888 (1941)).

43 Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 161 (1968).

44 Véase Quintard-Morénas, *supra* nota 40, p. 108 (diferenciando “dos funciones distintas” de la presunción, “a saber un estado de prueba y un escudo contra la pena antes de la condena”); Kitai, *supra* nota 34, p. 272 (explicación de muchos países del uso de la presunción hasta antes de generar convicción: “La presunción de inocencia es un principio normativo, dirigiendo a las autoridades estatales sobre la forma correcta de tratar a la persona que aún no ha sido condenada”).

45 Ashworth, *supra* nota 12, p. 76; *id.* p. 76-81 (explorando la diferencia entre la concepción de la presunción en “sentido procesal reducido” y la amplia).

46 Corte Eur. DH, *Caso de Allenet de Ribemont v. France*, sentencia del 10 de Febrero de 1995, Series A, No. 308, p.16, para. 36.

47 9 J. Wigmore, *Evidence* § 2511 p. 407 (3ra. ed. 1940).

48 Comité de Derechos Humanos, *Comentario General 13: Igualdad ante los Tribunales y el derecho a un juicio justo y público* por un Tribunal independencia establecido por la ley (Art. 14), (Apr. 13, 1984), U.N. Doc HRI/GEN/1/Rev.1.

49 Quintard-Morénas, *supra* nota 40, p. 148.

Utilizando el enfoque de la presunción de inocencia como regla de la prueba y aplicándolo al enriquecimiento ilícito, la inquebrantable presunción de inocencia implicaría que la mera posesión de activos desproporcionados no sería suficiente para un veredicto en el sentido de que los activos provienen de fuentes ilegales. Sino que, el Fiscal tendrá que demostrar tanto la existencia de los activos como las fuentes ilícitas. En otras palabras, si la naturaleza de los activos es un elemento del delito, bajo una rígida presunción de inocencia, debe presumirse que el imputado posee los activos legalmente hasta que el Estado supere esta presunción y demuestre lo contrario. Sin embargo, como se explica más adelante, el panorama es mucho más complicado.

#### B. Diversas Respuestas al Enriquecimiento Ilícito

Las leyes que penalizan el enriquecimiento ilícito ponen en relieve la incómoda pregunta de quién debe probar qué, y a qué nivel debe hacerlo, en un caso penal. Debido a la contraposición de la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, a menudo el debate se centra en la forma en que el Estado y el imputado se deben desenvolver, por ello esta sección comienza con una breve introducción acerca de las cargas y las presunciones en el derecho penal (Parte II.B.1). En específico, se analiza el enriquecimiento ilícito y la variedad de opciones de las jurisdicciones para la asignación de cargas (Parte II.B.1). Esta sección concluye explicando cómo están enmarcadas las disposiciones del enriquecimiento ilícito en la actualidad (Parte II.B.3).

### 1. Cargas y Presunciones en Procesos Penales

La carga de la prueba se compone comúnmente por dos vertientes: la carga de producir la prueba (carga de la producción) y la carga de afirmación del hecho (carga de generar convicción). Esta distinción generalmente atraviesa la división de los sistemas de enjuiciamiento criminal inquisitivo/acusatorio, pero tiene mayor importancia en un sistema acusatorio<sup>50</sup>. Así, en un paradigmático sistema inquisitivo, el Juez domina los procedimientos del juicio, mientras la Fiscalía y la defensa juegan roles más pasivos<sup>51</sup>. En un sistema acusatorio, las partes presentan pruebas en el juicio y se espera que el Juez adopte una relativa pasividad, como la posición de un árbitro<sup>52</sup>. Mirjan Damaška explica las implicancias de las diferentes estructuras del juicio: “La polarización resultante (dos litigantes compitiendo) otorga a la carga de producir la prueba una significación mayor en el sistema acusatorio que en el sistema continental, basado en un modelo inquisitivo. “Si una parte falla en la producción de pruebas suficientes, la otra parte puede resultar beneficiada sin la necesidad de introducir medio de prueba alguno”<sup>53</sup>.

En los casos penales, las partes no son dos actores privados vistos como iguales<sup>54</sup>. Es decir, en términos coloquiales, un juicio penal no es el equivalente a los Yankees enfrentándose a los Red Sox. Por el contrario, son los Yankees (es decir, el Estado) frente a un equipo de béisbol de ligas menores (es decir, la parte denunciada). En este sentido, la presunción de inocencia garantiza, al menos en teoría, que el imputado sea considerado inocente y que el Fiscal sea quien

50 Las categorías tradicional del sistema “acusatorio” y “adversarial” se han ido flexibilizando en las recientes décadas, dado que los países han optado por explorar los modelos mixtos. Véase, v.g., Margaret K. Lewis, *Taiwan’s New Adversarial System and the Overlooked Challenge of Efficiency-Driven Reforms*, 49 *Va. J. Int’l L.* 651, 664-65 (2009) (variedad de puntos de vista relativos a la distinción de los sistemas acusatorio e inquisitivo y su mixtura reciente); Jonathan L. Hafetz, *Pretrial Detention, Human Rights, and Judicial Reform in Latin America*, 26 *Fordham Int’l L.J.* 1754, 1760 (2003) (discusión sobre “el cambio histórico desde un sistema inquisitorial a uno adversarial esta en marcha en países de Latinoamérica”).

51 Véase Richard L. Marcus, *Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context*, 53 *Am. J. Comp. L.* 709, 712 (2005) (“En el sistema de civil law, la aproximación inquisitive significa que el Juez controla en gran medida el derecho de la información fáctica, quizás compilada en un dossier, sobre la que se basa la decisión”).

52 Mirjan R. Damaška, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 *U. Pa. L. Rev.* 506, 563 (1973) (se describe el procedimiento del sistema acusatorio de la siguiente manera: “debe estructurarse como una disputa entre dos lados en una posición de teórica igualdad ante un Tribunal que debe decidir sobre el resultado de la competencia”); Martin Marcus, *Above the Fray or Into the Breach: The Judge’s Role in New York’s Adversarial System of Criminal Justice*, 57 *Brook. L. Rev.* 1193, 1218 (1992) (“Los sistemas adversariales se construyen sobre el supuesto de que dos partes deben ser presentada, que cada parte está mejor posicionada para presentar su propia visión, y que los jueces imparciales no pueden descubrir mejor la verdad a través de su propia iniciativa”).

53 Mirjan R. Damaška, *Evidence Law Adrift* 82 (1997).

54 Esto no quiere decir que en la práctica no haya igualdad de armas cuando las partes se enfrentan en los Tribunales, sino que legalmente no se aplica de la misma manera el supuesto legal que en aquellos casos criminales en que el Gobierno está mejor armado con recursos e información sobre el caso.

deba probar cada elemento del delito. El imputado puede decidir, de acuerdo a su mejor interés, presentar pruebas para refutar la acusación, sin embargo, no hay una carga directa sobre sus hombros que lo obligue a hacerlo.

Un claro ejemplo de un fiscal que incumple con su carga se produce en un juicio con jurado, cuando un Juez emite una sentencia absolutoria<sup>55</sup>, como resultado de una práctica en la que el Juez toma la decisión fuera de la declaración del jurado, al ser insuficiente la evidencia de la acusación que permita sostener un veredicto de culpabilidad<sup>56</sup>. Según lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, “una oportunidad significativa para defenderse, no solo supone el derecho a un juicio justo, sino también que ante una falta total de evidencia que sustente la carga se concluirá el caso en favor del imputado”<sup>57</sup>. Estas sentencias absolutorias son tradicionalmente anglo-americanas, no obstante también se reflejan en algunos sistemas que han adoptado recientemente el sistema de jurados<sup>58</sup>.

Además de analizar los elementos del delito, el Fiscal necesita probar que se ha generado convicción, la cuestión clave es alcanzar el punto adecuado que permita superar la presunción de inocencia. En consecuencia, la presunción de inocencia está frecuentemente ligada a la exigencia de que los Fiscales prueben cada elemento del delito más allá de toda duda razonable, a comparación de los casos civiles,

donde los niveles son menos exigentes<sup>59</sup>. Al respecto, el PIDCP no establece una norma respecto al estándar de prueba, sin embargo el Comité de Derechos Humanos ha aclarado que “la inocencia se presume hasta que se pruebe lo contrario más allá de toda duda razonable”<sup>60</sup>.

## 2. Posibles Formulaciones respecto a las Disposiciones del Enriquecimiento Ilícito

Las jurisdicciones tienen diversas opciones para la asignación de cargas de producción de prueba en los casos de enriquecimiento ilícito. En un extremo, partiendo de que todos los activos son presuntamente legítimos, una regulación de enriquecimiento ilícito podría requerir expresamente que el Fiscal pruebe, más allá de toda duda razonable o cualquier otro estándar, que los activos del imputado exceden sus ingresos lícitos y que esos bienes proceden de fuentes ilícitas. En este caso, el imputado no asumirá la carga de la producción probatoria, ni de generar convicción al respecto.

Así, si rechazamos esta presunción de legitimidad, una disposición de enriquecimiento ilícito podría determinar que, una vez que el Fiscal demuestre que los bienes del imputado exceden sus ingresos legales, se presumirá que dichos activos adicionales en posesión del imputado constituyen ganancias ilícitas<sup>61</sup>. En pocas palabras, el persecutor del hecho podrá concluir que los activos provienen de un origen ilícito

55 Las jurisdicciones en ocasiones usan los términos relacionados “sentencia a pesar del veredicto” y “veredicto directo” dependiendo de la costumbre y cuando la sentencia es dictada. Véase Wayne R. Lafave Et Al, *Criminal Procedure: Post-Investigation* § 16.11(a) (2da. ed. 2009) (describiendo una sentencia de absolución como “una absolución a pesar de un veredicto de jurado contrario” y explicando que “esta opera básicamente como una moción para una absolución directa”).

56 *Black’s Law Dictionary*, supra nota 19, p. 847 (“El fallo dictado a partir de la moción del acusado o la moción del Tribunal, que absuelve al acusado del delito acusado cuando la evidencia es insuficiente.”); véase Fed. R. Civ. P. 29(a) La Corte a partir de la moción de los acusados debe ingresar un fallo de absolución de cualquier delito para el cual la evidencia sea insuficiente para sostener una condena. El Tribunal puede por sí mismo considerar si la evidencia es insuficiente para sostener una condena”).

57 *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 313-14 (1979).

58 Véase Ryan Y. Park, *The Globalizing Jury Trial: Lessons and Insights from Korea*, 58 *Am. J. Comp. L.* 525, 570 (2010) (describiendo la habilidad de los Jueces coreanos para anular una recomendación del jurado como “algo que recuerda el ‘fallo directo’”).

59 Ashworth, supra nota 12, p. 69.

60 Comité de Derechos Humanos, supra nota 48. El estándar “más allá de una duda razonable” es un principio fundamental del Derecho Americano. In re *Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970) (afirmando que la cláusula del debido proceso protege contra la condena excepto si se prueba más allá de una duda razonable). Sin embargo, su mérito está aún sujeto a debate. Véase, v.g., Erik Lillquist, *Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability*, 36 *U.C. Davis L. Rev.* 88, 91 (2002) (basándose en “críticas de los modelos de utilidad tradicionalmente esperada” para “sugerir que el estándar de prueba en casos penal debería variar de caso a caso”) (cursiva en el original).

61 Cf. *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510, 524 (1979) (sosteniendo que las presunciones obligatoria que invierte la carga de la persuasión al acusado son institucionales porque ellas mitigan el imperio de la carga de probar cada elemento del delito más allá de una duda razonable).

si encuentra que el imputado poseía activos más allá de los directamente atribuibles a fuentes legales. Este método es equivalente a la redacción del tipo penal que implica solamente “un aumento significativo en los activos de un funcionario público, en relación con sus ingresos lícitos” y, por lo tanto, la eliminación del elemento “que él o ella no pueda justificarlo razonablemente”. De esta manera, el imputado será estrictamente responsable de todos los activos más allá de los clasificados como ingresos lícitos. Según esta formulación, la definición de “ingreso lícito” sería vital para la definición de la labor fiscal en la obtención de convicción: Cuanto más estricta sea la definición de “ingreso lícito” (por ejemplo, el salario único oficial), más fácil será para el Fiscal demostrar que los activos en manos de la parte denunciada superan esta corriente de fondos<sup>62</sup>. De otro lado, cuanto más amplia sea la definición de “ingreso lícito” (por ejemplo, la inclusión de dinero por contratos de discursos, publicaciones, etc.), será más compleja la investigación que debe llevar a cabo el Fiscal para demostrar que los activos que posee la parte denunciada se encuentran fuera de la categoría de activos lícitos. Sin embargo, aún con una definición relativamente amplia de “ingreso lícito”, una vez que el delito se ha despojado de una formulación muy limitada que no requiera del elemento de prueba de fuentes ilícitas, el trabajo del Fiscal se vuelve notablemente más fácil. Los escenarios se vuelven más complejos cuando las cargas respectivas caen en el punto medio entre estos dos extremos, los cuales no tienen ninguna carga legalmente establecida en la defensa y la presunción de carácter obligatorio.

Una forma más matizada de redactar una norma legal de enriquecimiento ilícito es que, una vez que el Fiscal demuestre que el hecho subyacente de los activos

se encuentra fuera de proporción de los ingresos lícitos, se dará lugar a la inferencia de que dichos activos son de fuentes ilícitas. Inferencias similares se ven regularmente en otras áreas del Derecho penal, como en la posesión de grandes cantidades de drogas ilegales, la cual puede provocar una inferencia de la intención de distribuir la droga<sup>63</sup>. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha sostenido que las inferencias, a veces llamadas “presunciones permisivas”, son constitucionales siempre que el hecho presumido sea más contundente que los hechos que en concreto pudiera probar el Fiscal<sup>64</sup>.

Un paso más allá de la inferencia, una norma legal de enriquecimiento ilícito podría ser redactada a fin de permitir que, una vez que el Fiscal demuestre que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción de los ingresos lícitos, se de lugar a una presunción *iuris tantum*, que implica que el imputado deba responder. Expresado de otra manera, si el Fiscal demuestra que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción, el denunciado tendrá que presentar algunas pruebas para refutar la presunción de que los activos provienen de fuentes ilícitas. De manera más coloquial, el imputado se enfrentaría a la “presunción de corrupción” una vez que el Fiscal demuestre la existencia de activos desproporcionados. Por ejemplo, para objetar la presunción, el imputado quizás podría demostrar que los bienes fueron un regalo de un familiar, no sujeto a alguna condición. Una vez que el imputado presenta alguna evidencia de fuentes legales y, por lo tanto, logra rebatir la presunción, la carga se desplazaría a la Fiscalía a fin de probar que los bienes eran en realidad de fuentes ilícitas<sup>65</sup>. Si, por el contrario, el denunciado no presentó ninguna evidencia de refutación, entonces el investigador concluiría que los

62 Estoy agradecida con el Prof. Donald C. Clarke por sus apreciaciones en relación a cómo podría incidir la definición de “ingresos ilícitos” en la labor del Fiscal.

63 Véase, v.g., *United States v. Gayle*, 406 Fed. Appx. 352, 361 (11vo. Cir. 2010) (un jurado razonablemente podría inferior a partir del tamaño de la carga que los 1,000 kilogramos o más de marihuana están destinados para la distribución, en lugar de para el uso personal); *United States v. McCreary-Redd*, 475 F.3d 718, 724 n. 8 (6to. Cir.2007) (citando *United States v. Jackson*, 55 F.3d 1219, 1226 (6to. Cir.1995)) (el jurado puede inferir la intención de distribuir cuando la cantidad de drogas es “demasiado grande para el uso personal solamente”).

64 Véase *Country Court of Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); véase también infra notas 89-94 y el texto que lo acompaña.

65 Cf. Harold A. Ashford & D. Michael Risinger, *Presumptions, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview*, 79 *Yale L.J.* 165, 169 (1969) (“Mediante la aproximación de Thayer, una vez que el oponente de la presunción ha introducido evidencia que justifique que un jurado se encuentre a su favor, la presunción ‘se retira’ del caso, y el asunto es presentado al jurado como si la presunción nunca hubiese existido”). (citando a J. Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence* 337 (1896)).

66 Véase *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71 (1992) (sosteniendo que, una vez que la carga de la prueba se satisface, y se demuestra que el acusado ha cometido un delito, el acusado tiene la carga de establecer una defensa de insanía); *Reid v. True*, 349 F.3d 788 (4to. Cir. 2003) (afirmando que en la Ley de Virginia el acusado tiene la carga de probar la enfermedad mental).

activos tienen procedencia de fuentes ilícitas. Es así que, visto de esta manera, el imputado solo tiene que generar dudas tendientes a refutar la presunción para que el Fiscal deba probar lo contrario de acuerdo al estándar debido de prueba.

Una carga aun mayor se coloca sobre el imputado, pues una vez que el Fiscal demuestra que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción de los ingresos lícitos, el imputado no solo necesita aportar alguna evidencia de las fuentes lícitas -lanzando el balón al Tribunal o al Fiscal-, sino también convencer al persecutor que los activos provenían de fuentes lícitas, es decir, además asumir la carga de generar convicción de acuerdo al estándar establecido. Este enfoque se utiliza para la defensa de la demencia en algunas jurisdicciones estadounidenses<sup>66</sup>. Asimismo, volviendo al ejemplo de las drogas, en Singapur, respecto a una persona en posesión de cierta cantidad de drogas ilícitas se ha regulado lo siguiente: “se presumirá que posee la droga para fines de tráfico ilícito, a no ser que pruebe que dicha posesión era para otro propósito”<sup>67</sup>.

Al analizar las cargas respectivas de la acusación y la defensa, es fácil preponderar la forma sobre el fondo mediante la participación en un juego estratégico que evite abiertamente que se entre en conflicto con la presunción de inocencia. Dejando a un lado la terminología legal, nos referimos a un asunto fundamental: a cómo el imputado es visto cuando ingresa al Tribunal y las tareas que tiene por delante. Por otro lado, la carga que se acerca una vez que el imputado está siendo juzgado se filtra de nuevo en el proceso e informa las decisiones previas al juicio. Por ejemplo, si el demandado es consciente de que sobre él recae la carga de la producción y la carga de generar convicción respecto a las fuentes de los activos sospechosos y está convencido de que no será capaz de cumplir con esta carga, será más probable que opte por participar en el plea bargaining u otra forma de resolución

previa al juicio. La siguiente sección explica cómo se expresan en la actualidad estas dinámicas en las disposiciones de enriquecimiento ilícito.

### 3. La carga de la prueba en la regulación del Enriquecimiento Ilícito

El reconocimiento internacional de las disposiciones que aligeran la carga probatoria de la Fiscalía en los casos de enriquecimiento ilícito se refleja en varios Tratados multilaterales<sup>68</sup>. El más sobresaliente es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) -de la cual China es parte- que establece lo siguiente:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él<sup>69</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (UNTOC, por sus siglas en inglés), de la cual China es parte, incluye una disposición similar<sup>70</sup>. La inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito está además contenida en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) y la *Convención de la Unión Africana* para prevenir y combatir la corrupción<sup>71</sup>.

Los redactores de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción consideran la disposición de enriquecimiento ilícito en términos de una presunción iuris tantum. En la Guía legislativa para la aplicación de la Convención se establece que: “queda claro que no hay ninguna presunción de culpabilidad y que la carga sigue siendo de quien imputa el

67 Misuse of Drugs Act (Cap. 185, 2001 Rev. Ed. Sing.), § 17

68 Véase, v.g., Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, G.A. Res 58/4, U.N. Doc. A/58/422 (Oct 31, 2003) [en adelante, UNCAC, por sus siglas en inglés]; United Nations Convention Against Illicit Traffic of Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, art. 5, Dic. 20, 1988, 28 I.L.M.; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 7, G.A. Res. 55/25, U.N. Doc. A/RES/55/25 (En. 8, 2001) [en adelante, UNTOC].

69 UNCAC, supra nota 68, art. 20.

70 Véase UNTOC, supra nota 68, art. 12(7) (“Los Estados Parte pueden considerar la posibilidad de requerir que un ofensor demuestre el origen legal de la alegada procedencia del delito u otros bienes expuestos a confiscación, en la medida que tal requerimiento es consistente con los principios de su ley doméstica y con la naturaleza de los procedimientos judiciales u otros”).

71 Thomas R. Snider & Won Kidane, Combating Corruption Through International Law in Africa: A Comparative Analysis, 40 Cornell Int'l L.J. 691, 728 (2007).

delito, teniendo que demostrar que el enriquecimiento es superior a los ingresos lícitos”. Por lo tanto, puede considerarse como una presunción *iuris tantum*<sup>72</sup>. La preocupación es si este enfoque coloca los elementos fundamentales de la delincuencia sobre la defensa, mientras aparentemente se pretende mantener el principio de la presunción de inocencia<sup>73</sup>.

Además de estos instrumentos internacionales, algunos países han incluido la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito en sus disposiciones de derecho interno<sup>74</sup>. Hasta el 2010, el Acta de Prevención de la Corrupción establecía que, cuando se demuestre que cualquier monto de dinero, regalo o cualquier otra consideración se ha dirigido o ha sido entregado a un funcionario público por una persona que pretenda obtener un beneficio por parte del Estado, “el dinero, regalo o deferencia se considerará pagado o entregado y recibido corruptamente, a no ser que se demuestre lo contrario”<sup>75</sup>. En un caso de 1995 en Hong Kong, mientras Hong Kong permanecía bajo el dominio británico, la Corte de Apelaciones sostuvo que la disposición de inversión de la carga de

la prueba, contenida en la Ordenanza de Prevención del Soborno, no contravenía el principio de presunción de inocencia<sup>76</sup>. Tras hacer énfasis en el principio básico de la presunción de inocencia, el Tribunal señaló que: “hay situaciones excepcionales en las que es posible y compatible con los derechos humanos desviar en cierto grado el principio común de que el persecutor debe probar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable”<sup>77</sup>. Tras esta decisión, la cuestión fundamental no es si una ley penal puede desviarse del reposo completo de la carga de la prueba sobre el persecutor, sino ¿hasta qué punto puede hacerlo?<sup>78</sup>

Al respecto surge la pregunta si hay algo en especial en los delitos de enriquecimiento ilícito que justifique esta aplicación de la carga de la prueba. Por un lado, no solamente en los casos de enriquecimiento ilícito el control de la delincuencia se ve comprometido como resultado de la defensa de los derechos procesales del imputado<sup>79</sup>, por otro lado, la transferencia de la carga estatal a los imputados genera que el trabajo de la Fiscalía sea más fácil en cualquier caso penal.

- 72 U.N. Office on Drugs & Crime [UNODC], Div. of Treaty Aff., Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption, U.N. Sales No. E.06.IV.16 (2006), disponible en [http://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC\\_Legislative\\_Guide.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_Legislative_Guide.pdf).
- 73 Incluso dentro de los órganos de las Naciones Unidas, la flexibilidad de la presunción de inocencia no es clara. Véase Ivan Šimonović, Keynote Statement, United Nations Counter-Terrorism Implementation Task Force, Expert Symposium, Bangkok, Thailand, Feb. 17-18, 2011 (“Es importante notar que, aún [en caso de emergencia pública], algunos derechos fundamentales no puede ser derogados- por ejemplo, la presunción de inocencia...”).
- 74 Véase Peter J. Henning, Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law, 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 793, 815 n.79 (2001) (indicando los países Latinoamericanos con disposiciones legales sobre enriquecimiento ilícito); ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, C. 2, Sanctioning and Prosecuting Corruption and Related Offenses, p. 37 (“Para mejorar la efectividad de su regulación [de enriquecimiento ilícito], India, Malasia, Nepal, Pakistan y Filipinas ha desplazado la carga de la prueba al acusado”).
- 75 United Kingdom, Prevention of Corruption Act, 1991, c. 64, § 2. Véase también Quintard-Morénas, supra nota 40, p. 133 (anotando excepciones “a la regla general” de la presunción de inocencia del derecho inglés, tales como la recepción de bienes robados, que “requiere a los sospechosos probar su inocencia”). La Ley de Prevención de la Corrupción (Prevention of Corruption Act) fue derogada en el marco de la Ley de Corrupción (Bribery Act) del 2010, que establece “un nuevo esquema consolidado de los delitos de corrupción para cubrir la corrupción tanto en el Reino Unido (UK) y el extranjero”. Sweet & Maxwell, *United Kingdom Law in Force, Bribery Act 2010*, Capítulo 23, Explanatory Note, para. 3. Una crítica principal de la antigua Ley “era que esta era confusa y difícil de manejar”. Jacqueline L. Bonneau, 49 *Colum. J. Transnat'l L.* 365, 372 (2010).
- 76 *Attorney General v. Hui Kin-Hong*, [1995] 1 HKCLR 227.
- 77 *Id.* p. 231.
- 78 Más allá del enriquecimiento ilícito, el derecho inglés históricamente requiere a los acusados explicar las fuentes de sus bienes en larceny misdemeanors. Véase Bruce P. Smith, *The Presumption of Guilt and the English Law of Theft, 1750-1850*, 23 *L. & HIST. REV.* 133, 135 (2005) (argumentando “que muchos acusados criminales ingleses a finales del siglo dieciocho y comienzos del siglo diecinueve no se beneficiaron de una presunción de inocencia sino, más bien, luchaba contra una presunción legal de culpabilidad”) (cursiva en original).
- 79 Véase Herbert L. Packer, *The Courts, the Police and the Rest of Us*, 57 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 238, 239 (1966) (describiendo los dos modelos competientes del sistema norteamericano de justicia criminal en que se enfocó el eficiente modelo de “Control del Delito” y el modelo individual de “Debido Proceso” enfocado en los derechos individuales). Además véase Mirjan R. Damaška, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 *U. Pa. L. Rev.* 506, 574-77 (1973) (criticando a Herbert Packer sobre la base de que la “tensión interna [entre eficiencia y la protección de los derechos del acusado] es parte integrante de la dialéctica de cualquier proceso criminal”) (énfasis omitido).

Cabe señalar que la regulación de la prueba en el enriquecimiento ilícito, que no contemple una disposición de inversión de la carga, convierte el debate sobre la reasignación de esta carga probatoria en una controversia muy rígida. Así, existen dos argumentos distintos pero relacionados que están en favor del uso de las disposiciones de inversión de la carga de la prueba: (i) existe una conexión racional entre el patrimonio injustificable de un funcionario público y la conclusión de que dicho patrimonio proviene de fuentes ilícitas y (ii) el funcionario público en posesión de los activos está en mejor posición para explicar las fuentes de los mismos (comodidad comparativa)<sup>80</sup>.

Con respecto al análisis de la conexión racional, se podría llegar a la conclusión de que el patrimonio proviene de fuente ilícita si, por ejemplo, un funcionario con un sueldo fijo estatal obtiene un aumento repentino en su riqueza o, incluso si no hay aumento, si el funcionario ha estado viviendo más allá de sus reales condiciones económicas por un largo periodo de tiempo. Asimismo, estos activos en desproporción con los ingresos lícitos son más sospechosos si el funcionario tiene acceso a fondos públicos que podría utilizar y/o si tiene el poder de conceder favores potencialmente lucrativos, mediante sobornos.

Como se desarrollará más adelante, en la Parte III.B, respecto a la situación en China, este pensamiento racional de que la riqueza proviene de fuentes ilícitas varía drásticamente en distintos países. Incluso, podría variar entre diferentes ciudades o Estados dentro de un país, en función de si existe un historial de casos de corrupción, si la supervisión de los bienes del Estado es laxa u otros factores<sup>81</sup>. El pensamiento más estricto es el que reconoce la conexión lógica entre los activos desproporcionados y las fuentes ilícitas, en consecuencia, el menor malestar que genera esta conexión se traduce en personas inocentes siendo condenadas.

En cuanto al análisis comparativo de lo más conveniente, tenemos que para un caso típico de robo la persona que realmente tomó el objeto robado es sin duda la que se encuentra en mejor posición para encontrarlo. El problema es si la Policía ha identificado al ladrón. Si la Policía identificó erróneamente a una persona como el autor, ¿cómo demuestra el investigado la ausencia de los objetos? (es decir, “Yo no tengo el collar robado”). La situación es distinta en el enriquecimiento ilícito, pues la pregunta es ¿por qué tienes el collar?, esto siempre y cuando el Fiscal haya probado que los activos están en manos del investigado (o nadie puede negar el hecho). Entonces, la cuestión es ¿por qué la persona no puede explicar la existencia de algo en su poder? Visto de esta manera, la disposición plantea una presunción *iuris tantum* después que el persecutor ha cumplido con su carga inicial.

Desde una perspectiva práctica es razonable esperar que la persona refute esta presunción al ofrecer una explicación lógica, respecto del exceso de riqueza. Además, en la medida en que el objetivo del sistema de justicia penal es sin duda buscar la verdad de los hechos –como se destaca en China<sup>82</sup>–, la persona que generalmente se encuentra en mejor posición para explicar los “hechos” de la existencia de los activos es la persona en posesión de dichos activos. Como un académico australiano comentó una vez: “Para determinar si la inversión de la carga de la prueba es compatible con la presunción de inocencia, debería analizarse el manejo de dicha prueba en la práctica: ¿Qué tan difícil será para el persecutor demostrar la culpabilidad sin la inversión de la carga? ¿Con qué facilidad podrá liberarse de la inversión de la carga una persona inocente?”<sup>83</sup>

Así, desde la perspectiva más benigna, el Fiscal tiene una carga, aunque no sea la más exigente. Las disposiciones de inversión de la carga probatoria únicamente desplazan la carga de producir la prueba, mas

80 Véase Ashford & Risinger, *supra* nota 65 (se presenta un panorama teórico sobre el papel de las presunciones y supuestos en el Derecho penal).

81 Véase, v.g., Daniel Engber, *Why is Chicago so Corrupt?*, Slate.Com, Dic. 9, 2008, <http://www.slate.com/id/2206364/> (respecto a la corrupción en Chicago, se da una Mirada a: “una cultura que ha estado en el lugar por más de 100 años”).

82 Véase Matthew T. King, *Security, Scale, Form, and Function: The Search for Truth and the Exclusion of Evidence in Adversarial and Inquisitorial Justice Systems*, 12 *Int'l Legal Persp.* 185, 187-88 (2002) (comparando el énfasis del sistema Chino sobre la búsqueda de la verdad con el “sistema norteamericano adversarial [que] se conforma por una vedad más pragmática o comprometido”).

83 David Hamer, *The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act*, 66 *Cambridge L. J.* 142, 171 (2007).

no alivian la carga final de demostrar que el imputado es culpable de los cargos<sup>84</sup>. Desde la perspectiva del Estado, la práctica es clara: “es lógico pensar que algo anda mal cuando un funcionario público posee una vasta riqueza y no es lo suficientemente acaudalado para pensar que esta proviene de su propia producción financiera”.

Un análisis más nefasto es que el Estado está generando una serie de amenazas a la presunción de inocencia, mediante el uso de sutilezas legales y tecnicismos de prueba. Se considera entonces que exigir al Fiscal que únicamente demuestre que el imputado posee una riqueza más allá de los activos que se consideran ingresos lícitos y, a continuación, que exija al imputado que explique la naturaleza de esa riqueza, es colocar un elemento fundamental del delito sobre los hombros de la parte denunciada. Bajo este punto de vista, el imputado se ve como culpable de enriquecimiento ilícito hasta que pueda demostrar su inocencia.

Los Estados Unidos de América ejemplifican un país que ha tomado esta última posición, considerando a la inversión de la carga de la prueba como una disposición indecorosa. A pesar de ser un elocuente defensor de una respuesta internacional a la corrupción<sup>85</sup>, los Estados Unidos de América han sido cuidadosos para articular objeciones a las reglas que representan una erosión de la presunción de inocencia. Así, los Estados Unidos de América expresó su objeción a la regulación del enriquecimiento ilícito, a través

de una reserva a la Convención Interamericana contra la Corrupción:

El delito de enriquecimiento ilícito, según lo establecido en el artículo IX de la Convención, hace recaer la carga de la prueba sobre el acusado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema legal de los Estados Unidos. Por lo tanto, Estados Unidos entiende que no está obligado a establecer un nuevo delito de enriquecimiento ilícito en virtud del artículo IX de la Convención<sup>86</sup>.

Asimismo, Canadá presentó una reserva casi idéntica<sup>87</sup>. Sin embargo, destacando la confusión de lo que realmente implica la presunción de inocencia, otros países parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción que cuentan con el principio constitucional de la presunción de inocencia no presentaron reserva alguna sobre este punto<sup>88</sup>. La preocupación de los Estados Unidos de América respecto a la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito deriva de cláusulas constitucionales del debido proceso aplicables a la prueba en casos penales<sup>89</sup>. Como lo ha establecido la Corte Suprema: “Para que no queden dudas respecto del estatus constitucional del estándar de duda razonable, explícitamente debemos sostener que la cláusula constitucional del debido proceso protege al imputado contra la condena, salvo si se prueba más allá de toda duda razonable que es culpable de los cargos”<sup>90</sup>. Establecido lo anterior, puede ser una tarea difícil discernir cuando una

84 Kofele-Kale, *supra* nota 12, p. 914 (“Este artículo rompe con la jurisprudencia tradicional sobre las cláusulas de obligación inversa, tratando de salvar estas excepciones a la presunción de inocencia de invalidación constitucional leyendo aquellas como la imposición de solo una carga probatoria sobre el acusado. Esta aproximación deja imperturbada la carga legal del acusador de probar la culpabilidad del acusado de cada elemento del delito bajo el exigente estándar de ‘más allá de una duda razonable’”).

85 Véase Schroth, *supra* nota 37, p. 610-13 (se describe los principales esfuerzos de los Estados Unidos de América para persuadir a los países de adoptar una Convención multilateral contra la corrupción).

86 Convención Interamericana contra la Corrupción, reserva de los E.E.U.U. al artículo IX; 146 Cong. Rec. S7809 (2000) (anotando que la ley de los EE.UU. contiene disposiciones que permitan alcanzar el mismo resultado del Article IX, tales como la punición por defectos en la realización adecuada de las declaraciones financieras y la evasión de impuestos). Para antecedentes sobre la IACAC, véase generalmente Giorleny D. Altamirano, *The Impact of the Inter-American Convention Against Corruption*, 38 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 487 (2007). Para información sobre la práctica de hacer reservas a los Tratados más genéticamente, véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Mayo 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331; id. art. 1(d) (“[R]eserva” significa una afirmación unilateral, sin embargo su enunciado o denominación, hecha por un Estado, cuando firma, ratifica, acepta, aprueba o accede a un Tratado, para excluir o para modificar el efecto legal de ciertas disposiciones del Tratado o su aplicación para este Estado...”).

87 Canada—Statement of Understanding of Article IX, *Illicit Enrichment*, disponible en <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-58.html> (“Como el delito contemplado por el artículo IX sería contrario a la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de Canadá, Canadá no implementará el artículo IX, como esta previsto por esta disposición”).

88 Véase Schroth, *supra* nota 37, p. 615-16.

89 Véase William F. Fox, Jr., *The “Presumption of Innocence” as Constitutional Doctrine*, 28 Cath. U. L. Rev. 253 (1979) (análisis constitucional de la presunción de inocencia).

90 *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970).

convicción de culpabilidad se encuentra en conflicto con un principio constitucional, sin embargo, la carga de la prueba es más manejable en la práctica que en lo que sugiere a primera vista la declaración de la Corte Suprema.

En primer lugar, el trabajo del Fiscal de probar “que los hechos constituyen necesariamente un delito”<sup>91</sup> se hace más fácil cuando en determinados casos se le permite al Fiscal satisfacer su carga a través de la inferencia<sup>92</sup>. La Corte Suprema ha permitido expresamente el uso de tales inferencias<sup>93</sup>, explicando que “la inferencia viola la cláusula del debido proceso solo si la conclusión sugerida no responde a la razón y al sentido común, a la luz de los hechos probados ante el jurado”<sup>94</sup>. Por ejemplo, los jueces norteamericanos suelen instruir al jurado que se puede “inferir las intenciones de una persona si se observan consecuencias naturales y probables de actos u omisiones delictivos”<sup>95</sup>. Por lo tanto, si una persona, a sabiendas, aprieta el gatillo de un arma cargada mientras apunta a otra persona, el Jurado puede inferir que la persona intentó herir a la otra persona. Entonces, en el caso del enriquecimiento ilícito, ¿puede un jurado inferir que el imputado obtuvo los bienes ilegalmente por el hecho de que los activos superan con creces sus ingresos considerados como lícitos?

En segundo lugar, la Corte Suprema ha permitido una redistribución limitada de las cargas en el contexto de las “defensas afirmativas”<sup>96</sup>. Como puede afirmar cualquier estudiante de primer año de derecho en los Estados Unidos, la primera parte de los cursos de derecho penal tiene que ver con la función del fiscal. Más adelante en el semestre, cuando el sílabo llega a las “defensas afirmativas”, de repente se dice que el imputado a veces necesita aportar ciertas pruebas. Por ejemplo, en el Estado de New York la categoría de la perturbación emocional extrema es considerada una defensa afirmativa a ser probada por la parte denunciada, resistiendo el escrutinio de la Corte Suprema<sup>97</sup>. En el caso *Patterson vs. New York*, la Corte sostuvo que los Estados son libres de asignar la carga de la prueba en los procesos penales a no ser que dicha asignación “ofenda algún principio de justicia tan enraizado en las tradiciones y conciencia del pueblo como para ser clasificado como fundamental”<sup>98</sup>. En consecuencia, para determinar cuándo un hecho es un elemento del delito y cuándo se trata de una defensa afirmativa es fundamental que una ley penal pase por un examen constitucional.

Respecto al enriquecimiento ilícito, la pregunta que surge a partir de *Patterson* es si la asignación de la carga de la prueba de las fuentes atenta contra

91 Id.

92 Véase supra notas 63-64 y el texto que lo acompaña. Una práctica más controversial que las inferencias permisivas es si los acusadores pueden usar suposiciones de culpabilidad hipotéticas como una estrategia de juicio cuando contra-examina a los testigos de carácter (v.g., preguntando si una persona que se involucra en un cierto comportamiento es un ciudadano respetuoso de la ley), con algunos Tribunales de EE.UU. permitiendo la práctica. Véase Eric M. Kubilus, case comment, *Innocent Until Proven (Hypothetically) Guilty: The Third Circuit Condone the sue of Guilt-Assuming Hypotheticals in United States v. Kellogg*, 53 Vill. L. Rev. 666, 673-74 (2008) (analizando la división del Circuito en el uso de asunciones de culpabilidad hipotéticas).

93 Véase Leslie J. Harris, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, 77 J. Crim. L. & Criminology 308 335-36 (explicando la división de los Tribunales de presunciones en categorías de permisivas y obligatorias); Charles R. Nesson, *Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity*, 92 Harv. L. Rev. 1187, 1187-88 (1979) (proveyendo ejemplo de inferencias permisivas).

94 *Francis v. Franklin*, 471 U.S. 307, 314-15, 105 S.Ct. 1965, 1971, 85 L.Ed.2d 344 (1985), citando *Ulster County Court v. Allen*, 442 U.S. 140, 157-163, 99 S.Ct. 2213, 2224-2227, 60 L.Ed.2d 777 (1979).

95 *United States v. Mejia*, 597 F.3d 1329, 1341 (DC Cir. 2010).

96 Véase, v.g., *Engle v. Isaac*, 456 U.S. 107 (1982) (afirmando la ubicación de la carga a proponer sobre el acusado cuando afirme una defensa afirmativa); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987) (requerir a la acusada que pruebe que ella actuó en auto-defensa no vulnera el debido proceso); *Dixon v. United States*, 548 U.S. 1 (2006) (el Gobierno no tiene la carga de desacreditar la defensa de coacción más allá de la duda razonable). Dos ejemplos distintos donde la ley de los EEUU ubica una carga más pesada sobre el acusado son (1) los estatutos sobre cyber-acoso, véase también, *A Balancing of Convenience: Burden-Shifting Devices in Criminal Cyberharassment Law*, 52 Boston College L. Rev. 289 (2011) (criticando el uso de las disposiciones de reversión de la carga en los estatutos sobre cyber-acoso) y (2) ciertos casos tributarios, véase *Kofele-Kale*, supra nota 12, p. 926-27 (discutiendo que “los Tribunales fiscales de los Estados Unidos de América que rutinariamente imponen sobre el obligado tributario la carga de probar la exactitud de la declaración de impuestos . . .”); *Henning*, supra nota 74, p. 814 n.78 (explicando el método de reversión de la carga del “patrimonio neto” en persecuciones por evasión tributaria).

97 Véase *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977).

98 Id. p. 202.

principios fundamentales de justicia. Los Estados Unidos de América adoptó una sólida posición, respecto a la regulación del enriquecimiento ilícito en la Convención Interamericana Contra la Corrupción: “es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos de América y contraria a los principios fundamentales del sistema jurídico estadounidense”<sup>99</sup>. Sin embargo, el reconocimiento de las defensas afirmativas por la Corte Suprema indica que el análisis es más complicado. Así, si el Congreso aprobó una ley de enriquecimiento ilícito y expuso el requisito de que el imputado producirá por lo menos alguna evidencia de legitimidad de sus fuentes, como una defensa afirmativa, considero que esta ley superaría el escrutinio de la Corte Suprema<sup>100</sup>.

Los Estados Unidos de América se ha referido a la presunción de inocencia, centrándose en su uso durante la etapa de juicio<sup>101</sup>. Los debates surgieron en la década de los 60's, preguntándose si violaba la presunción de inocencia el hecho de que los imputados detenidos que no podían pagar la fianza permanecieran en dicha condición. En ese entonces, la opinión del Gobierno de que la presunción no se aplicaría a los procedimientos previos al juicio se impuso en la Corte Suprema<sup>102</sup>. Cuando se le preguntó para que decidiera si las condiciones de confinamiento previas al juicio en New York violaba el debido proceso, la Corte Suprema sostuvo que la presunción de inocencia “no es aplicable a la determinación de los derechos de un detenido durante la prisión preventiva antes de que el juicio haya comenzado”<sup>103</sup>. Este nuevo punto de vista prevaleció cuando la Corte confirmó la prisión preventiva basada en la necesidad de proteger la seguridad de la comunidad, a pesar de las críticas de que esta práctica era una afrenta a la presunción de inocencia (es decir, si una persona es verdaderamente inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, ¿en qué

se basa para llegar a una conclusión prematura de que la persona es un criminal peligroso?). El Juez Marshall protestó en su voto disidente en *Estados Unidos vs. Salerno*, “Nuestros principios fundamentales de justicia declaran que el imputado es inocente tanto en el día anterior al juicio como en la mañana siguiente después de su absolución”<sup>104</sup>. No obstante, no pudo influir en la decisión de sus cuatro colegas restantes.

En suma, por un lado, la mayoría de los Tratados internacionales de derechos humanos y las leyes internas de los países defienden la presunción de inocencia. Por otro lado, las consecuencias de una presunción inviolable han provocado la consternación de la comunidad internacional. China es el único país que cuenta con ajustes a las leyes penales y procesales para hacer el trabajo del Fiscal más fácil o incluso solo para hacer el trabajo del Fiscal viable, sin embargo, los países varían en su tolerancia para flexibilizar la presunción de inocencia. Los Estados Unidos de América, por ejemplo, es mucho más cauteloso a la hora de hacer esos ajustes, sin embargo el ideal de la presunción de inocencia no está blindado. En cuanto al panorama internacional en la actualidad, hay un punto precario entre la presunción de inocencia y las disposiciones de inversión de la carga de la prueba. Si bien este debate está ocurriendo fuera de China, hay una discusión paralela dentro de China que se refiere a aspectos particulares de la propia tradición jurídica China. Precisamente, de este contexto nacional nos ocuparemos ahora.

## II. LA PERSPECTIVA DENTRO DE CHINA: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

China es parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

99 Véase supra nota 86 y el texto que lo acompaña.

100 Cf. Ashford & Risinger, supra nota 65, p. 173 (“es útil recordar que cuando una presunción opera contra el acusado, no hay nada más misterioso que imponerle una carga de persuasión sobre aquel y así crear una defensa afirmativa”).

101 Véase, v.g., Daniel S. Kahn, Presumed Guilty Until Proven Innocent: The Burden of Proof in Wrongful Conviction Claims Under State Compensation Statutes, 44 U. Mich. J.L. Reform 123, 155 (2010) (anotando que “de larga data el principio legal de la presunción de inocencia aplica solo para procesos penales”).

102 Véase John N. Mitchell, Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention, 55 Va. L. Rev. 99, 101 (1969). Cf. McLellan, supra nota 12, p. 74 (afirmando que, en Canadá, “la presunción de inocencia en la fianza procesal de ha convertido en un concepto ilusorio, en el mejor de los casos. La presunción ha sido disminuida tan dramáticamente que ahora es una idea de mínima trascendencia en las consideraciones para la liberación previa al juicio del acusado”).

103 *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 533 (1979).

104 481 U.S. 739, 764 (1987) (Marshall, J., discrepando).

Transnacional, así como parte en los Convenios que establecen la presunción de inocencia y, además, ha firmado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>105</sup>. En este sentido, China está involucrada en el debate internacional en torno a la presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito. Al mismo tiempo, como en el contexto legal de los Estados Unidos, el enfoque de China sobre estas cuestiones está lejos de ser regulado exclusivamente por sus obligaciones jurídicas internacionales; pues hay un contexto complejo de la legislación nacional respecto a la situación de la presunción de inocencia (Parte II.A) y el marco legal de China para abordar el enriquecimiento ilícito (Parte II.B).

#### A. China y la Presunción de Inocencia

Los primeros años de la República Popular China muestran poca aceptación al principio de inocencia (Parte II.A.1). La presunción de inocencia ha sido debatida en el marco de las reformas de 1996 al Código de Procedimiento Penal y en el debate sobre la reforma real (Parte II.A.2), sin embargo, continua siendo limitada la idea de adoptar una sólida presunción de inocencia (Parte II.A.3).

#### 1. La Presunción de Inocencia en los primeros años de la República Popular China

En China, durante la época imperial, la presunción en los casos penales fue de culpabilidad<sup>106</sup>. Los debates relativos a la presunción de inocencia surgieron cuando la recién fundada República Popular China trató

de establecer un sistema legal<sup>107</sup>. Estos debates fueron relegados en gran medida al ámbito académico, ya que el sistema de justicia penal se había concentrado en “buscar la verdad de los hechos” y mantener el orden durante los turbulentos años iniciales de la República Popular China. De hecho, la República Popular China no tuvo un Código penal o procesal penal durante 30 años (1949-79)<sup>108</sup>.

Tras el final de la Revolución Cultural y el paso de Mao Zedong, el Gobierno de China comenzó a reconstruir el sistema legal. En 1979, China promulgó tanto el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal, los cuales en conjunto establecen el marco para el funcionamiento de la justicia penal<sup>109</sup>. Como es común en los países bajo la etiqueta del civil law, estas leyes fueron redactadas en un grado relativamente alto de abstracción con la intención de que los reglamentos, reglas, interpretaciones y otras formas de orientación legislativa y administrativa sean seguidos<sup>110</sup>.

Las nuevas leyes también aclararon las funciones de los diferentes actores del sistema de justicia penal<sup>111</sup>. Este artículo emplea el término “Fiscal” para referirse a los funcionarios de Gobierno que son responsables de la presentación de cargos y argumentación de casos del Gobierno ante la Corte (en China, 检察官). Como parte de la Fiscalía, sus funciones incluyen la supervisión de los procedimientos penales<sup>112</sup>. Este rol de supervisión es más pronunciado en la ley que en la práctica, pues los fiscales se ven menos como una

105 Véase, v.g., Rights of the Child, supra nota 23, art. 40(2)(b)(i). China ratificó la Convención el 2 de Marzo de 1992. Véase China and the Convention on the Rights of the Child, Special Report by Mr. Frankie Chen, disponible en [http://www.unicef.org/china/media\\_12006.html](http://www.unicef.org/china/media_12006.html).

106 Véase Ira Belkin, China’s Tortuous Path Toward Ending Torture in Criminal Investigations, 24 Colum. J. Asian L. (2011) (“En China imperial, había una presunción de culpabilidad que surgió a partir del respeto y obediencia a la Oficina de Oficiales Investigadores. Si ellos sospechaban que alguien cometió un delito, esta persona era presumida culpable”).

107 Véase Timothy A. Gelatt, The People’s Republic of China and the Presumption of Innocence, 73 J. Crim. L. & Criminology 259 (1982) (siguiendo el desarrollo histórico de la discusión alrededor de la presunción de inocencia en China desde los tiempos imperiales hasta el Derecho penal de 1979).

108 Dai Yuzhong, The Pursuit of Criminal Justice, en China’s Journey Toward The Rule Of Law 155, 157 (Cai Dingjian & Wang Chenguang eds., 2010) (“Casos penales durante este periodo [1949–79] fueron manejados inicialmente de acuerdo a políticas dictadas por el Partido o el Gobierno central y algunas veces incluso en forma de movimientos de las masas”).

109 Véase Id. (describiendo antecedentes de las leyes de 1979); véase también 中华人民共和国刑事诉讼法 [PRC Código de Procedimiento Criminal] art. 8 (promulgado por el Nat’l People’s Cong., Jul. 1, 1979, enmendado Mar. 17, 1996, vigente Ene. 1, 1997) (China) [en adelante, CPL]; Criminal Law, supra nota 9.

110 Véase 中华人民共和国立法法 [Estatuto de la Legislación de la República Popular China] (adoptada por el 9th Nat’l People’s Cong., Mar. 15, 2000, vigencia Julio 1, 2000), disponible en [http://www.novexcn.com/legislat\\_low\\_00.html](http://www.novexcn.com/legislat_low_00.html). El Estatuto de la Legislación detalla la jerarquía de las leyes, regulaciones y reglas de los diversos niveles del Gobierno.

111 Véase Dai, supra nota 108, p. 164-65 (explicando el rol supervisor de la Fiscalía).

112 XIANFA (中华人民共和国宪法) art. 5 (1982) (China); CPL, supra nota 109, art. 8.

pantalla independiente de los méritos de un caso y más como la conexión entre la investigación policial y los procedimientos judiciales.

El Código de Procedimiento Penal de 1979 no incluye la presunción de inocencia, sino que en su lugar ordena a los Tribunales, Fiscalías y a los órganos de seguridad pública a “basarse en los hechos e interpretar la ley con criterio” cuando conduzcan procedimientos penales<sup>113</sup>. Esta política, denominada *decision first, trial later* (先判后审), significa que el destino del imputado fue determinado por lo general antes de que el juicio siquiera comience, convirtiéndose el Juicio en una cuestión más de forma que de fondo<sup>114</sup>.

## 2. El Código de Procedimiento Penal de 1996 y el Proyecto de Reforma pendiente

Cuando la Asamblea Popular Nacional de China revisó el Código de Procedimiento Penal, en la década de los 90's, “se hicieron propuestas —siendo rechazadas— para agregar al texto disposiciones que reconozcan la presunción de inocencia”<sup>115</sup>. Con posterioridad, aparece el Código de 1996 que aun conserva la disposición de que las reglas del procedimiento penal deben “basarse en hechos e interpretar la ley con criterio”<sup>116</sup>. Además, un acercamiento a la presunción de inocencia puede ser la obligación de usar el término “acusado” (被告人), únicamente con posterioridad a la decisión de procesar al “sospechoso” (犯罪嫌疑人)<sup>117</sup>. Este cambio indica que, al menos en teoría, hay una diferencia cualitativa entre una persona considerada como sospechosa y una persona sobre la cual los Fiscales han decidido formalizar los cargos.

En seguida, se utiliza el término “culpable” (犯罪分子) para referirse a una persona que ha confesado su crimen o ha sido declarada culpable en el juicio<sup>118</sup>.

El Código de Procedimiento Penal de 1996 fue aun más notable por mostrar un cambio sustancial desde un sistema inquisitivo hacia uno acusatorio<sup>119</sup>. El entusiasmo inicial de que las modificaciones pusieran mayor énfasis en los juicios y, en particular, en la capacidad de la defensa para participar en el juicio, se vio diluido en razón de los problemas prácticos que los acusados enfrentaban al intentar invocar protección legal<sup>120</sup>.

Además, las modificaciones de 1996 no cubrieron las expectativas de muchos respecto a la clarificación de las cargas probatorias en los procedimientos penales. De acuerdo con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, “Todos los hechos que demuestren las circunstancias verdaderas de un caso, serán prueba”<sup>121</sup>. El artículo 43 entonces establece que “los jueces, fiscales e investigadores deben, de conformidad con el proceso penal legalmente establecido, recoger diversos tipos de evidencia que pueda probar la culpabilidad del sospechoso o su inocencia y la gravedad del delito”<sup>122</sup>. Asimismo, la Corte ha adoptado la siguiente decisión, de conformidad con el artículo 162 del Código Adjetivo:

(1) Si los hechos de un caso son claros, la evidencia es confiable y suficiente, y el imputado es hallado culpable de conformidad con la ley, este será declarado culpable (案件事实清楚, 证据确实, 充分, 依据法律认定被告人有罪的, 应当作出有罪判决);

113 CPL, supra nota 109, art. 4 (1979 version del CPL).

114 Lan Rongjie, *A False Promise of Fair Trials: A Case Study of China's Malleable Criminal Procedure Law*, 27 Ucla Pac. Basin L.J. 153, 209 (2010) (explicando la práctica “popularmente referida como ‘decisión primero, juicio después’ (xianding houshen)”).

115 Lawyers Committee for Human Rights, *Opening to Reform? An Analysis of China's Revised Criminal Procedure Law 43-44* (1996).

116 CPL, supra nota 109, art. 6 (en su version modificada en 1996).

117 Lawyers Committee for Human Rights, supra nota 115, p. 62.

118 Véase, v.g., CPL, supra nota 109, art. 2; Criminal Law, supra nota 9, art. 5.

119 Randall Peerenboom, *What Have We Learned About Law and Development? Describing, Predicting, and Assessing Legal Reforms in China*, 27 Mich. J. Int'l L. 823, 844-49 (2006) (describiendo el “rocoso camino hacia un sistema adversarial” de China).

120 Id.; véase también Mike Mcconville, *Criminal Justice In China: An Empirical Inquiry 13-15* (2011) (se analiza el impacto del Código de Procedimiento Penal de 1996).

121 CPL, supra nota 109, art. 42. El artículo respectivo en el Borrador del CPL de 2011 (art. 47) utilice una redacción ligeramente distinta: “Cualquier material que pueda ser utilizado para probar los hechos de un caso se considerará evidencia” (“可以用于证明案件事实的材料, 都是证据”). Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 47.

122 CPL, supra nota 109, art. 43; 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 49; véase también Gelatt, supra nota 107, at 296 (se cita el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal de 1979, el cual establece: “requerimientos para la obtención de evidencia ‘que puedan probar la culpabilidad o inocencia del acusado y la gravedad de las circunstancias del delito’”).

(2) Si el imputado es hallado inocente de conformidad con la ley, será declarado inocente (依据 法律认定 被告人 无罪的, 应当 作出 无罪 判决);

(3) Si la evidencia es insuficiente y el imputado no puede ser hallado culpable, será declarado inocente, sobre la base de la insuficiencia de la evidencia y la carencia de fundamento de la acusación (证据不足, 不能认定被告人有罪的, 应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决)<sup>123</sup>.

El cuestionamiento siguiente es a qué punto de referencia debe llegar el Fiscal para probar que los hechos del caso son, en efecto, claros (案件 事实 清楚) y que la evidencia es confiable y suficiente (证据 确实, 充分). El artículo 162 es aun más interesante, pues se especifica que el imputado puede recibir un veredicto de inocente si es “hallado inocente” o si no hay evidencia suficiente que confirme los cargos. Esto implica una distinción entre una persona considerada inocente, según los hechos, y una persona inocente, por una cuestión de derecho, pero sobre la cual persisten dudas sobre su culpabilidad<sup>124</sup>. El Proyecto de reforma de 2011 mantiene la redacción previa del artículo 162 –aunque el artículo ha sido reenumerado como artículo 194– y añade una disposición instando a la Corte a tomar una decisión con relación a los bienes incautados como parte del caso<sup>125</sup>.

Algunos comentaristas han invocado el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, señalando que

contiene la presunción de inocencia aplicada hasta que el Tribunal tome la decisión correspondiente<sup>126</sup>. Si bien el artículo 12 aclara que el imputado no debe ser considerado culpable hasta que el Tribunal lo determine<sup>127</sup>, existen críticas a esta disposición. Por ejemplo, al criticar la ley, el Comité de Abogados para los Derechos Humanos (hoy, “Primero los Derechos Humanos”) sostuvo que: “El artículo 12 no dice nada sobre la carga de la prueba, el estándar de culpabilidad o cualquier otro tema comúnmente asociado con la presunción de inocencia. Debe considerarse más bien como una declaración clara de la responsabilidad funcional, pues establece que solo un Tribunal –y no otra persona o institución– puede determinar la culpabilidad”<sup>128</sup>.

No solo el imputado se encuentra privado de la presunción de inocencia en el marco del Código de Procedimiento Penal, sino que tampoco tiene derecho a guardar silencio. El artículo 93 obliga incluso a los presuntos delincuentes a responder preguntas con la verdad, aunque añade la advertencia de que el sospecho “tiene el derecho a negarse a contestar cualquier pregunta que sea irrelevante para el caso”<sup>129</sup>. El Proyecto de reforma de 2011 mantiene la redacción anterior del artículo 93 (actualmente artículo 117), pero añade una frase, que al interrogar a un sospechoso, los investigadores deberán informar al sospechoso que una confesión sincera puede resultar en un manejo más indulgente de la causa<sup>130</sup>. Esta adición

123 CPL, supra nota 109, art.162; 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 194. Lo anterior es la traducción oficial del estándar de prueba requerido (“los hechos de un caso son claros, la evidencia es confiable y suficiente”), aunque hay algunas diferencias de opinión sobre si una redacción alternativa refleja con mayor precisión el idioma chino, v.g., “los hechos del caso son claros, la evidencia es precisa y completa”. Ira Belkin, China, en *Criminal Procedure: A Worldwide Study* 91, 105 (Craig M. Bradley ed., 2d ed. 2007).

124 Cf. Emily Hughes, *Innocence Unmodified*, 89 N.C. L. Rev. 1083, 1090 (2011) (argumentando en favor de un “inmodificado entendimiento de inocencia [que] continuaría protegiendo actualmente a las personas inocentes mientras que también se esfuerza por proteger a las personas que actualmente no son inocentes pero que tienen fuertes reclamos constitucionales que garantizan la reversión de sus condenas injustas”).

125 Véase 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 194 (“人民法院在判决中, 应当对查封、扣押、冻结的财物及其孳息的处理作出决定”).

126 Véase supra nota 18.

127 CPL, supra nota 109, art. 12 (“Nadie podrá ser encontrado culpable sin ser juzgado por un Tribunal del Pueblo de acuerdo a Ley”); véase también 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 12 (misma redacción en la ley actual).

128 Véase Lawyers Committee For Human Rights, supra nota 115, p. 44 (explicando que el artículo 12 debe ser entendido como un cambio de la ley de 1979 bajo la cual la Fiscalía podía determinar la culpabilidad *law* antes que los Tribunales); véase también Mcconville, supra nota 120, p. 213 (“El CPL de 1996 y la interpretación del SPC fallo en dirigir de una forma clara cuestiones centrales tales como la carga de la prueba, el estándar de la prueba y la presunción de inocencia”).

129 CPL, supra nota 109, art. 93; véase también 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117.

130 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117 (“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时, 应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定”).

hace explícita la política de larga data de la clemencia para aquellos que confiesan<sup>131</sup> y mantiene la política complementaria de la severidad para aquellos que se resisten<sup>132</sup>.

Las diferencias antes mencionadas entre el Código de Procedimiento Penal vigente y el Proyecto de 2011 son modestas, pero es importante dar el primer paso tendiente a clarificar la regulación de la carga de la prueba en los procedimientos penales. En el año 2010, el Gobierno de China emitió dos series de reglas, llamadas comúnmente como “Reglas de la Prueba de 2010”, las cuales contienen: (1) Reglas sobre cómo examinar y juzgar la evidencia en casos de pena de muerte (Las Reglas de Prueba en la Pena de Muerte) y (2) Reglas sobre la exclusión de la prueba ilícita en los procedimientos penales (Las Reglas de Exclusión de Pruebas)<sup>133</sup>. Las Reglas de Exclusión de Pruebas dieron un paso innovador al establecer un procedimiento previo al juicio para determinar si una confesión es admisible<sup>134</sup>. Estas reglas establecen una carga, ya que si el Tribunal tiene dudas sobre la admisibilidad de una confesión después de escuchar el relato del imputado, el Fiscal deberá presentar evidencias de que la confesión no fue coaccionada. En otras palabras, la carga inicial de la producción

probatoria (también llamada en inglés *the burden of going forward* y, en chino, 提供证据的责任 o 推进诉讼的责任) parece recaer en la defensa, y si se reunió con el fiscal, este debe generar convicción de que la coerción no se produjo. Sin embargo, la carga de afirmación del hecho o carga de generar convicción (说服责任) es menos clara. Las Reglas de Exclusión de Pruebas reflejan las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en el sentido que una confesión no podrá servir como base para la condena si las evidencias presentadas para confirmar la legalidad de la confesión no son confiables o suficientes<sup>135</sup>.

El segundo conjunto de normas –Reglas de Prueba en la Pena de Muerte– sigue el criterio del Código de Procedimiento Penal, al disponer que las determinaciones de los delitos deban basarse en evidencia fiable y suficiente<sup>136</sup>. Estas reglas son loables a fin de dar un paso hacia la clarificación del uso de la evidencia en casos penales. No obstante, vale notar que, fiel a su nombre, las Reglas de Prueba en la Pena de Muerte no solo se aplican en casos de pena capital<sup>137</sup>. Por otra parte, aunque el artículo 1 enfatiza en la necesidad de que en casos de pena capital, “lo hechos sean claros, la evidencia confiable y suficiente, los procedimientos legales y la ley aplicada correctamente”,

131 Véase Dai *supra* nota 108, at 191.

132 Cf. id. (traducción de “抗拒从严” como “severidad para los que se resisten”).

133 Véase 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定 [Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia, Reglas sobre ciertos aspectos relacionados al examen y juzgamiento de la evidencia en casos de pena de muerte] (promulgadas el 25 de Junio, 2010, vigente desde el 01 de Julio, 2010), <http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428111.html> [de aquí en adelante Reglas probatorias de la pena de muerte]; 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定 [Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia, Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas a la exclusión de prueba ilegal en casos penales] (promulgadas el 25 de Junio, 2010, vigente 01 de Julio, 2010), <http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428112.html> [de aquí en adelante Reglas de exclusión probatoria]; véase también 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的通知 [Comunicación de la Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia, relacionada al tópico de “Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas al examen y valoración de la evidencia en casos de pena de muerte” y “Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas a la exclusión de la prueba ilegal en casos penales”] (promulgado el 25 de Junio 25, 2010, vigente el 01 de Julio, 2010), <http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428115.html> [de aquí en adelante Comunicación sobre reglas probatorias 2010]. Traducciones al inglés de las reglas y comunicación antes citadas están disponibles en <http://www.duihua.org/hrjournal/evidence/evidence.htm>.

134 Véase Evidence Exclusion Rules, *supra* nota 133; véase también Margaret K. Lewis, Controlling Abuse to Maintain Control: The Exclusionary Rule in China, 43 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 629 (2011) (se analiza la esencia de la motivación en las nuevas reglas de la prueba).

135 Reglas de exclusión probatoria, *supra* nota 133, art. 12 (“提供的证据不够确实、充分的”).

136 Reglas probatorias de la pena de muerte, *supra* nota 133, art. 5 (“证据确实、充分”).

137 El comunicado emitido que acompaña las Reglas probatorias del 2010 concluye con la afirmación que las Reglas Probatorias de la pena de muerte “pueden ser utilizadas como una referencia para implementar en el manejo de otros casos criminales,” pero esto es solo una indicación de paso de una ámbito mayor. Véase Comunicación de Reglas probatorias del 2010, *supra* nota 133.

una vez más es incierto cómo se debe traducir en la práctica los términos “claro” y “suficiente”.

En atención a estas dificultades, los Tribunales chinos han ido tomando diversas medidas, mediante el trabajo en las reglas unificadas de la prueba. Sin embargo, la inclusión de disposiciones sobre la prueba en el Proyecto de 2011 deja en duda si las normas complementarias en materia de prueba para los casos penales estarán contenidas en un documento separado<sup>138</sup>.

El Proyecto de 2011 incorpora en gran medida las Reglas de la Prueba de 2010, elevando el estado de las disposiciones, de mera regla a ley<sup>139</sup>. Tal vez, ante esta inclusión en el Código de Procedimiento Penal, se exigirá una aplicación más robusta de las disposiciones, a pesar de que los informes iniciales no lo refleja con claridad<sup>140</sup>. Tian Wenchang, Jefe de la Asociación de Abogados de China, expresó su desilusión con las disposiciones revisadas en el Proyecto de 2011, al señalar que a la Fiscalía y Policía únicamente se les exige una declaración de que la confesión no fue forzada, lo cual es inútil para la defensa al momento de objetar<sup>141</sup>. Tian ha estado involucrado por mucho tiempo en las discusiones sobre las reformas procesales penales.

En julio de 2011, el diario oficial China Daily, informó la probabilidad de que el Código de Procedimiento Penal sea modificado este año y que “pueda dar inmunidad a sospechosos de declarar contra sí mismos, lo cual se considera un paso importante en la

protección de los derechos humanos”<sup>142</sup>. De otro lado, analistas nacionales y extranjeros también han alentado a China a mejorar la protección de los imputados<sup>143</sup>. Por ejemplo, en el Proyecto de Expertos para Modificación del Código de Procedimiento Penal de la República Popular de China de 2006 y su anotación, renombrados académicos chinos propusieron que la ley sea revisada para establecer que las personas “serán consideradas inocentes” ante el Tribunal<sup>144</sup>. El Proyecto de 2011 no está a la altura de estas expectativas.

El Proyecto de 2011 no aclaró de modo suficiente el requisito del estándar probatorio en los casos penales. El Abogado Tian señaló que persiste la controversia sobre si se mantiene o no el deber de probar “más allá de toda duda razonable” (排除合理怀疑)<sup>145</sup>. El proyecto es digno de alabanza por lo menos en la eliminación de la palabra “prueba” de la disposición que establece que la responsabilidad de los abogados de la defensa “será presentar, de acuerdo con los hechos y la ley, los materiales y las opiniones que prueben la inocencia del sospechoso o imputado...”<sup>146</sup>. Esta aclaración de que es deber de los abogados presentar pruebas, mas no demostrar la inocencia en estricto deberá armonizarse con el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Abogados de la República Popular China, revisada en 2007<sup>147</sup>. Aunque el lenguaje de las dos leyes referidas pueda ser consistente, el debate continúa entorno al nivel de duda que se requiere generar para refutar los cargos<sup>148</sup>.

138 Véase 教育部重大项目成果《人民法院统一证据规定》试点工作总结研讨会召开, Enero 27, 2010, disponible en <http://www.sinoss.net/2010/0127/10032.html> (reportando encuentro de trabajo sobre la unificación de las reglas probatorias).

139 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, arts. 52-57.

140 Véase Jeremy Daum, Tortuous Progress: Early Cases Under China's New Procedures For Excluding Illegal Evidence in Criminal Cases, 43 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 629 (2011) (se detallan los desafíos de los abogados para invocar las nuevas reglas).

141 田文昌 (Tian Wenchang), 刑诉法修正案问题很多值得探讨, Set. 2, 2011, <http://wq.zfwlxt.com/newLawyerSite/BlogShow.aspx?itemTypeID=071c6217-86e0-4fda-b13c-9bf0010cee75&itemID=73212055-9e84-463a-82a9-9f5200f7048a&user=10420> (“...但是很简单控方或者公安局出了一纸证明, 没有(刑讯逼供), 任凭你被告人有一百张嘴也没有用”).

142 Protection of Human Rights Gets Big Boost, China Daily Online, Julio 13, 2011, [http://www.chinadaily.com.cn/china/2011-07/13/content\\_12888966.htm](http://www.chinadaily.com.cn/china/2011-07/13/content_12888966.htm).

143 Véase, v.g., Belkin, supra nota 106 (“Para proporcionar un contrapeso a esta forma anticuada de pensar y aplicar la justicia penal de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, China debería adoptar de manera explícita la disposición de presunción de inocencia”) (citando Chen Guangzhong, Reform of China's Criminal Evidence System, 中国刑事证据制度的改革, Peking University Information Network (北大法律信息网)).

144 Expert Draft for Re-Amendment to the Criminal Procedure Law of the Prc and its Annotation 4-5 (Chen Guangzhong, ed. 2006) (“在人民法院依法作出生效裁判确定有罪之前, 任何人应当被推定为无罪”).

145 Véase Tian, supra nota 141.

146 Véase CPL supra nota 109, art. 35.

147 Lawyers' Law of the PRC (中华人民共和国律师法), art. 31, aprobada el 15 de mayo de 1996 y modificada el 28 de octubre de 2007, [http://www.gov.cn/flfg/2007-10/28/content\\_788495.htm](http://www.gov.cn/flfg/2007-10/28/content_788495.htm)

148 Véase Zhang Peihong, publicación en blog, segunda publicación en <http://www.siweiluozi.net/2011/08/lawyers-express-criticism-of-criminal.html> (original en <http://www.weibo.com/zph977>) (“但是是否意味着辩护人的责任只是反驳有罪而不是证明无罪, 其实开不确定, 因为原文犯了同语反复的错误”).

Incluso si el actual Proyecto es revisado más a fondo antes de la aprobación del 2012, es muy poco probable que el Estado escuche las propuestas de los estudiosos e incorpore la presunción de inocencia o el derecho a guardar silencio. Al discutir el proceso de revisión, el profesor Chen Guangzhong, uno de los más antiguos y respetados estudiosos del procedimiento penal chino, comentó que todavía no era oportuno incluir el derecho a guardar silencio y tomó nota de la oposición universal de las autoridades gubernamentales<sup>149</sup>. Cuando el Proyecto de 2011 se convierta en ley, los abogados podrán argumentar que la nueva disposición, que exige que los interrogadores no obliguen a nadie a autoinculparse, incorpora de alguna forma el derecho a guardar silencio<sup>150</sup>. Sin embargo, el Proyecto de 2011 conserva el lenguaje de la ley actual en el sentido que los sospechosos deben responder a las preguntas con sinceridad<sup>151</sup>. En suma, los sospechosos deben contestar con la verdad, pero los interrogadores están limitados en la medida que no pueden obligar a los inculpados a hablar. Respecto a lo anterior, el abogado Xu Lanting declaró sin rodeos: “Establecer por un lado que una persona no podrá ser obligada a declarar contra sí misma, pero al mismo indicar que debe confesar sinceramente es fundamentalmente contradictorio e ilógico”<sup>152</sup>. Puede que sea así, pero parece que los abogados y los imputados no tendrán más remedio que trabajar con este lenguaje confuso en los próximos años.

### 3. Perspectivas futuras de la presunción de inocencia en China

Como una pura cuestión de procedimiento, si está en el camino del desarrollo jurídico procesal chino

el reconocimiento o no de la presunción de inocencia, la decisión se canalizará a través de los órganos de gobierno que participan directamente en el sistema de justicia penal y, en última instancia, en la Asamblea Popular Nacional de China, para la inclusión de esta garantía procesal en el Código de Procedimiento Penal<sup>153</sup>. A diferencia de Estados Unidos de América, donde muchas de las garantías procesales reconocidas a los acusados tienen su origen en la Constitución Política, debiendo los tribunales interpretar cualquier norma sustantiva o procesal en simetría con dichas garantías<sup>154</sup>, los Tribunales de la República Popular China no tienen, en consecuencia, la facultad para interpretar la Constitución de su país. Por lo tanto, incluso si los Tribunales quisieran llevar a la práctica el respeto de los derechos humanos establecido en la Constitución de la República Popular China<sup>155</sup>, las disposiciones constitucionales no se podrían interpretar ni siquiera en bonan parte, o como base directa para reforzar la protección judicial para los acusados. El Tribunal Popular Supremo puede y ha publicado las interpretaciones que dan consistencia a las disposiciones de carácter general en las leyes más importantes, como la que regula el Procedimiento Penal<sup>156</sup>, pero la Corte aún está limitada por el lenguaje de la propia ley y debe trabajar dentro de esos parámetros. En pocas palabras, hay poca o ninguna indicación de que los tribunales estén tratando de tomar un papel más activo en el establecimiento por lo menos jurisprudencial de los derechos procesales de los acusados, y mucho menos tratando de encontrar una manera de desenterrar todos esos derechos en el texto de la propia Constitución<sup>157</sup>.

149 陈霄 & 焦红艳 (Chen Xiao & Jiao Hongyan), 刑诉法修正案草案: 六大方面有待完善, 法治周末, Set. 7, 2011, [http://news.ifeng.com/mainland/special/xingshisusongfa/content-3/detail\\_2011\\_09/07/9010529\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/mainland/special/xingshisusongfa/content-3/detail_2011_09/07/9010529_0.shtml) (陈光中: “这次沉默权没有规定进来, 结合中国的实践, 条件可能还是不成熟, 讨论时所有实务部门也都反对”); véase también Zhang, supra nota 148 (“果然, 没有规定犯罪嫌疑人, 被告人在刑事诉讼活动中享有“沉默权”).

150 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 49. (“不得强迫任何人证实自己有罪”).

151 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117; véase también supra nota 129-132 y el texto que lo acompaña.

152 Chen & Jiao, supra nota 149 (“许兰亭: 不得强迫自证其罪, 又要如实供述, 这根本就矛盾, 不通”).

153 Como un ejemplo, las Reglas Probatorias del 2010, supra nota 133, fueron emitidas por el Tribunal Popular Supremo, la Fiscalía Popular Suprema, el Ministerio de Seguridad Pública, Ministerio de Seguridad del Estado, y el Ministerio de Justicia, y gran parte del contenido se ha incorporado en el Proyecto de la CPL 2011.

154 Véase, v.g., In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970) (afirmando que la cláusula de debido proceso protege contra la condena, salvo si se prueba más allá de toda duda razonable).

155 Xianfa (中华人民共和国宪法) art. 33 (2004) (China) (“El Estado respeta y garantiza los derechos humanos”).

156 Véase, por ejemplo, 最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释, (法释(1998) 23号1998年6月29日, 最高人民法院审判委员会第989次会议通过) (la interpretación judicial aclara una serie de interrogantes a la Ley de Procedimiento Penal).

157 Véase, Ji Weidong, Legal Discourse in Contemporary China, en Building Constitutionalism in China 125, 139 (Stephanie Balme & Michael W. Dowdle eds., 2009) (discutiendo el retiro por parte del Tribunal Popular Supremo en el 2008 de la interpretación judicial en el caso Yuling Qi).

En la actualidad China considera más factible una política criminal sumamente férrea sin mucha observancia de garantías procesales con el fin de tener un efecto disuasivo efectivo en la sociedad<sup>158</sup>. Esta posición está en consonancia con la preocupación de la estabilidad del status quo social, así, la falta de presunción de inocencia simplifica el trabajo del Gobierno cuando se trata de condenar a presuntos delincuentes. Sin embargo, desde la posición del Gobierno de China, se sostiene que no es que el sistema de justicia penal solo deba enjuiciar y condenar a los acusados de cualquier tipo de hecho antijurídico, si no solo de los que impliquen el daño más contundente a los bienes jurídicos. De esta manera, el Gobierno ha reconocido y reprochado abiertamente los excesos de la aplicación del *ius puniendi* penal -personas inocentes han sido condenadas y hasta ejecutadas-<sup>159</sup>. Al dar a conocer las Reglas de la Prueba de 2010, los órganos de gobierno reconocieron posteriormente sobre esta modificación “que los métodos eran flojos e inadecuados, y que estos se han utilizado para recopilar, analizar y excluir las pruebas en varios casos, especialmente en aquellos que involucran la pena de

muerte”<sup>160</sup>. Los críticos tomaron esta admisión abierta de opiniones como una oportunidad para criticar el hecho de que la “presunción de culpabilidad” es casi una regla general en los casos penales, siendo esto erróneo y anti garantista, dejando de lado la garantía procesal de que toda persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad<sup>161</sup>.

La crítica práctica que subyace a la “presunción de culpabilidad” es la gran tasa de condenas y los altos costos penitenciarios que esto lleva, por lo que es ilógico mencionar que China respeta las garantías procesales derivadas del sistema acusatorio-adversarial, cuando las sentencias absolutorias son apenas de 1% por ciento<sup>162</sup>. Esta cifra desencadena que incluso en la etapa postulatória del proceso penal los Fiscales omitan la aplicación de garantías como la imputación necesaria o la suficiencia probatoria, diciendo ejercer la acción penal por mera formalidad<sup>163</sup>. En China no existe jurisprudencia constitucional en materia de garantías procesales en la etapa postulatória del proceso<sup>164</sup>. La explicación más probable es que los Tribunales rutinariamente ven a los acusados

158 Véase, por ejemplo, Randall Peerenboom, *Out of the Pan and into the Fire: Well-Intentioned but Misguided Recommendations to Eliminate All Forms of Administrative Detention in China*, 98 NW. U. L. Rev. 991, 1072 (2004) (“Muchos ciudadanos en China, como en otros lugares, se sienten que los derechos procesales de los sospechosos pueden ser utilizados para derrotar la meta de buscar la verdad y obstaculizar la justicia sustantiva al permitir que aquellos que han cometido delitos puedan escapar de la condena y el castigo”); Sida Liu & Terence C. Halliday, *Recursivity in Legal Change: Lawyers and Reforms of China’s Criminal Procedure Law*, 34 L. & Soc. Inquiry 911, 920 (2009) (“Una fuente más fundamental de características chinas proviene de una larga historia de la justicia penal que hace hincapié en el derecho sustantivo y de procedimiento de vistas”).

159 Véase, por ejemplo, 湖北殺妻冤案主余祥林獲賠償近46萬元, 新华网, Abr. 13, 2005, [http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/legal/2005-09/01/content\\_3427899.htm](http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/legal/2005-09/01/content_3427899.htm) (Informe oficial del Gobierno sobre los medios de comunicación, como fuente de condenas erróneas).

160 Wang Guanqun, *China Clarifies Evidence Law for Criminal Cases to Stem Miscarriages of Justice*, Xinhua News Agency (Mayo 30, 2010), [http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2010-05/30/c\\_13323861.htm](http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2010-05/30/c_13323861.htm).

161 Véase, 错案警示日:要警示的是“有罪推定,” 新京报 [Beijing News], Junio 4, 2010, <http://comment.bjnews.com.cn/2010/0604/22183.shtml>. (“有罪推定”、“疑罪从有”).

162 Véase, Fu Hualing, *Institutionalizing Criminal Process in China* 7 a 8, 24 (Abr. 13, 2010) (artículo no publicado), disponible en <http://www.ssrn.com/abstract=1588733> (China reporta una tasa de absolución de 0.19 % en 2006); véase también, Gelatt, *supra* nota 107, p. 309 n.319] (“En 1979, el 95.8% de los casos vistos en los tribunales terminaron con una sentencia condenatoria”). Es cierto que China no es el único país que tiene una tasa de condenas extremadamente alta. Véase, también, Arne F. Soldwedel, *Testing Japan’s Convictions: The Lay Judge System and the Rights of Criminal Defendants*, 41 Vand. J. Transnat’l L. 1417, 1419-20 (2008) (“La tasa de condenas en Japón es de 99%.”); *id.* p. 1446 (“Con arreglo al sistema de justicia penal japonés, las únicas personas que están detenidas son las que ya han sido consideradas culpables”). También se ha determinado que el porcentaje de sentencias absolutorias fue extremadamente alto, lo que podría indicar que los fiscales no estaban subsumiendo cuidadosamente el tipo penal a los casos y por lo tanto someten a los acusados inocentes a los gastos emocionales y financieros de la persecución penal.

163 Fu, *supra* nota 162, p. 8 (“El retiro es un procedimiento de carácter legal dudoso y no está claramente definido en el Código de Procedimiento Penal. Pero este mecanismo es menos público y conlleva menos incentivos negativos por parte de los Fiscales y la Policía”).

164 Hasta la fecha, no existen estudios completos y estadísticamente rigurosos sobre la tasa de ejecuciones injustas en China. Comparar 宋远升, *刑事错案比较研究, 犯罪研究 [Criminal Research]* vol. 1, 73, p. 75 (2008) (comentando que, debido a muchas razones, no hay estadísticas oficiales sobre condenas erróneas en China) con D. Michael Risinger, *Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, 97 J. Crim. Law & Criminology 761 (2007) (la realización de un estudio empírico de condenas erróneas en Estados Unidos).

como culpables y los acusados tienen un tremendo desafío de convencer a los tribunales de lo contrario. En la práctica, esta presunción de la culpabilidad disminuye la importancia de las disposiciones de responsabilidad directa al momento de probar, porque los imputados periódicamente entran en la Sala de Audiencias frente a la difícil tarea de convencer a los jueces de su inocencia, independientemente si el delito es imputado correctamente o no. Las pruebas finalmente asumen un papel más importante en la determinación de la culpa y los fiscales asumen una mayor carga de probar todos los elementos de un delito por una norma de la prueba que tiene la premisa ideológica que siempre debe haber en un proceso un culpable para que la sanción a imponerse tenga un efecto disuasivo.

Con respecto a las normas generales del procedimiento penal, el debate de larga data es si China debe o no apoyar la presunción de inocencia, lo cual aún tiene que ganar impulso sustancial. Con respecto a los delitos que no necesiten pericias estatales, la falta de la presunción es más evidente, dado que ponen la carga probatoria de lleno en el acusado. Como veremos más adelante, el artículo 395, es un ejemplo de este enfoque de responsabilidad inversa.

### **B. Marco legal de China para la penalización de Enriquecimiento Ilícito**

El artículo 395, surgió de los esfuerzos de muchos años de la República Popular China para combatir la corrupción (Parte II.B.1) y está claramente destinada al enriquecimiento ilícito, pero sigue siendo menos claro cómo exactamente se debe interpretar el lenguaje del artículo (Parte II.B.2). Aunque esta parte se centra en el marco legal formal para tipificar como delito el enriquecimiento ilícito, se concluye con una

breve descripción de las medidas contra la corrupción utilizadas por el Partido Comunista de China (PCC) (Parte II.B.3).

#### **1. El camino a la redacción del artículo 395**

Los tratadistas dentro y fuera de China han luchado por definir el término “corrupción”<sup>165</sup>. Ello se debe a la preocupación de que los funcionarios estén utilizando sus posiciones para obtener beneficios personales con el llamado *quid-pro-quo*, como mencionan los libros de delitos contra la administración pública (otorgar un favor dentro de la competencia funcional a cambio de dinero, bienes o servicios)<sup>166</sup>. En términos más generales, la corrupción se entiende generalmente como el monopolio del poder, sin rendición de cuentas, que se utiliza para uno mismo o para un tercero de su círculo inmediato. La lucha contra la corrupción ha sido una prioridad evidente del Gobierno de China desde la fundación misma de la República Popular China, como lo subrayó en los años 1951-1952 la campaña anti-tres (contra la corrupción, la lucha contra los residuos y en contra de la burocracia) y la campaña anti-cinco (contra el soborno, la evasión de impuestos, robo de propiedad estatal, engaños a los contratos del gobierno y el robo de información económica)<sup>167</sup>.

Inicialmente la obtención de riqueza por canales ilegales floreció con las reformas económicas que abrieron el mercado en la década de los 70's<sup>168</sup>.

En el anteproyecto del 2010, el Gobierno de China informó que: “de los años 2003 a 2009, las Fiscalías populares de todos los niveles abrieron investigación en más de 240.000 casos de malversación, cohecho, incumplimiento de deberes e infracciones en materia de derechos”<sup>169</sup>. Las Fiscalías no son más que

165 Véase, por ejemplo, Henning, *supra* nota 74, at 801-05 (el examen de los esfuerzos para definir la corrupción pública); Véase, *id.* p. 801 (“El delito de cohecho es el núcleo negro de una serie de círculos concéntricos que representan los grados de irregularidad en la conducta oficial”) (citando a Daniel Hays Lowenstein, *Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics*, 32 *Ucla L. Rev.* 784, 786 (1985)) (alteración al original).

166 Cf. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 26-27 “En la medida en que las contribuciones ilegales se dan para asegurar un *quid pro quo* en los actos funcionales de los funcionarios públicos titulares de cargos actuales y potenciales, la integridad de nuestro sistema de democracia representativa se debilita”.

167 Véase, Yong Guo, *Political culture, administrative system reform and anticorruption in China: Taking the Official Car Management Institution Reform as an Example*, 53 *Crime L. & Soc. Change* 493, 499 (2010).

168 Véase, Yufan Hao & Michael Johnston, “Corruption and the Future of Economic Reform in China,” en *Political Corruption: Concepts and Contexts* 583 (Arnold J. Heidenheimer & Michael Johnston eds., 2006) (se dio un aumento en la corrupción durante la era de la reforma económica que proporcionó diversas modalidades).

169 Véase, el anteproyecto del 2010 White Paper, *supra* nota 7 (“2003年至2009年，各级人民检察院共立案侦查贪污贿赂、渎职侵权案件24万多件”).

uno de los jugadores en la lucha contra la corrupción. Hoy en día, la Oficina Nacional de Prevención de la Corrupción formalmente encabeza la lucha contra la corrupción, aunque el esfuerzo implica una vasta red de organismos gubernamentales y del PCC<sup>170</sup>.

En específico, respecto al castigo de las ganancias monetarias de los actos de corrupción, China ha incluido una disposición penal sobre el enriquecimiento ilícito dentro del título de los delitos contra la administración pública en el marco del Código Penal de 1988<sup>171</sup>. En 1993, la Fiscalía Popular Suprema destacó mediante su ISA (Informe Situacional Anual) la importancia de investigar y perseguir los casos de grandes cantidades de riqueza inexplicable<sup>172</sup>. Una disposición que penalice el enriquecimiento ilícito se introdujo posteriormente en la Ley Penal, mediante la revisión de 1997, que amplió considerablemente la descripción típica de la ley con el fin de suprimir los términos ambiguos que llevaban a una atipicidad relativa en el juicio de subsunción. Tal como fue originalmente promulgada, el primer párrafo del artículo 395 sancionaba con cinco años de prisión<sup>173</sup>. Adicionalmente, la revisión del año 1997 introduce un mecanismo para que el Estado pueda recuperar rápidamente los activos ilícitamente obtenidos<sup>174</sup>.

A pesar de los cinco años de prisión como sanción, algunos critican el artículo 395 sobre la base de que los castigos de la modalidad agravada, es decir, cuando los caudales ilícitos provienen de fondos destinados a obras sociales de emergencia; se podrá aplicar

“meritoriamente la pena de muerte” (贪污罪), en virtud del artículo 383. Shao Daosheng de la Academia China de Ciencias Sociales explicó en un artículo del año 2005 publicado en el sitio web del Diario del Pueblo, que los funcionarios corruptos deberían ser procesados por el artículo 395, dado que la confesión y la devolución de los caudales no implica una falta de atipicidad, sino criterios a tomar en cuenta para la determinación de la pena<sup>175</sup>. En 2009, la Asamblea Popular Nacional aprobó la Séptima Enmienda a la Ley Penal, que eleva la pena posible en virtud del artículo 395 a los diez años de prisión. Lejos de disminuir la fuerza del artículo 395, el Gobierno ha indicado claramente su apoyo a un enfoque más severo del enriquecimiento ilícito.

Actualmente el artículo 395 se encuentra descrito de la siguiente manera:<sup>176</sup>

Quando los bienes o gastos de cualquier funcionario estatal, sean superiores a sus ingresos legales en una relativa diferencia, y cuando este no haya respondido a la solicitud de fundamentar sus gastos, dichos ingresos serán tomados como ilegales, siendo detenido, y recibiendo una pena no mayor de cinco años, si los caudales observados son de gran desproporcionalidad a comparación de sus ingresos, será condenado a una pena de prisión no menor de cinco años, pero no más de diez años. Los caudales ilícitos serán expropiados inmediatamente mediante las medidas limitativas de coerción penal descritas en la ley de procesamiento penal<sup>177</sup>.

170 Véase, Olivia Yu, *Corruption in China's Economic Reform: A Review of Recent Observations and Explanations*, 50 *Crime L. & Soc. Change* 161, 163 (2008) (descripción de las principales agencias involucradas en el trabajo contra la corrupción); 2010 White Paper, supra nota 7 (“在中国，反腐败和廉政建设的职能机构，主要有中国共产党纪律检查机关、国家司法机关、政府监察机关和审计机关以及国家预防腐败局”).

171 Véase, 关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定, Ene. 21, 1988, 全国人大常委会公布, art. 11(1); “在中国，反腐败和廉政建设的职能机构，主要有中国共产党纪律检查机关、国家司法机关、政府监察机关和审计机关以及国家预防腐败局”。 Véase, en este mismo sentido 最高人民法院关于认真查办巨额财产来源不明犯罪案件的通知 (高检发研字 (1993) 6号) .

172 Véase, 最高人民法院关于认真查办巨额财产来源不明犯罪案件的通知 (高检发研字 (1993) 6号).

173 Véase Dai, supra nota 108, p. 177 (“La revisión de 1997 integró 192 artículos y 25 disposiciones complementarias del Código Penal de 1979.”).

174 Código penal, supra nota 9, art. 395 (tal como fue promulgado en 1997).

175 David Fang, *Corrupt Officials Use Law Loophole*, S. China Morning Post, Feb. 19, 2005, p. 4. Debido a que las acusaciones en China puede incluir más de un cargo, los Fiscales pueden injertar cargos de enriquecimiento ilícito, y a menudo lo hacen. La búsqueda de casos sobre la base de datos China Law Info reveló que noventa y ocho casos relacionados con el artículo 395, incluyen otros cargos relacionados con la corrupción.

176 El párrafo segundo del artículo 395 exige que los funcionarios que tienen depósitos de ahorro en países extranjeros deben declarar sus depósitos en los procedimientos de supervisión pre judicial. Código penal, supra nota 9, art. 395.

177 Id. “国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令该国家工作人员说明来源，不能说明来源的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役；差额特别巨大的，处五年以上十年以下有期徒刑。财产的差额部分予以追缴”.

## 2. Preguntas acerca de la interpretación del artículo 395

Además de las cuestiones generales planteadas anteriormente, en el Título II.A, en relación con el nivel de evidencia que se necesita para alcanzar el nivel de información clara, confiable y suficiente; la redacción del artículo 395 plantea varias preguntas específicas de interpretación de la ley: (1) ¿Cuál es “ingreso ilegal” (合法收入), (2) la cantidad de dinero que se debe considerar como “relativa diferencia” (差额巨大) e incluso cómo esta se relaciona con la “muy enorme desproporcionalidad” (差额特别巨大), y (3) qué quiere decir “explicar” (说明)?

Comenzando con la primera cuestión, el significado de “ingreso ilegal” es interesante primero desde un punto de vista teórico, ya que se nutre de los debates más grandes en China: el del valor de la obtención de ingresos de fuentes no laborales y, desde un punto de vista práctico, ya que se debe determinar cómo las personas van a obtener la riqueza de otras fuentes que no sean de su propio trabajo: la forma de abordar el desarrollo de una disparidad entre ricos y pobres<sup>178</sup>. El sistema nominalmente comunista de China está notablemente alejado de la realidad de una “economía socialista de mercado”. Deng Xiaoping nos señalaba que es común (y erróneo) el pensar que en la RPC: “Hacerse rico es glorioso”<sup>179</sup>. También es poco probable que la gente en la China de la época de Deng pueda haber previsto lo increíblemente rico que algunos ciudadanos chinos llegarían a ser<sup>180</sup>.

Para efectos del presente artículo, la definición de salario legal es más directa e interesante en la medida en que, cuanto más estrecho es el elemento del tipo “ingreso legal”, más fácil es el trabajo de subsunción del Fiscal<sup>181</sup>. Es decir, si el “ingreso legal” es el entendido como el salario oficial –que figura en las boletas de pago- que otorga el Estado a los funcionarios públicos, el imputado tendrá que explicar todos los activos y los gastos fuera de este alcance limitado. Sin embargo, si el “ingreso legal” se define ampliamente para incluir los ingresos de cualquier canal que no es abiertamente ilegal (por ejemplo, dando charlas, escribiendo libros, etc.), entonces el trabajo del fiscal se hace más difícil<sup>182</sup>. En la China actual, se espera normalmente que el sueldo sea solo una parte de los ingresos de un funcionario, y se conoce como el campo “gris” de ingresos, como el uso de vehículos oficiales, que complementan el nivel de vida. Este ingreso gris, de hecho existe en una zona gris, dependiendo de las interpretaciones individuales del tipo penal. Podemos plantear un caso curioso donde haya ingresos ilícitos, pero que el ingreso no es de sobornos u otras actividades relacionadas con la corrupción y las disposiciones de enriquecimiento ilícito directamente<sup>183</sup>. Por ejemplo, volviendo a la gallina de oro hipotética, ¿Qué pasa si la renta –en cuestión por el órgano persecutor- era de la cría ilegal de animales? Es más plausible, si el ingreso ilegal es de la venta de narcóticos o de juego ilegal? Es dudoso que el legislador haya querido dirigirse a los funcionarios que intervienen en la venta de drogas, o en la cría de

178 Véase, por ejemplo, Evan Osnos, China: See No Fortune, Hear No Fortune, Newyorker.com, Junio 17, 2011 (presentación de informes sobre la disparidad de ingresos cada vez mayor en China, basado en el coeficiente de Gini).

179 Véase, Evelyn Iritani, Great Idea but Don't Quote Him, L.A. Times, Set. 9, 2004, disponible en <http://articles.latimes.com/print/2004/sep/09/business/fi-deng9> (“Deng nunca llegó a decir “hacerse rico es glorioso”. “Por lo menos nadie ha podido probarlo”).

180 Cf. Peter Foster, China's Richest Man “to Join the Politburo”, The Telegraph, Set. 26, 2011, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/china/8789803/Chinas-richest-man-to-join-the-Politburo.html> (reportando rumores que concluyen que magnate de la construcción tiene un patrimonio de seis mil millones de libras esterlinas unidos al del Buró Político del Partido).

181 ¿Qué constituye exactamente “ingreso ilegal” (合法收入) no se expresa claramente en el Derecho Penal y es una cuestión de debate, incluso si esto importa si el ingreso es de “trabajo” o no (劳动收入 o 非劳动收入). Véase, e.g., 郭燕 刘力, “合法的 非劳动收入”之认定, Abr. 9, 2010, disponible en <http://www.chinacourt.org/html/article/201004/09/403503.shtml> (“合法的 非劳动收入应做怎 样的理解? 认定非劳动收入是否合法的标准是什么? ”); 合法劳动 收入和 非劳动收 入都应保护, 《人民日报》, Abr. 20, 2003, [http://news.xinhuanet.com/newscenter/200304/20/content\\_840567.htm](http://news.xinhuanet.com/newscenter/200304/20/content_840567.htm) (“一切 合法的劳动收入和合法的非劳动收入, 都应该得到保护.”). El Tribunal Popular Supremo ha proporcionado algunas orientaciones en forma de un anuncio de 2003. Véase, 最高人民法院关于印发《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的通知, (法 [2003]167号) Nov. 13, 2003.

182 Véase, Yong, supra nota 167, p. 493 (“Teniendo en cuenta la situación actual de China, especialmente los salarios relativamente bajos de los funcionarios públicos, los ingresos ilegales de “la zona gris” de actividades son a menudo considerados como un subsidio para ellos”).

183 Mimi Lau, For Officials, the Colour of Money is Too Often Grey, S. China Morning Post, Julio 30, 2011 (“En general, además de los altos salarios y beneficios generosos que incluyen viviendas y automóviles, los funcionarios tienen varias maneras de malversar fondos públicos y aceptar sobornos. Ahí es donde vienen los ingresos ilegales, que son repartidos de forma sistemática en todo el continente”).

animales, al aprobar el artículo 395, pero los ingresos de estas actividades ilícitas, podrían decirse que caen dentro de su ámbito de aplicación. Reflexiones académicas a un lado, el artículo 395, está fundamentalmente dirigido a los funcionarios que abusan de sus posiciones para obtener riqueza<sup>184</sup>.

En segundo lugar, con respecto al significado del texto amplio de la conducta típica “relativa diferencia” y “muy enorme desproporcionalidad”, en el Código Penal con frecuencia se plantean estas preguntas, que a su vez requieren de explicación por parte de los órganos de ejecución, del ejercicio de la discreción sustancial de los Fiscales y Jueces que deben aplicar el derecho en casos concretos<sup>185</sup>. De acuerdo a las normas dictadas por la Fiscalía Popular Suprema en 1999, los Fiscales deben presentar cargos, cuando la diferencia sea de más de 300.000 RMB (alrededor de EE.UU. \$ 36,000 basado en enero de 1999, los tipos de cambio y de dólares EE.UU. de hoy \$ 45.000)<sup>186</sup>. El importe de la diferencia requerida es necesario porque, si las autoridades interpretan el término “relativa diferencia” como una suma significativa, esto debería disminuir la probabilidad de que una persona sea enviada a la cárcel por la incapacidad de explicar una modesta suma. La redacción en el artículo 395 es aún más notable porque habla en términos de la diferencia entre el ingreso legal e ilegal, en comparación con el artículo 20 de la UNCAC, que se centra en un “aumento significativo del patrimonio de un funcionario público que no pueda ser razonablemente justificado en relación con su ingreso legal [,]”<sup>187</sup> y en el

artículo 12.7 de la UNTOC, que se centra en “exigir a un presunto delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso<sup>188</sup>”. UNTOC hace hincapié en que los activos en cuestión ya están vistos como criminales y no solo como superiores a los ingresos lícitos. La UNCAC mira a un cambio no explicado en la posición financiera del funcionario, en lugar de la diferencia sin ningún tipo de encuadre o justificación, en síntesis, los tres están conduciendo a la misma preocupación: un funcionario gubernamental que ha obtenido los activos a través de canales corruptos.

En tercer lugar, con respecto a lo que se espera que haga el acusado con el fin de “explicar” las fuentes, los desafíos prácticos de preparar una defensa en el contexto del procedimiento probatorio de China se abordará más adelante en el punto III.C del presente trabajo<sup>189</sup>. El Tribunal Popular Supremo ha proporcionado solo una orientación general sobre cómo el término “explicar” debe ser interpretado en la práctica, en el supuesto de que a un acusado se le dé la oportunidad de explicar<sup>190</sup>. El acusado tiene más probabilidades de prevalecer inocente si el término “explicar” solo se entiende en el sentido de que el acusado debe presentar algunas pruebas (inversión de la carga de la prueba). En comparación, la definición in fine en el artículo 382 –tipo básico de corrupción– establece que la conducta “[d]el personal del Estado que se aproveche de su cargo para malversar, robar, estafar o utilizar otros medios ilegales para adquirir las propiedades del Estado constituye el delito

184 Véase, UNODC, supra nota 72, para. 296 (“El establecimiento del enriquecimiento ilícito como delito ha demostrado ser útil en un número de jurisdicciones. Se ocupa de las dificultades de la acusación cuando se tiene que probar que un funcionario público ha solicitado o aceptado sobornos en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado en relación con sus ingresos lícitos.”) (Se reproduce la nota).

185 Belkin, supra nota 123, p. 94 (explicando que el derecho penal “frecuentemente utiliza términos vagos, como ‘circunstancias graves’, ‘circunstancias especialmente graves’ y ‘gran cantidad’, con la implícita presunción de que los términos serán definidos a través de la interpretación judicial); Véase también; Li Li, Nulla Poena Sine Lege en China: Rigidity or Flexibility?, 43 Suffolk U. L. Rev. 655, 660 (2010) (la explicación de diferentes clases de “robo” bajo la ley República Popular China, en parte, dependiendo de si el importe en cuestión es “grande” o “titánico”).

186 Véase, 最高人民法院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定, 高检发释字 [1999]2号, Set. 16, 1999, p. pt.1-9 (“巨额财产来源不明罪是指国家工作人员的财产或者支出明显超出合法收入, 差额巨大, 而本人又不能说明其来源是合法的行为。涉嫌巨额财产来源不明, 数额在 30 万元以上的, 应予立案。”).

187 UNCAC, supra nota 68, art. 20 (即公职人员的资产显著增加, 而本人无法以其合法收入作出合理解释).

188 UNTOC, supra nota 68, art. 12-7 (要求由犯罪的人证明应予没收的涉嫌犯罪所得或其他财产的合法来源).

189 Véase, infra Parte III.C.

190 Véase, 最高人民法院关于印发《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的通知, (法[2003]167号) Nov. 13, 2003 (“不能说明”, 包括以下情况: (1) 行为人拒不说明财产来源; (2) 行为人无法说明财产的具体来源; (3) 行为人所说的财产来源经司法机关查证并不属实; (4) 行为人所说的财产来源因线索不具体等原因, 司法机关无法查实, 但能排除存在来源合法的可能性和合理性的”).

de corrupción”<sup>191</sup>. No hay ningún requisito de que el acusado deba explicar la naturaleza de sus acciones o las fuentes de los activos que ostenta. De hecho, solo hay una otra disposición en la Ley Penal –aparte de la del delito de enriquecimiento ilícito-, que exige explícitamente a la parte imputada “explicar”. El artículo 282 tipifica como delito la posesión de diversos tipos de información clasificada del gobierno cuando el acusado “se niegue a explicar sus orígenes o el uso que le dará”<sup>192</sup>.

El artículo 395, solo requiere que los funcionarios expliquen el origen de sus activos en el contexto de un proceso penal. Empero, esta exigibilidad de explicación puede estar en marcha mucho antes de cualquier investigación penal, China está haciendo hincapié en la importancia de las revelaciones de activos regulares por determinados funcionarios. En el 2010, China añadió una nueva capa a la evolución de las contramedidas contra el enriquecimiento ilícito mediante la introducción de un sistema activo de divulgación más amplio y agresivo<sup>193</sup>. Por supuesto, los fiscales están utilizando seriamente estas medidas para establecer la procedencia o no de la acción penal, al tener completamente a su alcance la cantidad dineraria y operaciones cuestionadas. Si los funcionarios deben informar con precisión sus activos, las nuevas normas podrían dar lugar a un aumento de la “carne” de los fiscales para perseguir el enriquecimiento ilícito. Dicho esto, algunos funcionarios enriquecidos ilícitamente ya son cualquier cosa menos discretos en sus gastos<sup>194</sup>. China también podrá decidir completar las nuevas normas de divulgación de los activos mediante la adición de delitos a la Ley Penal en relación con información falsa, lo que otorga a los Fiscales la opción de enjuiciar el enriquecimiento ilícito

subyacente y/o falsedades dolosas sobre las formas de divulgación de los activos<sup>195</sup>.

### 3. Más allá del artículo 395, el PCC y la lucha contra la corrupción

Por último, en la discusión sobre la respuesta del Gobierno de China para el enriquecimiento ilícito y la corrupción de manera más general, sería una flagrante omisión pasar por alto el papel del aparato del Partido. Para las personas que no están familiarizadas con la estructura del Gobierno de la República Popular China, es difícil no exagerar la naturaleza entrelazada de la estructura formal del Gobierno y el PCC (Partido Comunista China). Como ejemplo ilustrativo, recordé hace poco de la importancia de las posiciones de los principales líderes del Partido -en comparación con la estructura formal del Gobierno- durante las conversaciones entre una delegación estadounidense y china. Los traductores eran de primera clase. Sin embargo, cada vez que la parte china decía que: “Hu Jintao, Shuji”, la traducción en inglés era “el Presidente Hu Jintao”, en lugar de la más precisa, “el Secretario Hu Jintao”. Del mismo modo, “El presidente Hu” en inglés se convertiría en “Hu Shuji” (el Secretario Hu). Los traductores dieron el simple uso de los términos en los respectivos idiomas que mejor expresan la estatura de Hu como el líder de más alto rango de China. Desde el punto de vista chino, su posición de Partido es más importante que su papel como Presidente.

Aparte de la sanción formal en el artículo 395, el enriquecimiento ilícito también es punible a través de los mecanismos disciplinarios del Partido<sup>196</sup>. Por ejemplo, las Directrices del PCC para los integrantes

191 Código penal, supra nota 9, art. 382 (国家工作人员利用职务上的便利, 侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的, 是贪污罪.).

192 Código penal, supra nota 9, art. 282 (“非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品, 拒不说明来源与用途的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者管制”).

193 Véase, 陈三勇, 彭鹏, 伍永亮, 关于国家公务员财产申报制度之探讨, Junio 9, 2011, <http://www.studa.net/caiwufenxi/090611/14305845-2.html> (explicando sistema de divulgación, 工作人员财产申报制度).

194 El Código Penal incluye disposiciones sobre información falsa en los formularios de impuestos (art. 204) pero el Capítulo VIII (contiene “corrupción y soborno”) no incluye un delito separado por mentir en los formularios de divulgación de los activos. Véase, Código penal, supra nota 9.

195 Por ejemplo, El senador Ted Stevens fue declarado culpable- y posteriormente limpiado de todos los cargos- a sus fallas intencionales en las listas de regalos en los formularios de divulgación del Senado, no por la recepción efectiva de los obsequios. Véase, Neil A. Lewis, Alaska Senator is Guilty Over his Failure to Disclose Gifts, N.Y. Times, Oct. 27, 2008, <http://www.nytimes.com/2008/10/28/washington/28stevens.html?scp=1&sq=Alaska%20Senator%20Found%20Guilty%20of%20Lying%20About%20Gifts,&st=cse>.

196 中共中央关于印发《中国共产党纪律处分条例》的通知 (中发[2003] 18号).

de cuadros dirigenciales que desempeñan sus funciones oficiales, prohíbe a los miembros del Partido que se aprovechen de sus posiciones para buscar ganancias ilegítimas, además, el Reglamento de Sanciones Disciplinarias del PCC<sup>197</sup> prevé medidas para hacer cumplir la disciplina del Partido<sup>198</sup>. Las reglas sobre el Informe de los cuadros dirigenciales requieren anexos de informes sobre los ingresos, viviendas, y otras inversiones, tanto respecto al miembro del Partido como de sus familiares inmediatos<sup>199</sup>.

Los funcionarios del gobierno suelen ser miembros del Partido<sup>200</sup>. En tales casos, los funcionarios están sujetos a la Comisión Central del Partido de Control Disciplinario (CCDI), además del sistema formal de justicia penal<sup>201</sup>.

Mediante una condena penal formal, el operador jurisdiccional está obligado a enviar a una persona a la cárcel, pero el Partido tiene una serie de mecanismos preventivos generales como la revocación de membresías a las personas que incurran en este tipo de infracciones (*shuangkai*)<sup>202</sup>, así también el Partido podrá ordenar la detención del miembro para que sea interrogado en un momento y lugar designados por los miembros del Partido y llevarlo ante la autoridad correspondiente (*shuanggui*)<sup>203</sup>. Como se aprecia, los procedimientos utilizados por el CCDI son notoriamente “antigarantistas”, por lo que sería sorprendente que el proceso disciplinario del Partido reconozca la presunción de inocencia cuando el proceso penal formal no lo hace. El proceso disciplinario del PCC es

importante, no solo porque se aplica a ochenta millones de ciudadanos chinos, sino también porque pone en relieve la importancia de mirar más allá del sistema formal de justicia penal cuando se evalúa en su totalidad el ámbito de las competencias que el Estado ejerce<sup>204</sup>.

Después de haber expuesto el marco de la interacción y la tensión, entre la presunción de inocencia y la carga inversa de la prueba del imputado-, en el contexto de las disposiciones penales de enriquecimiento ilícito; se argumenta a continuación que el artículo 395 es compatible con las obligaciones nacionales e internacionales legales sobre las garantías procesales de China. Por otra parte, se deberá indagar si China debe utilizar este tipo de disposición, siendo la respuesta afirmativa.

### **III. CHINA: EL CASO PARA UN ENFOQUE DE RESPONSABILIDAD INVERSA DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

El debate sobre cómo cuadrar la presunción de inocencia y la responsabilidad inversa de la carga de la prueba en el tipo penal de enriquecimiento ilícito no es un problema exclusivo de China, no obstante la situación en China es especial, debido a la magnitud del problema referido al conflicto directo entre la regulación interna de China y las obligaciones jurídicas internacionales. En esta parte, se debe mencionar el caso de la utilización de esta nueva titularidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito y

197 党员领导干部廉洁从政若干准则(全文), Feb. 24, 2010, disponible en <http://roll.sohu.com/20110406/n305400366.shtml> (describiendo 中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则).

198 中国共产党纪律处分条例, Feb. 18, 2004, disponible en [http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-01/16/content\\_2467804.htm](http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-01/16/content_2467804.htm) (describiendo 中国共产党纪律处分条例).

199 Véase, 2010 White Paper, supra nota 7 (explicando 关于领导干部报告个人有关事项的规定).

200 Véase, Yu, supra nota 170, at 163 (tomando nota de la superposición del Partido y las agencias gubernamentales formales del Gobierno contra la corrupción “desde que mayoría de los funcionarios del gobierno son miembros del partido”); Xiaogang Deng, Lening Zhang, & Andrea Leverentz, Official Corruption During China’s Economic Transition: Historical Patterns, Characteristics, and Government Reactions, 26 J. Contemp. Crim. Justice 72, 83 (“Casi todos los funcionarios de alto nivel deben ser miembros del partido...”).

201 Véase, 2010 White Paper, supra nota 7 (“中国共产党的纪律检查机关在掌握党员违纪线索之后, 经调查认定为违纪的, 对其作出相应的党纪处分; 其中涉嫌犯罪的, 移送司法机关处理”); Véase, generalmente Fu Hualing, The Upward and Downward Spirals in China’s Anti-Corruption Enforcement 4-10 (University of Hong Kong, Working Paper Series, 2011), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1883348> (detallando mecanismos de inspección disciplinaria del PCC).

202 Véase, Deng, et al., supra nota 200, p. 83 (descripción de las sanciones disciplinarias utilizadas por el CCDI). Para ver un ejemplo de un funcionario frente al *shuangkai*, Véase 国土资源部原副部长李元被“双开”, 财经 [CAIJING], June 9, 2011, <http://www.caijing.com.cn/2011-06-09/110741715.html>.

203 Véase, Chu Zhaoxian, Where Corrupt Officials Fear Most: Exploring a Shuanggui Investigation Facility, Abr. 28, 2011, Traducido en: <http://www.duihuahrjournal.org/>.

204 Véase, China’s Communist Party Members Exceed 80 Million, Xinhua News Agency, Junio 24, 2011, [http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-06/24/c\\_13947698.htm](http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-06/24/c_13947698.htm).

como debe combinarse con reformas concomitantes a los procedimientos utilizados para aplicar tal disposición. Las modificaciones son necesarias para que los acusados realmente tengan una oportunidad significativa de satisfacer su carga.

En la parte A se explica cómo la inversa responsabilidad en la carga de la prueba del enriquecimiento ilícito del artículo 395 es defendible como una cuestión simple de la ley positiva<sup>205</sup>. La Parte B se va más allá de si China puede defender la inversa-responsabilidad en el enriquecimiento ilícito de la tipificación del artículo 395. El hecho de que un país sea capaz de conciliar sus leyes penales con otras normas legales no significa necesariamente que estas leyes sean factibles para sus problemas internos. Nuestra postura es que este revés de la titularidad de la carga de la prueba no es un método ideal debido a la fricción con las normas de derechos humanos, pero es comprensible a la luz del actual contexto social de China. No estamos en desacuerdo con la redacción del artículo 395, así como con el sistema de justicia penal utilizado para ponerlo en práctica. En esta parte se concluye, con una breve reseña del artículo 395 y el sistema de justicia penal de China en general (Parte III.C).

#### A. Enriquecimiento Ilícito y las obligaciones legales de China

El artículo 395, concuerda con las obligaciones legales de China, tanto nacionales como extranjeras. Alentar a los Estados Miembros a que adopten disposiciones contra el enriquecimiento ilícito, como advierte la Convención, incluye claramente la circunscripción de la conducta, existiendo como elemento objetivo del tipo “un aumento significativo en los activos de un funcionario público que él o ella no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos legales”<sup>206</sup>. “La traducción oficial china de la

UNCAC utiliza una palabra diferente para “explicar” (解释)<sup>207</sup> como se puede notar en la redacción del artículo 395 (说明), pero ambas redacciones transmiten que el demandado deba proporcionar una explicación de los activos dudosos. Del mismo modo, exhorta a los Estados miembros de la UNTOC a “requerir al presunto delincuente, que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso”<sup>208</sup>. La traducción oficial china de la disposición de enriquecimiento ilícito de UNTOC utiliza el verbo “Zhengming” (证明)<sup>209</sup>, comúnmente referido a “probar” o “certificar” por la palabra “demostrar”. Una vez más, al igual que en la UNTOC, tanto en chino como en inglés se expresan claramente que el presunto autor está obligado a articular una respuesta y no puede sentarse en silencio y esperar para evitar una condena.

Tanto la UNCAC y UNTOC califican las disposiciones sobre la llamada inversión de la carga de la prueba señalando que cada Estado deberá crear mecanismos que sean atendidos mediante su ley doméstica<sup>210</sup>. Cualquier maniobra podría estar ocurriendo en países que estén tratando de reconciliar las disposiciones sobre la inversión de la carga de la prueba con la garantía constitucional de la presunción de inocencia u otra protección relacionada al acusado, la misma falta de tales requerimientos en la Ley de la RPC prescinde de los ejercicios legales para encajar una disposición inversa de la carga de la prueba con las normas legales domésticas<sup>211</sup>.

Si bien el artículo 395 no contraviene la legislación interna de la República Popular China, todavía hay un debate entre los tratadistas chinos en cuanto a si debería invertirse la carga de la prueba o no<sup>212</sup>. Ya en 1991, los defensores de la disposición inversa de responsabilidad probatoria con respecto a la tipificación de

205 Black's Law Dictionary, supra nota 19, p. 1182 (“El derecho positivo consiste en la promulgación de normas –códigos, estatutos y reglamentos- que se aplican y ejecutan en los tribunales”).

206 UNCAC, supra nota 68, art. 20.

207 La versión oficial china de la UNCAC está disponible en: [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025\\_C.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf).

208 UNTOC, supra nota 68, art. 12-7.

209 La versión oficial china de la UNTOC está disponible en: [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025\\_C.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf)

210 Véase, UNCAC, supra nota 68, art. 20; UNTOC, supra nota 68, art. 12-7.

211 Gelatt, supra nota 107, p. 298 (“En China [Código de Procedimiento Penal de 1979] no existe reconocimiento alguno a la asignación directa de la carga de la prueba, ni siquiera la “negativa” de tal asignación, como la disposición de la legislación soviética que establece que la carga no se desplazará hacia el acusado”).

212 Véase, 邓君韬, 顺应的“苛严”: “巨额财产来源不明罪”修正案草案解读, 《政治与法律》(2009) (el debate entre los estudiosos con respecto a “举证责任倒置”).

1988 –en lo referente a delitos de corrupción–, argumentaban que no se puede reemplazar la presunción de inocencia por la presunción de culpabilidad<sup>213</sup>. Sin embargo, a pesar de varias rondas de revisiones al Código Penal desde la introducción del artículo 395, la única modificación que ha sufrido dicha norma es el aumento de los tramos de la pena privativa de libertad. El artículo 395, aparece plenamente consagrado e inmodificable en la ley china<sup>214</sup>.

Incluso si China inesperadamente se desvía del Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011 y adopta una presunción explícita de inocencia, no habría mayor problema pues seguiría el claro ejemplo de otros países que han comunicado oficialmente a través de sus disposiciones que la presunción de inocencia no puede coexistir con la presunción de culpabilidad manifestada procesalmente con la inversión de la carga de la prueba<sup>215</sup>. Un ejemplo claro es Francia, que incluye la presunción de inocencia en su Código de Procedimiento Penal y es parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convención que también salvaguarda in fine, esta garantía procesal. Al mismo tiempo, la carga de la prueba a veces se desplaza a la parte acusada, por ejemplo, en el delito de proxenetismo “las personas que no pueden dar cuenta de los recursos que sean incompatibles con su estilo de vida, y que se relacionen con prostitutas, siendo esta relación de jerarquía laboral, serán presuntos autores del delito de proxenetismo”<sup>216</sup>. Los Tribunales franceses han permitido la carga inversa de la prueba, “siempre que las presunciones admitan prueba en contrario, se respete la totalidad de

garantías del debido proceso, y los hechos tiendan a confirmar la probabilidad de la comisión del hecho imputado”<sup>217</sup>.

En la actualidad, a diferencia de Francia, China tiene un argumento adicional para que se acepte –o al menos se justifique temporalmente– la inversión de la carga de la prueba en el artículo 395, este argumento es que China hasta ahora no ha ratificado el PIDCP<sup>218</sup>. La no ratificación se debe a que China está adaptando su legislación penal y procesal penal para cumplir la cláusula de “abstenerse de realizar actos que puedan frustrar el objeto y fin” del Pacto<sup>219</sup>. Algunos traductistas opinan que no hay necesidad de que China adapte sus estructuras jurídico-penales para ratificar el PIDCP, sino que bastaría que China se una a otras naciones que acepten la responsabilidad inversa de la carga de la prueba, siempre y cuando la presunción sea *iuris tantum*<sup>220</sup>. De la redacción del artículo 395 se desprende claramente la supremacía de la prueba –por parte del presunto funcionario responsable– que contradiga la presunción del enriquecimiento ilegal<sup>221</sup>.

Puede haber mucho que criticar acerca de cómo se llevan las garantías procesales en un proceso penal en China, sin embargo, es difícil montar un ataque contra el artículo 395<sup>222</sup> sobre la base de las obligaciones jurídicas existentes de China. Desde la perspectiva de la aplicación directa de la ley actual, la inversa-responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito tiene un fundamento jurídico sólido. La pregunta más interesante sería ¿Cómo podría China hacer cumplir mejor con las garantías procesales en la carga inversa de la prueba?

213 王昌学, 非法所得罪并非有罪推定, 《法律科学》(No. 6, 1991) (“有罪推定”).

214 Véase, Código Penal, supra nota 9, art. 395 (revisiones del 2009).

215 Véase, Quintard-Morénas, supra nota 40, p. 139

216 Id. p. 140 & n.309.

217 Id. p. 140

218 China firmó el Pacto el 5 de octubre de 1998, pero aún no ha ratificado. Véase, United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, ICCPR, [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en).

219 Convención de Viena, supra nota 86, art. 18

220 Véase, China Amends Laws for Ratification of ICCPR, China Daily Online, Julio 14, 2011, [http://www.chinadaily.com.cn/china/2011-07/14/content\\_12904570.htm](http://www.chinadaily.com.cn/china/2011-07/14/content_12904570.htm).

221 China podría unirse a otros países en la ratificación del PIDCP con reservas, aunque ningún país ha adoptado una reserva con respecto a la presunción de inocencia y es difícil ver cómo esa reserva de inicio no iría en contra de los límites de las reservas de la Convención de Viena. Véase, Convención de Viena, supra nota 86 art. 19(c); United Nations Treaty Collection, supra nota 218 (las declaraciones de inclusión y reservas).

222 Véase, v.g., Manfred Nowak, Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, delivered to the Commission on Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/2006/6/Add.6 (Oct. 3, 2006), disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=12040](http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=12040).

## B. Enriquecimiento ilícito y el contexto social en China

En un mundo idealizado de fuertes protecciones procesales a los presuntos responsables, el Fiscal es el que debe cargar todo el peso de probar las relaciones ilícitas. Sin embargo, la realidad de la corrupción rampante ha incursionado en este ideal. Hoy en día, el uso de la inversión de la carga de la prueba en los delitos de enriquecimiento ilícito en China tiene sentido, debido a la magnitud del problema, existiendo conexión racional entre la inesperada gran riqueza por parte de los funcionarios y los actos de corrupción.

Para que quede claro, no abogo por lanzar a un lado la presunción de inocencia con el objetivo de establecer de manera absoluta una “presunción de corrupción”, a pesar de que lo anterior ayudaría mucho a la lucha frontal contra la corrupción<sup>223</sup>. Sin embargo, si hay un momento para relajar el ideal de una presunción férrea dentro de parámetros limitados, hay un caso sólido para hacerlo en el contexto del enriquecimiento ilícito en China.

El uso de una carga inversa de la prueba en el enriquecimiento ilícito en China es comprensible a la luz de la magnitud del daño que este delito representa para la sociedad china. El enriquecimiento ilícito de funcionarios no es una mera amenaza hipotética, sino la cruda realidad. La escala real cuantitativa del enriquecimiento ilícito se desconoce en parte porque

el delito por su naturaleza implica relaciones subrepticias que de darse a cabo como estaba previsto se ocultan de la vista pública<sup>224</sup>. No obstante, incluso el Gobierno admite que la acumulación de las ganancias mal habidas es enorme<sup>225</sup>. Por ejemplo, según ha informado el diario dirigido por el gobierno de China, “cifras del Ministerio de Seguridad Pública, publicadas en 2008 indican que más de 800 ciudadanos chinos acusados de enriquecimiento ilegal de más de 70 millones de yuanes huyeron al extranjero y que 500 siguen en libertad”<sup>226</sup>.

Por otra parte, independientemente de la escala real, la percepción del público en China es que la adquisición de riqueza ilícita es rampante<sup>227</sup>. Un amigo americano profesor de derecho minero señaló que si fuera el presidente chino tomaría todos los BMW —por encima de la serie 3— de los empleados del Gobierno; y los vendería para invertir en la educación y el trabajo<sup>228</sup>. Este comentario medio en broma arroja la presunción de inocencia a los cuatro vientos, pero también capta la frustración que siente la gente cuando la riqueza sospechosa se deja sin investigar y, en caso de ser ilegal, en la impunidad<sup>229</sup>. Visto desde la perspectiva de que un propósito fundamental del Derecho penal es hacer frente a una conducta socialmente perjudicial, el enriquecimiento ilícito es un daño evidente a la sociedad china, por lo tanto se debe dar una respuesta severa<sup>230</sup>. Tiene gran razón el dicho social que: “los funcionarios gubernamentales miran sus bolsillos cuando están

223 Véase, supra Parte I.B.1.

224 Véase, v.g., Yong Guo, *Corruption in Transitional China: An Empirical Analysis*, 194 *The China Quarterly* 349, 250 (2008) (“Debido a la naturaleza oculta y sensible de la corrupción, es casi imposible descubrir su verdadero alcance”).

225 Véase, *Xinhua Gen. News Serv.*, supra nota 8 (citando al presidente Hu Jintao en grave situación con respecto a la corrupción); Hon S. Chan & Jie Gao, *Old Wine in New Bottles: A County-Level Case Study of Anti-Corruption Reform in the People’s Republic of China*, 49 *Crime L. Soc. Change* 97, 100-01 (2008) (informando que el número de casos relacionados con la corrupción, según los datos presentados por la Fiscalía Suprema del Pueblo “, indican que el alto riesgo de corrupción de alto nivel, se ha intensificado de hecho en los últimos años”).

226 *Beijing Goes Global in Anti-Corruption Drive*, *China Daily Online*, Julio 5, 2010, [http://www.chinadaily.com.cn/opinion/2010-07/05/content\\_10066757.htm](http://www.chinadaily.com.cn/opinion/2010-07/05/content_10066757.htm).

227 Véase, Minxin Pei, *Corruption Threatens China’s Future*, *Carnegie Endowment for International Peace*, Policy Brief No. 55, p. 1 (Oct. 2007) (“Las encuestas de opinión de los funcionarios públicos y ciudadanos comunes en los últimos años identifican la corrupción como una de las principales preocupaciones del público”).

228 *Reeducación por el trabajo es una sanción administrada policialmente que puede resultar en cuatro años en un campo de trabajo*. Sarah Biddulph, *Legal Reform and Administrative Detention in China* 5-10 (2007) (donde se explica los tipos de facultades de detención).

229 Para un ejemplo reciente de la indignación pública sobre presuntos actos de corrupción, después de que decenas murieron en un accidente de tren, véase *China faces public anger in train weekend aftermath*, *VOA News*, 26 de julio 2011, disponible en <http://www.voanews.com/english/news/China-Faces-Public-Anger-in-Train-Wreck-Aftermath—126171408.html> (“Muchos cuestionan también la rápida construcción de las líneas ferroviarias nacionales de alta velocidad, en un programa que ha sido manchado por acusaciones de soborno y corrupción”).

230 Véase, Dressler, *Understanding Criminal Law*, § 9.10[A], p. 112 (5ta. ed. 2009).

en el ejercicio de una función pública delegada por el Estado<sup>231</sup>.

Dicho esto, es demasiado simplista decir que las garantías procesales para el presunto autor deben ser disminuidas solo porque el daño social es grande<sup>232</sup>. El uso de una responsabilidad inversa de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito regulado en China, es más defendible cuando hay una relación racional entre los activos desproporcionados y los negocios incompatibles<sup>233</sup>. La fuente ilícita más común para los funcionarios es el participar en actos de corrupción como la colusión, el cohecho y la malversación de caudales públicos<sup>234</sup>.

El argumento de conexión racional en la inversión de la carga de la prueba se contradice con la preocupación de que el funcionario inocente no pueda ocuparse de su propia carga de la prueba, dado que no tiene las mismas facultades administrativas-investigadoras que un Fiscal para la obtención de datos o la comparecencia de testigos. Lo anterior se complementaría con la preocupación de los casos en los que exista una diferencia “no muy notable” entre los ingresos ilícitos y los lícitos del funcionario, lo cual dejaría a la discrecionalidad del Fiscal el denunciar o no. La Fiscalía Popular Suprema, para solucionar este problema, ha interpretado el elemento normativo del tipo penal del artículo 395 “relativa diferencia”, en una

cantidad de 300.000 RMB<sup>235</sup>. Para la persona promedio con un salario del Gobierno, sería sorprendente poseer el equivalente a decenas de miles de dólares estadounidenses<sup>236</sup>. Por el contrario, si el dinero en cuestión es mera bagatela, es más fácil demostrar documentalmente la diferencia para lograr el archivo de la investigación prejudicial.

Volviendo a la discusión en la parte I.B infra con respecto a la manera de asignar las cargas en los casos penales, no es lógico decir que los activos que están muy por encima del ingreso oficial sean necesariamente productos de actos de corrupción, pues los funcionarios pueden ejercer otras actividades como la cátedra universitaria o la participación en negocios que no colisionen con su competencia funcional. El acusado enfrenta a una inferencia adversa permisiva, por lo que es probable que se sienta presionado para responder documentalmente con información que disminuya la fuerza de la inferencia. En un paralelo, la posesión de la riqueza más allá del ingreso lícito debe dar lugar no solo a una inferencia, sino también a la presunción de que la riqueza es ilícita como exige claramente la naturaleza del tipo. En la medida que el sistema de justicia penal se concentra no solo en los resultados típicos, sino también en que estos vayan contra el orden jurídico; y puedan reprocharse a uno o varios autores (es decir, que las

231 Una investigación de los funcionarios a cargo de los ferrocarriles pone de relieve la amenaza que representa la corrupción para la seguridad pública. Desde marzo de 2011 informes de que funcionarios de ferrocarriles malversaron 187 millones de renminbi (moneda china), aproximadamente \$ 28,5 millones americanos, recibió una atención aún mayor después de que una colisión a alta velocidad mató a decenas de personas en julio de 2011. Véase David Barboza & Sharon LaFraniere, *Crash Raises Questions on China's Push to Build High-Speed Passenger Rail Lines*, N.Y. Times, Julio 26, 2011, <http://www.nytimes.com/2011/07/27/world/asia/27china.html?pagewanted=all>; Jonathan Shieber, *New Revelations in China's Railway Corruption Scandal*, Wall Street J., China Real Time Report, Mar. 23, 2011, <http://blogs.wsj.com/chinarealtime/2011/03/23/new-revelations-in-chinas-railway-corruption-scandal/>.

232 Cf. Ashworth, , supra nota 12, p. 97 (advertencia de que la presunción de inocencia “está siendo socavada por los imperativos alegados de la gobernanza en la sociedad del riesgo”).

233 Cf. Peter W. Schroth, *Corruption and Accountability of the Civil Service in the United States*, 54 Am. J. Comp. L. 553, 576 & n.138 (2006) (afirmando que la corrupción pura y simple de los funcionarios estadounidenses “no es un tema muy interesante” debido a la relativamente limpia fuerza moderna de la función pública).

234 Cf. Transparency International, *Corruptions Perceptions Index 2010*, disponible en [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi/2010/results](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results) (la clasificación de países sobre la base de la percepción de corrupción con el ranking tiene a Estados Unidos en el puesto 78 y a China en el 22).

235 Véase, supra nota 185-188 y el texto que lo acompaña. Una revisión de las veinte más recientes condenas en el artículo 395, sobre la base de datos China Law Info mostró que la menor cantidad de ingresos no sustentados tenía como una cantidad mínima los 540.000 Renminbi y la mayor cantidad era de 33.640.000 RMB.

236 Los salarios de oficiales varía según la categoría y ubicación geográfica, pero palidecen en comparación con los 300.000 RMB. Véase Richard McGregor, *The Party: The Secret World of China's Communist Rulers* 140 (2010) (“Aun teniendo en cuenta las ventajas, tales como la vivienda, los automóviles y los beneficios de pensión de por vida, los salarios formales de efectivo incluso altos funcionarios son miserables e invariablemente incrementados por el ingreso ilícito”); 国家公务员级别和工资标准, Set. 5, 2009, disponible en [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_664c519f0100m8ao.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_664c519f0100m8ao.html) (criterios para la inclusión de sueldos en los diferentes niveles funcionariales).

personas declaradas culpables de enriquecimiento ilícito sean realmente culpables), es necesaria también la equidad procesal, siendo importante tener en cuenta la facilidad con que los presuntos autores puedan ser capaces de responder con las pruebas de descargo para superar la inferencia o presunción.

Usemos un ejemplo extremo, supongamos que un cadáver es encontrado en el río y una persona es imputada por asesinato. Decirle a la parte imputada que se presume culpable hasta que se presenten pruebas para refutar esa presunción, lo pondría en una posición desfavorable de tener que probar un hecho negativo. Esto puede ser sencillo, si un imputado inocente tiene una coartada sólida o una evidencia que pueda dar con la identificación del verdadero asesino, pero podría ser muy problemático si este se encontraba en el lugar y momento de la muerte, o no existiera evidencia alguna del verdadero autor<sup>237</sup>. El imputado estaría en una posición aún peor si, como en el caso de Zhao Zuohai, el imputado fuese visto discutiendo con la víctima, o cuando muchas personas certifiquen el grado de enemistad de este con la víctima. En el caso de Zhao fue declarado culpable de asesinato en China, incluso sin una disposición de responsabilidad inversa de la carga de la prueba expresa en el tipo, luego fue declarado inocente una década más tarde; cuando se encontraron evidencias del verdadero asesino<sup>238</sup>.

En el enriquecimiento ilícito, a comparación de nuestro ejemplo anterior, la carga de la prueba de la parte imputada no enmarca tanta complejidad: no se necesita probar un hecho negativo, más bien, se debe explicar la forma en se entró en posesión de los bienes cuestionados. Una inversa responsabilidad probatoria en el enriquecimiento ilícito puede presentar una trampa para las personas que son propensas a la falta de memoria y el registro impreciso, pero no es

excesivamente incómodo el esperar que los funcionarios cuestionados realicen un propio seguimiento patrimonial, para explicar cómo importantes sumas de dinero llegan a sus manos, especialmente cuando la redacción del artículo 395 se encuentra vigente desde el año 1997. Exigir una explicación a la parte imputada en este escenario no es afectar el sentido de la justicia, de la misma forma que en el ejemplo del asesinato lo que se hace es la protección de bienes jurídicos<sup>239</sup>.

Más allá del argumento de que existe una conexión racional entre la riqueza inexplicable y las prácticas de corrupción, la disminución de las preocupaciones tanto de las posibilidades de que hechos que estén dentro de lo jurídicamente permisible sean calificados como delitos y la disminución de la presunción de inocencia, por mirar al acusado como un presunto culpable y darle la titularidad de la carga de la prueba. Es importante mencionar que no existirá mejor ente persecutor para justificar la licitud de los activos de un funcionario en cuestión, que él mismo<sup>240</sup>.

Es relativamente difícil para un Fiscal realizar un seguimiento de las finanzas personales del imputado, sobre todo cuando el acusado ha oscurecido las fuentes de sus activos. China está tomando medidas para aumentar la transparencia de las finanzas de los funcionarios<sup>241</sup>. Medidas complementarias del Partido Comunista Chino, tomadas en los últimos años incluyen: “la exigencia del nombre real –del funcionario– en las cuentas financieras”, lo que prohibiría los actos jurídicos bancarios de interpósita persona, de esta manera se facilitarían los esfuerzos para encontrar activos específicos en el patrimonio de los funcionarios<sup>242</sup>. Sería muy extraño que un funcionario culpable de forma honesta informe abiertamente sus ingresos ilegales como parte de las revelaciones de activos regulares, pero las irregularidades o entradas

237 Véase, Tini Tran, Man Who Spent 11 Years in China Jail After Being Tortured Into False Confession Given \$96,000, Assoc. Press, Mayo 13, 2010, <http://news.guelphmercury.com/article/631953>; 还原赵作海冤案形成过程: 乡村道德 审判成推手, 中国新闻周刊 [China News Weekly], Junio 3, 2010, <http://news.sina.com.cn/sd/2010-06-03/111520403624.shtml>.

238 赵作海获65万国家赔偿款: 拿钱的时候我可没鞠躬, 中国网 [China.Com.Cn], Mayo 17, 2010, [http://www.china.com.cn/news/local/2010-05/17/content\\_20055952.htm](http://www.china.com.cn/news/local/2010-05/17/content_20055952.htm) (presentación de informes sobre la compensación recibida por Zhao después de la condena por asesinato que fuese anulada).

239 Cf. Mirjan Damaška, The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 365, 381 (2011) (mirando a las salidas de los tribunales penales internacionales de los requisitos de los ensayos nacionales y pidiendo “si van más allá de los requisitos mínimos de exigencias internacionalmente reconocidas sobre juicios justos”).

240 Para una discusión diametralmente diferente, Véase Ashford & Risinger, *supra* nota 65, p. 180.

241 Véase, *supra* nota 193 y lo siguiente del texto.

242 Yu, *supra* nota 170, p. 173

sospechosas en los formularios de declaración podrían alertar a las autoridades a continuar con la investigación. La aplicación de la ley de blanqueo de dinero de 2006, puede mejorar el tema de la identificación y el procesamiento de las transacciones que se oscurecen –disfrazan– como fuentes ilegales de riqueza<sup>243</sup>. Con el tiempo, el empuje de China para los requisitos de información de activos podría disminuir la comodidad comparativa de los acusados que producen la información contra el Gobierno. En la actualidad, sin embargo, la preocupación de que los funcionarios corruptos efectivamente puedan ocultar las fuentes de su riqueza parece fundada.

Además de otros argumentos políticos a favor de la presunción de inocencia y en contra de la inversión de la carga de la prueba impuesta en el enriquecimiento ilícito, podría decirse que las garantías procesales materia de análisis se aplican con menos fuerza en China que en otros países. En primer lugar, el mantenimiento de una presunción de inocencia demostraría de relieve la importancia más allá del interés individual de la parte acusada de que se “debe mantener la confianza del público en la integridad y seguridad del ordenamiento jurídico”<sup>244</sup>. A la luz de las circunstancias actuales de China, en contra de la opinión de que una fuerte presunción de inocencia es necesaria para mantener la confianza pública en el ordenamiento jurídico, la confianza del público en realidad podría ser satisfecha por el debilitamiento de la presunción en los casos de presunto enriquecimiento ilícito. En un sistema donde existe la preocupación a voces de que los ricos y políticamente bien conectados se escapan del castigo penal, la confianza del público en el sistema legal podría desintegrarse si los casos fracasan

porque los Fiscales no pueden probar que los bienes fueron adquiridos a través de canales ilegales<sup>245</sup>. La conexión entre el artículo 395 y la confianza en el Gobierno es particularmente evidente, porque el artículo 395 está expresamente dirigido a personas que trabajan para el Gobierno<sup>246</sup>, enviando así un mensaje directo a la opinión pública: que el Gobierno está tomando en serio el enriquecimiento ilícito de sus propios empleados.

Una preocupación que secunda a la anterior en el contexto chino es que los líderes del nuevo orden puedan utilizar esta disposición para consolidar el poder encarcelando a los antiguos gobernantes<sup>247</sup>. El Partido Comunista Chino ha mantenido el Gobierno ininterrumpido durante más de sesenta años. A pesar de informes de algunos desacuerdos entre los líderes, la cara pública del Partido comunica una transición ordenada y periódica, como se ve en la entrega del poder de los líderes de la tercera generación, de la cuarta generación de la década de 2000<sup>248</sup> y como se está llevando a cabo, con los líderes de la quinta generación. Es cierto que, a pesar de seguir un régimen partidario, el artículo 395 podría ser utilizado para atacar a los funcionarios que han caído en desgracia dentro del Partido<sup>249</sup>. Las rivalidades políticas se han acreditado como un factor en la remoción de funcionarios de alto rango por actos de corrupción. Es difícil, si no imposible, descubrir si los vientos políticos influyen en los procesamientos. Sin embargo, en base a los informes públicos disponibles, no hay ninguna indicación de que el artículo 395, esté siendo utilizado por funcionarios de alto rango como una espada legal contra sus rivales políticos<sup>250</sup>.

243 Véase, China Adopts Anti-Money Laundering Law, China Daily Online, Oct. 31, 2011, disponible en [http://www.chinadaily.com.cn/china/2006-10/31/content\\_721316.htm](http://www.chinadaily.com.cn/china/2006-10/31/content_721316.htm) (“La ley demanda a instituciones financieras y a algunas no financieras a mantener un registro de los clientes y de sus operaciones, además de reportar las transacciones grandes y sospechosas”).

244 Kofele-Kale, supra 12, p. 920 (citando a Wigmore, Evidence § 2511, p. 407 (3ra. ed. 1940)).

245 Véase, Margaret K. Lewis, Leniency and Severity in China’s Death Penalty Debate, 24 Colum. J. Asian L. (próximamente 2011) (la discusión pública se centra en los derechos procesales disminuidos a la parte imputada).

246 Véase, Criminal Law, supra nota 9, art. 395 (aplicado a “国家工作人员”).

247 Cf. Okechukwu Oko, Subverting the Scourge of Corruption in Nigeria: A Reform Prospectus, 34 N.Y.U. J. INT’L L. & Pol. 397, 432 (2002) (“Órganos ad hoc, principalmente en forma de Comisiones y Tribunales de la investigación, han sido convocados por los regímenes militares entrantes para investigar las denuncias de corrupción y abuso de poder por la administración anterior”).

248 Véase, Patrick Chovanec, Primer on China’s Leadership Transition, Mayo 8, 2011, <http://chovanec.wordpress.com/2011/05/08/primer-on-chinas-leadership-transition>.

249 Véase, v.g., Richard Spencer, Party Boss Sacked After Shanghai Corruption Inquiry, The Telegraph, Set. 6, 2006, disponible en <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/1529867/Party-boss-sacked-after-Shanghai-corruption-inquiry.html> (“Aunque la corrupción volvió a ser el motivo indicado, se creía que la víctima se había prestado para desafiar al entonces Presidente, Jiang Zemin, quien estaba tratando de consolidar su liderazgo en ese momento”).

250 Sobre la base de una búsqueda de casos en la base de datos China Law Info, se reveló que el noventa y ocho por ciento de casos, están relacionados con el artículo 395.

A modo de comparación, en Taiwán, los funcionarios de más alto rango de ambos Partidos se han enfrentado a través de imputaciones penales, unos afirmaban que los funcionarios del Partido rival usaban sus posiciones políticas para obtener beneficios personales. El Presidente Ma Ying-jeou fue absuelto de los cargos después de que las alegaciones resultaron carente de mérito. En comparación, el ex Presidente Chen Shui-bian y varios miembros de su familia fueron declarados culpables de numerosos cargos relacionados con la corrupción de su gobierno<sup>251</sup>. El Presidente Ma está recientemente bajo el fuego de la acusación efectuada por ex Presidente Lee Teng-hui, por malversación de fondos<sup>252</sup>.

Otra base para el conflictivo artículo 395, tiene sus raíces en la preocupación de que las obligaciones de divulgación de los activos e investigaciones sobre enriquecimiento ilícito potencial podrían infringir los derechos a la privacidad. Esta preocupación no tiene tanto asidero en China, esta preocupación solo se podría dar en países donde la privacidad es celosamente custodiada por la ley<sup>253</sup>.

A modo de ejemplo, no hay ningún requisito para que la Policía de China pueda obtener una orden judicial emitida para llevar a cabo una búsqueda financiera, sino que los únicos límites de tal búsqueda son los procedimientos internos de la Policía<sup>254</sup>. De esta forma se obliga a los funcionarios a revelar los bienes personales que poseen, parece menos sorprendente cuando se ve en este contexto. Dejando de lado los argumentos normativos de que China debe mejorar la protección de la intimidad personal, hay pocas

razones para que los ciudadanos chinos -por no hablar de los empleados del Gobierno-, deban esperar que el Gobierno no pueda exigir el acceso a sus finanzas personales<sup>255</sup>. La Constitución de la República Popular China estipula que los ciudadanos tienen el derecho al “secreto de la correspondencia”, este derecho es protegido por otras normas de menor jerarquía, pero añade una excepción importante para cuando es necesario “atender las necesidades de seguridad del Estado, de la investigación penal y la seguridad pública o de los requerimientos fiscales fundados...”<sup>256</sup>. Si China ratifica el PIDCP, la disposición que este contiene de que: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio o su correspondencia”, podría estimular un mayor debate interno sobre el derecho a la privacidad<sup>257</sup>. Sin embargo, no solo es el alcance de la calificación “arbitraria e ilegal”<sup>258</sup>, sino que también es determinante el tremendo poder de la Secretaría de Seguridad Pública en las escasas disposiciones legales de restricciones a los registros y confiscaciones.

Al explicar lo atractiva que puede ser la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, se debe resaltar la atención jurídica dada a la situación actual de China, teniéndose un claro reconocimiento de los rendimientos decrecientes marginales que vienen con los mecanismos de control de la corrupción. El hecho de que la adquisición de riqueza ilícita sea una gran preocupación no significa que China deba lanzar un número ilimitado de recursos legales en el cumplimiento del artículo 395. Una crítica fundamental al Gobierno, en la implementación de los controles anticorrupción, es que son un

251 Véase, Shelley Huang, Chen Shui-bian Gets Life, Taipei Times, Set. 12, 2009, disponible en <http://www.taipeitimes.com/News/front/archives/2009/09/12/2003453376>; véase también Xing Shi Su Song Fa [Código de Procedimiento Penal] art. 154 (Taiwan) (“Antes de una condena definitiva por medio de juicio, el acusado se presume que es inocente”. (traducción de la autora)).

252 Edward Wong, Ex-President of Taiwan is Charged with Graft, N.Y. Times, Junio 30, 2011, disponible en [http://www.nytimes.com/2011/07/01/world/asia/01taiwan.html?\\_r=2](http://www.nytimes.com/2011/07/01/world/asia/01taiwan.html?_r=2).

253 Véase, Richard Messick, Income and Assets Declarations: Issues to Consider in Developing a Disclosure Regime, U4 Anti-Corruption Resource Centre, Ur Issue 2009:6 p. 8 (“El inconveniente más importante de divulgación de información financiera no es ni el costo administrativo ni su impacto en la contratación de funcionarios públicos. Más bien es la invasión de la privacidad que da como resultado una intromisión de esta naturaleza”).

254 Véase, CPL, supra nota 109, art.43; véase también, Borrador del 2011 del CPL, supra nota 13, art. 49.

255 La falta de protección contra registros e incautaciones gubernamentales está en contraste con los complejos debates en los Estados Unidos de América sobre el alcance de la Cuarta Enmienda. Véase, e.g., Lloyd L. Weinreb, Generalities of the Fourth Amendment, 42 U. Chi. L. Rev. 47, 47 (1974) (“A propósito [de la Cuarta Enmienda] se manifiesta que las búsquedas del Gobierno que invaden la privacidad individual, no son “razonables” salvo que se trate de situaciones de gran envergadura para el interés público”).

256 Xianfa (中华人民共和国宪法) art. 40 (1982) (China).

257 PIDCP, supra nota 17, art. 17(1).

258 Human Rights Manual, supra nota 20, p. 227 (“El derecho internacional de derechos humanos no proporciona normas detalladas sobre la legalidad de búsquedas...”).

vehículo defectuoso de la lucha contra la corrupción<sup>259</sup>. Disposiciones para el control del enriquecimiento ilícito podrían dejar de frenar la adquisición ilegal de la riqueza y, peor aún, llevarían a personas inocentes a ser condenadas porque simplemente no son capaces de documentar adecuadamente las fuentes de su patrimonio. Normas de divulgación de activos y otros dispositivos destinados a erradicar las ganancias ilícitas también, invariablemente, añaden capas de burocracia en el proceso, como las auditorías y otras formas de análisis de reportes. Las reglas son más gravosas para las personas que deben dedicar tiempo y energía a cumplir con los requisitos de divulgación.

En resumen, la corrupción controla los costos de los puntos de rendimiento marginal decreciente con que se cuenta, en la medida en que las normas de divulgación de los activos son vistos como una herramienta profiláctica para prevenir la corrupción, entonces puede ser rentable a la luz del costo-beneficio<sup>260</sup>. Sin embargo, si las reglas son tan onerosas como para crear un pantano de burocracia y, potencialmente, hasta disuadir a los candidatos honestos a iniciar una carrera en la administración pública, entonces la rentabilidad se hace más sospechosa. Estas preocupaciones no deben ser consideradas cuando se calibra adecuadamente el uso de los mecanismos anticorrupción en los procesos de enriquecimiento ilícito. Aunque más allá del alcance de este artículo, un animado debate continúa entre los eruditos y los profesionales respecto a la eficacia de los mecanismos de lucha contra la corrupción y el nivel óptimo de vigilancia.

Por ejemplo, un punto de discusión es la posibilidad de que otras jurisdicciones puedan emular la Comisión Independiente de Hong Kong contra la Corrupción, la que es frecuentemente calificada como un excelente ejemplo de cómo los Gobiernos pueden utilizar un organismo de control para reducir sensiblemente la corrupción<sup>261</sup>.

Incluso con una relajada carga sobre el Gobierno, el artículo 395 está lejos de ser una panacea para los problemas de China referidos a la corrupción. El Fiscal todavía tiene que identificar que el funcionario esté en posesión de la riqueza excesiva. El Tribunal también debe tener acceso a la parte imputada, mediante los requerimientos de extradición o algún otro tipo de procedimiento de repatriación en caso de que el funcionario haya huido al extranjero<sup>262</sup>. No se plantea en este punto la interrogante de encontrar y repatriar los activos ilegales generados en otra jurisdicción a través de empresas off-shore<sup>263</sup>. Estas barreras prácticas, a la luz de las actuales normas legales de China y la corrupción rampante, hacen que la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito sea una herramienta lógica y atractiva para hacer cumplir la ley. Dicho esto, la redacción del artículo 395 no requiere de una reforma radical ni de un sistema de justicia penal distinto para ponerlo en práctica.

### C. Modificación del Enfoque de China para el Enriquecimiento Ilícito

En el caso de China, donde existe una inversa responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito, la disposición viene con varias

259 Véase, Frank Anechiarico & James Jacobs, *The Pursuit Of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective XII* (1996) (“No se debe suponer, como a menudo ha sido, que toda la corrupción controla más o incluso sobrepasa la eficiencia y la eficacia del Gobierno, o que tales medidas realmente reducen fácilmente la corrupción”).

260 Por ejemplo, la razón primaria para valorar la revelación de los sistemas en los Estados Unidos de América es profiláctico. Véase, U.S. Office of Government Ethics, *Public Financial Disclosure: A Reviewer’s Reference*, p. 1-1 (2da. ed. 2004) (“Aunque un informe de divulgación de información financiera a veces revela una violación de la ley o el reglamento, el objetivo principal de la divulgación es ayudar a las agencias a identificar los posibles conflictos de intereses entre las funciones oficiales de un archivero y sus intereses privados y financieros”).

261 Véase, Raj Kumar, *Human Rights Approaches of Corruption Control Mechanisms—Enhancing the Hong Kong Experience of Corruption Prevention Strategies*, 5 *San Diego Int’l L.J.* 323, 325 (2004) (“De hecho, Hong Kong [ICAC] se percibe en todo el mundo como un modelo efectivo de cómo un marco institucional puede luchar contra la corrupción con éxito”).

262 Un ejemplo notorio de un ciudadano chino que huye al extranjero para evitar los cargos relacionados con la corrupción es el de Lai Changxing, quien huyó a Canadá en 1999. Véase, Rod Mickleburgh, *Rare Jail Access Offered in Case of Chinese Fugitive*, *Globe and Mail*, Mar. 16, 2011. Aunque no es un funcionario del Gobierno mismo, Lai supuestamente realizaba su actividad lucrativa, sobornando a los funcionarios locales. Véase, Deng, et al., supra nota 200, P. 78. acaba de regresar a China de Canadá, Lai. *Lai Changxing’s Deportation is Upheld in Canada*, *Assoc. Press*, July 21, 2011, disponible en <http://www.nytimes.com/2011/07/22/world/americas/22canada.html>; *Top suspect in China’s biggest smuggling case repatriated from Canada*, *Xinhua News Agency*, Julio 23, 2011, [http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-07/23/c\\_131004091.htm](http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-07/23/c_131004091.htm).

263 Véase, Lewis, supra nota 4 (presentación de informes sobre Banco de la República Popular de China se filtraron informes sobre los funcionarios corruptos que movieron dinero al extranjero).

advertencias. El requisito de que el acusado deba explicar las fuentes de sus activos es menos problemático que el hecho de no aclarar lo que el acusado debe hacer para cumplir con esta carga y la falta de un proceso de juicio justo que permita al acusado montar una defensa sólida. Con el fin de que los imputados tengan una oportunidad significativa para cumplir con su carga, sería importante hacer revisiones tanto al artículo 395 per se y, en una escala más amplia, al sistema de justicia penal. El artículo 395 es más fácil de defender cuando se ve como una disposición penal discreta destinada a un problema social acuciante. A medida que exploremos hacia atrás y coloquemos el artículo 395 en el contexto más amplio del sistema de justicia penal de China, su aplicación se verá cada vez más preocupante. Podría decirse que es una disposición de inversión de la carga de la prueba clara, junto con una capacidad significativa para satisfacer sus necesidades de manera más factible que la disposición de directa responsabilidad de la carga de la prueba –a cargo del Fiscal–, junto con el fracaso actual de China de no dotar de fuerza las normas de procedimiento que cumplen el rol del principio de igualdad de armas en el proceso de adjudicación<sup>264</sup>. Por lo menos en el escenario descrito el imputado conoce la tarea por delante y en consecuencia puede tratar de responder.

En cuanto a la redacción del artículo 395, el uso de palabras vagas como “relativa diferencia” y “enorme desproporcionalidad” da mucha discreción sustancial a los Fiscales y Jueces en el juicio de subsunción de la conducta en el tipo. Del mismo modo, el término “ingreso ilegal” carece de especificidad<sup>265</sup>. Por otra parte, el artículo 395 claramente pone una carga para el imputado de explicar, pero el Código Penal no aclara qué es exactamente lo que un imputado debe hacer para cumplir con esta carga (es decir, la explicación debe ser muy creíble, meramente posible. ¿Qué norma estipula como cumplir con la carga de la prueba?).

Esta falta de claridad, en el artículo 395, puede entenderse como una vulneración al principio de legalidad en su fase de taxatividad de la norma penal. El artículo 395 es un tanto inusual –en la mayoría de delitos la carga de la prueba le pertenece a la Fiscalía– pues se le requerirá al imputado que explique sus finanzas o de otra manera será tomado como culpable. La regla general para que se forme la convicción de los operadores jurídicos, depende de que haya prueba suficiente y bien cada operador jurídico tendrá una visión de la suficiencia o falta de prueba en los casos concretos, en este mismo orden de ideas el requisito establecido en el artículo 395, que el funcionario debe “explicar” el origen de los ingresos, debe ir acompañado de circulares fiscales y judiciales para hallar un punto común de criterios de imputación.

China ha dado los primeros pasos para solucionar este problema. Sin embargo, pese a los esfuerzos iniciales en las Reglas de la Prueba de 2010 y el Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011<sup>266</sup> para especificar los estándares probatorios para los casos penales, las estadísticas han comprobado que la carga de casos del Fiscal en este tipo de delitos sigue siendo abundante. Ello porque, al no aplicarse o aplicarse incorrectamente tales disposiciones, para el Fiscal es más fácil denunciar, que archivar un delito; pues archivando corre el riesgo de ser sometido a una investigación por los órganos de control<sup>267</sup>. El significado de “más allá de toda duda razonable”, por la cual el ente persecutor del delito está legalmente obligada a superar la presunción de inocencia que rodea a todo imputado, en los Estados Unidos y otros países, es en realidad difícil de articular. La frase anteriormente mencionada es una directiva más estricta para el órgano juzgador que para el persecutor, su uso durante las deliberaciones es muy difícil y solamente resultará en algunas instrucciones que tengan la naturaleza de “complejas” –por el tipo de delito y el número de autores–<sup>268</sup>. Aún con sus defectos, más allá de un estándar de toda duda razonable, con el artículo 395

264 Véase Peerenboom, nota supra 119, p. 844-49 (describiendo el “rocoso camino a un sistema adversarial” de China); véase generalmente Mike McConville, *Criminal Justice in China: An empirical inquiry* (2011) (presentando una visión detallada de la justicia criminal en China y la brecha entre teoría y práctica).

265 Véase, supra nota 185-188 y el texto que lo acompaña.

266 Véase, supra nota 133-137 y el texto que lo acompaña.

267 Véase, generalmente John J. Capowski, *China’s Evidentiary and Procedural Reforms, the Federal Rules of Evidence, and the Harmonization of Civil and Common Law*, *Tex. Int’l L.J.* (próximo 2012) (borrador en el archivo de la autora) (análisis de las disposiciones de China Proyecto Ley de Evidencia de la Corte Popular).

268 Véase, generalmente Jon Newman, *Beyond a Reasonable Doubt*, 68 *N.Y.U. L. Rev.* 979 (1993); Sol Wachtler, *Do Juries See Beyond a Reasonable Doubt? A View From the Bench in Beyond a reasonable doubt 3* (Larry King ed.) (ensayo de un Juez que describe desafíos que enfrentan los jueces que tratan de definir la expresión de los jurados).

se hace hincapié que no se está frente a una norma penal clara. Sin una presunción explícita de la inocencia y la articulación de una norma exigente de la prueba, queda la molesta pregunta: ¿El Fiscal necesita hacer muy poco para probar su tesis inculpativa contra el imputado? Este problema persistirá incluso si China va tomando las medidas necesarias para caracterizar con mayor precisión las cargas legales, porque en realidad la internalización de la presunción de inocencia en la práctica diaria es un proceso largo y difícil. Como una indicación anecdótica de diferentes puntos de vista de la presunción de inocencia, un Juez estadounidense me habló de cuando un funcionario del gobierno chino que trabajó en temas de justicia penal visitó su Sala de Audiencias. En la Audiencia participaron varios miembros de una pandilla que fueron acusados de un asesinato macabro ante una evidencia irrefutable y una teoría del caso sólida. Cuando el Juez preguntó al visitante chino la impresión que tuvo sobre la audiencia, el visitante respondió: “Estoy impresionado por la seriedad con que se toma la presunción de inocencia”.

Revisando la tasa de condenas en casi un cien por ciento de casos, los observadores internacionales hacen hincapié en que la parte imputada en China de hoy, tiene pocas esperanzas de obtener un veredicto de inocencia. Esto es sin duda en parte, debido a la falta de una norma que circunscriba claramente la conducta ilícita para la condena y a la falta de un compromiso arraigado de salvaguardar la presunción de inocencia. Quince años después de la aplicación del Código de Procedimiento Penal, existe un aspecto muy particular, el que los testigos rara vez aparecen en los Tribunales y los juicios son por lo general más acerca de abogar por una sentencia indulgente que de impugnar los méritos de los cargos con argumentos serios<sup>269</sup>. Sobre el Proyecto 2011, es loable destacar la importancia de los testigos y la potestad dada a los Tribunales para castigar –administrativa y penalmente– a los testigos que no comparezcan<sup>270</sup>. Lo que queda por ver es como los Tribunales invocan este poder en la práctica de los juicios y como este poder va a

influir en la verdad material como objetivo del proceso penal. Debido a que el proyecto no va tan lejos como para incluir el derecho a la igualdad de armas, el Tribunal tendrá la potestad de aceptar o no una declaración testimonial y si media en el caso el careo de los testigos<sup>271</sup>. Como se discutió en la Parte IV, los abogados que tratan de invocar los derechos procesales de su cliente se encontraran con las manos atadas y el Proyecto de 2011 deja mucho que desear en lo que respecta a fomentar el acceso a una defensa técnica más sólida. Al examinar el proyecto, el abogado defensor Zhang Peihong llama una reflexión e irónicamente se pregunta: “¿Los abogados? ¿Dónde están los abogados?”<sup>272</sup>.

Aunque se perciba que un país no quiera poner el listón tan alto como para frustrar el enjuiciamiento efectivo de los culpables imputados, el riesgo de poner el listón tan bajo, como para que imputados auténticamente inocentes sean fácilmente encontrados culpables. Incluso si el desplazamiento la carga de la prueba no de lugar a la condena de imputados realmente inocentes, esto podría requerir que los acusados construyan sus casos de una manera que ofenda las nociones de justicia procedimental. Al evaluar el artículo 395, se debe estar consciente de su efecto costo–beneficio. Es importante mencionar que preventivo generalmente el bajar la barrera con respecto a la carga probatoria para el Gobierno y elevar el nivel con respecto a la carga que pesa sobre el imputado ha producido resultados positivos en la lucha contra la corrupción en China.

Reconocemos los méritos de un enfoque inverso de responsabilidad en la carga de la prueba, en el enriquecimiento ilícito como una herramienta para combatir la corrupción, pero lo hacemos “de mala gana” por temor a que en un futuro se abran puertas de responsabilidad inversa en varios tipos penales del Código Penal. Estas preocupaciones no son exclusivas de China. Si un país decide exigir que el imputado deba aportar pruebas a la mesa, ¿cómo puede disminuir la preocupación por la injusticia de la parte

269 Véase, Belkin, *supra* nota 123, p- 105 (“Este procedimiento de juicio “se parece más a una alocución prolongada de guilty plea en un procedimiento penal estadounidense que un Juicio que pone a prueba los hechos controvertidos o las explicaciones impugnativas de la evidencia”).

270 Véase, Borrador 2011 CPL, *supra* nota 13, arts. 186-87

271 Véase, Jerome A. Cohen & Yu Han, *China’s Struggle for Criminal Justice*, Set. 27, 2011, <http://www.usasialaw.org/?p=5928>.

272 Véase, Zhang, *supra* nota 148 (“律师哪? 律师在那里?”).

imputada que se presenta en un juicio pensando que lo salvaguarda la presunción de inocencia?

#### IV. INTERACCIÓN ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y OTROS DERECHOS

Si, como se argumentó en la Parte III, hay fuertes razones políticas para exigir que el imputado deba explicar el origen de los bienes en los casos de enriquecimiento ilícito, al menos en China, pueden darse reformas complementarias que disminuyan las preocupaciones sobre la injusticia que pesa sobre la doble responsabilidad de un imputado? Al analizar esta cuestión, proponemos que cualquier suspensión parcial o total de la presunción de inocencia, deba ser analizada en el contexto de su relación con otros derechos fundamentales de procedimiento, en particular el derecho al silencio y el derecho a un abogado (Parte IV). Sugerimos que se debería imponer métodos como el “test de proporcionalidad” si se desea diluir la presunción de inocencia, pero advertimos que este enfoque plantea desafíos especiales en el contexto de China (Parte IV B).

##### A. La interconexión de los derechos procesales

En primer lugar, en relación al derecho al silencio<sup>273</sup>, como la presunción de inocencia se ve disminuida por una presunción de culpabilidad, el derecho al silencio va a ser también disminuido por la presunción anteriormente descrita. La presunción de inocencia en su forma más básica requiere que el órgano persecutor para construir una teoría del caso contra el imputado utilice la Fact-Finder. El imputado está obligado a no decir nada si este lo cree conveniente en su estrategia de defensa. Sin embargo, en realidad, los Fiscales, especialmente si están frente a un caso mediático consideran que están haciendo un buen trabajo cuando presentan cargos con argumentos aparentes, y sostienen contra los imputados que el silencio no sería más que una aceptación tácita de los cargos a la luz de la opinión pública. Esto cambia en un caso no mediático, el silencio es una decisión estratégica que el acusado hace para mejorar sus posibilidades de absolución, pero este silencio es idóneo cuando es la otra parte, la que debe mover la carga de la prueba. Por lo tanto, en un contexto donde el imputado está

obligado a mover la carga de la prueba el silencio es prácticamente una condena segura.

Cuando se carga inversamente la titularidad de la carga de la prueba, como sucede en el enriquecimiento ilícito, el imputado no puede permanecer en silencio. ¿Cómo se puede “explicar” las fuentes de los activos, mientras se permanece en silencio? Incluso si el propio acusado no dijo una palabra, el derecho a la defensa sigue siendo necesario para tener una voz en el proceso, bien para llamar a alguna persona o presentar evidencia contable. La Corte Suprema de los EE.UU. ha citado a Wigmore en la descripción de la presunción de inocencia, definiéndola como “el derecho del acusado a permanecer inactivo y seguro hasta que la Fiscalía no haya logrado que se forme la convicción en el juzgador mediante las pruebas presentadas, es decir, el oponente de una reclamación o cargo se presume inocente, hasta que no haya certeza irrefutable de su culpabilidad en los hechos materia de imputación”<sup>274</sup>. Con una disposición de responsabilidad inversa, el acusado se enfrenta a una convicción casi segura de culpabilidad por el órgano juzgador, si es que este imputado permanece con una actitud pasiva. Resulta preocupante, como se explicó anteriormente, que la carga inversa de la prueba hacia el acusado, no solo lleve la disminución radical del derecho a la presunción de inocencia, sino también que disminuya derechos conexos a la misma, como lo es el derecho al silencio.

Mientras que la presunción de inocencia y derecho a guardar silencio tienen una relación directa en el sentido de que un cambio en una variable tiene efectos en la otra variable, en la misma dirección, el derecho a un abogado aparentemente tiene una relación diferente con la presunción de inocencia. La presunción de inocencia diluida no significa necesariamente aumentar o disminuir el derecho a un abogado. Sin embargo, muchos plantean que estos dos derechos deben ser vistos como que tienen una relación inversa. Cuanto más disminuye la presunción de inocencia, mayor será la necesidad de un abogado y, en particular, que este abogado tenga completo acceso a la información que pueda exculpar al imputado. Cuando una carga más pesada se coloca en el imputado, un

273 PIDCP, supra nota 17, art. 14(3) (g) (“A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”); Véase también, Human Rights Manual, supra nota 20, p. 240-42 (discutir el apoyo al “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo / el derecho a permanecer en silencio” en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos).

274 Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478, 483 (1978) (citando 9 J. Wigmore, Evidence § 2511 p. 407 (3ra. ed. 1940)).

abogado es más necesario para ayudar al imputado a cumplir con esa carga. Por lo tanto, si un país decide poner en peligro el ideal de la presunción de inocencia, en parte podría aliviarse las preocupaciones sobre los imputados titulares de la carga de la prueba mediante el fortalecimiento del acceso a un abogado defensor y acceso a la información en posesión del gobierno. Como se explica en la Parte IV B, el derecho a un abogado y la falta de acceso a la información pública en China es un problema especialmente grave.

Normas internacionales de derechos humanos apoyan firmemente el derecho a asistencia letrada, independientemente de que exista o no una disposición legal que determine la inversa responsabilidad en la carga probatoria. Además, de esto establecen también que el imputado debe disponer de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa y comunicarse con su abogado defensor<sup>275</sup>, el PIDCP establece que los acusados tienen como garantía procesal mínima, lo siguiente:

A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo...<sup>276</sup>.

Esta garantía es importante para reconocer el derecho a un defensor de su propia selección. Por otra parte, existe la cláusula “el intereses de la justicia así lo exija”, cláusula que debe aplicarse cuando el acusado se enfrenta a una disposición responsabilidad inversa. Cuando se enfrentan a la necesidad de refutar la presunción de culpabilidad, el imputado está en la necesidad especialmente grave de tener el acceso a un abogado defensor. La Corte Suprema de los EE.UU. describió con elocuencia la situación de un acusado uncounseled (no asesorado):

Incluso el hombre inteligente y letrado tiene poca y, a veces ninguna habilidad en la ciencia del derecho.

Si es imputado de delito, es incapaz, en general, de determinar por sí mismo si la imputación es legal o arbitraria. No está familiarizado con las reglas de la prueba. Sin la ayuda de un abogado, podrá ser sometido a juicio, sin una imputación adecuada, y condenado con evidencia incompetente, o evidencia pertinente a la cuestión o la improcedencia de lo contrario. El imputado carece de la habilidad y el conocimiento suficiente para preparar su defensa, a pesar de que se pueda tener estudios superiores. Se requiere siempre la mano guiadora de un abogado en cada paso del proceso. Sin ella, aunque un imputado no sea culpable, se enfrentará al peligro de la condena, porque él no sabe cómo establecer su inocencia<sup>277</sup>.

Un imputado que está acusado en virtud de una disposición de responsabilidad inversa de la carga probatoria y no está familiarizado con las reglas de la prueba, se verá seriamente en el reto de averiguar lo que es tanto su carga; y el tipo de prueba admisible para cumplir con esa carga.

Si el acusado es indigente, el abogado debe asistirlo a expensas del Estado. Para los casos de enriquecimiento ilícito, los acusados son funcionarios gubernamentales y por lo tanto es muy probable que tengan la capacidad para pagar un abogado. De hecho, los acusados que hayan participado efectivamente en el enriquecimiento ilícito estarían en una mejor posición para pagar, al contrario de los que no tuvieron tal enriquecimiento, porque tendrían que invertir sus ganancias lícitas en abogados, aunque el acusado inteligente debería tener cuidado de no levantar banderas rojas relativas a la fuente de los fondos utilizados para su defensa. Sin embargo, es posible que un imputado no tenga los medios para pagar un abogado. Como un ejemplo análogo, cuando dos ex banqueros de China fueron a juicio en el Distrito de Nevada por cargos derivados de la supuesta sustracción de casi medio billón de dólares de China y la entrada ilegal de este capital en los Estados Unidos de América, tenían un abogado de oficio, dado que parte de su tesis de defensa era acreditar su estado de quiebra<sup>278</sup>. Sin embargo, los banqueros fueron

275 PIDCP, supra nota 17, art. 14(3)(b).

276 Id. art. 14(3)(d); véase también Human Rights Manual, supra nota 20, p. 235-36 (discutir el derecho a la asistencia jurídica en los Tratados de Derechos Humanos, incluido el Pacto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión).

277 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 69 (1932).

278 Véase, Supercrooks or Sitting Ducks?, Bloomberg Businessweek, Nov. 13, 2006, disponible en [http://www.businessweek.com/magazine/content/06\\_46/b4009078.htm](http://www.businessweek.com/magazine/content/06_46/b4009078.htm).

condenados posteriormente y se les ordenó pagar \$ 482 millones en reparación civil<sup>279</sup>.

No solo el imputado necesita un abogado, el imputado también debe tener acceso a la información y su letrado debe saber cómo utilizar esa información. El acceso a la información en el expediente contable de la entidad pública donde laboró el funcionario cuestionado es básica, pero es especialmente importante cuando el defensor debe preparar sus alegatos para refutar la presunción de culpabilidad. Sería terriblemente difícil entrar en cancha, para refutar la afirmación del fiscal sobre los activos ilícitos, si el acusado no está bien informado respecto a los activos en cuestión y la base fiscal para reclamar que son lícitos. Como tal, si una carga de prueba se desplazan a los imputados, los países que acepten este desplazamiento probatorio deben mejorar los derechos de acceso a información pública para reducir las preocupaciones tanto de que imputados inocentes sean declarados culpables como resultado de ser atrapados con la guardia baja y que los imputados, con independencia de que realmente poseen bienes ilícitos.

La provisión de un abogado, no sustituye completamente la preocupación que tendrá un imputado frente a la responsabilidad de tener una carga de la prueba y que antes de la elaboración de su teoría del caso ya se le tome como culpable. Aun así, el acceso gratuito a un letrado satisface en parte el derecho de defensa que goza el imputado, por el hecho de ser persona<sup>280</sup>.

## B. Los desafíos que encuentran los imputados en la China de hoy

Mejorar el derecho al acceso a un abogado como un contrapeso a la diluida presunción de inocencia, plantea desafíos especiales en el contexto de China. El derecho a un abogado en China está limitado por la ley y la práctica<sup>281</sup>. Hoy en día, hay una escasez de abogados defensores y, en la minoría de los casos en que se representa al imputado, los importantes retos de actuar como un celoso defensor y el montaje de una defensa eficaz crea la disyuntiva sobre si la elevación del nivel de prueba de parte, podrá generar —como debería ser— una antítesis sólida frente a la acusación del Fiscal, estudios estadísticos en China revelan que<sup>282</sup>: “Aunque no es difícil acceder a un abogado defensor, la mayoría de los acusados no están representados por un abogado durante el juicio... Incluso si la ley china exige que cada imputado sea representado por un abogado, China simplemente no tiene suficientes abogados para manejar todos los casos penales”<sup>283</sup>. Adicionalmente, debido a que el artículo 395, no entra en el ámbito de los delitos para los que pueda haber gratuidad en la asesoría legal, los acusados de cargos de enriquecimiento ilícito deben autofinanciar la asesoría de sus letrados<sup>284</sup>.

En la práctica, la capacidad de los abogados para acceder a los clientes que requieren asistencia y a la información sigue siendo muy restringida<sup>285</sup>. En las reformas sugeridas a la Ley de Enjuiciamiento

279 U.S. Department of Justice, Press Release, Former Bank of China Managers and Their Wives Sentenced for Stealing More Than \$485 Million, Laundering Money Through Las Vegas Casinos, Mayo 6, 2009, <http://www.fbi.gov/lasvegas/press-releases/2009/lv050609.htm>.

280 Cf. Damaška, *supra* nota 239, p. 387 (“Todo lo cual no quiere decir que no hay límites a la adaptación de las demandas de justicia a los contextos específicos. En todas las permutaciones a las que estas demandas pueden ser sometidas, a un núcleo mínimo elusivo, o kernel, no puede ser ignorado sin comprometer las duramente ganadas logros de la civilización”).

281 CPL, *supra* nota 109, art. 34; véase además Borrador del 2011 CPL, *supra* nota 13, art. 34.

282 Véase, Jerome A. Cohen et al., Report of the Mission to China of the Association of the Bar of the City of New York December 6–17, 2009, 48 Colum. J. Transnat'l L. 519, 525–27 (2010) (informar los impedimentos a la labor de los abogados en China); Dui Hua Human Rights Journal, Translation: How “Three Difficulties” of Criminal Defense Became “10 Difficulties” (Feb. 2, 2010), <http://www.duihuahrjournal.org/2011/02/translation-how-three-difficulties-of.html> (traduce y comenta en este artículo sobre las crecientes dificultades de llevar a cabo el trabajo de defensa penal en China).

283 Belkin, *supra* nota 123, p. 104; Véase también, MCCONVILLE, *supra* nota 120, p. 293-94 (informa de que “existen muchos acusados ante el tribunal sin ningún tipo de representación legal”).

284 CPL, *supra* nota 109, art. 34; Véase también Borrador 2011 CPL, *supra* nota 13, art. 34.

285 Véase, v.g., Qin Xudong, Rights of Defendants in Criminal Proceedings: To what extent can suspects defend themselves?, Caixing Online, Feb. 9, 2010, <http://english.caing.com/2010-02-09/100117003.html> (“Las actividades de los abogados bajo la mayoría de condiciones, incluidas las reuniones con su cliente, implica la participación o aprobación del personal de investigación, de acuerdo con la ley.”); Belkin, *supra* nota 123, p. 103 (la crítica de las reformas en 1996, se constituyen con miras a detener el pre-juzgamiento de los jueces a consecuencia de que limitan aún más el acceso de la defensa a la información).

Criminal, varios abogados de la República Popular China hicieron hincapié a los principales desafíos que enfrentan como: tratar de acceder a los archivos de casos, realizar investigaciones, y abogar por sus clientes en la Sala del Tribunal<sup>286</sup>. La revisión de 2007 efectuada a la Ley de Abogados<sup>287</sup> tomó medidas menores para remediar estos problemas, pero las disposiciones más favorables en la Ley para el Acceso a la Información de los Imputados, no son consistentes con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que con frecuencia se ve ponderada en perjuicio del imputado. El Proyecto del CPL 2011 indica modestas mejoras mediante la armonización de disposiciones relativas a las reuniones con los clientes en la Ley de Abogados<sup>288</sup>, dar contenido a los procedimientos para acceder a los expedientes, e indicar claramente que los abogados pueden ser considerados letrados que ofrecerán la carga de la prueba (en comparación con solo la prestación de asistencia jurídica) durante la etapa de investigación<sup>289</sup>. La sugerencia del proyecto de un papel protagónico de la justicia gratuita aumenta las esperanzas de que las revisiones puedan dar lugar a algunos cambios significativos a pesar de que la mayor parte de la Ley, ha permaneciendo inalterada<sup>290</sup>. En términos prácticos, el Proyecto de CPL 2011 reformará algunas partes de las disposiciones actuales de procesamiento penal –más arraigadas al sistema inquisitivo–<sup>291</sup>. Cuando se habla de la capacidad de los sospechosos de tener abogados presentes, el profesor Zhang Jianwei de la Universidad Tsinghua señaló que la realidad judicial no cambiaría, si no existe un reglamento o un mayor presupuesto gubernamental para implementar estos nuevos mecanismos<sup>292</sup>. Más adelante, pidió a las autoridades del Gobierno limitar sus poderes para “medir a un tigre

por su piel” (与虎谋皮) –un proverbio chino para pedir a una persona a actuar contra sus propios intereses–<sup>293</sup>. En cuanto a los proyectos de procesamiento penal, parece que el tigre ha logrado mantener su piel casi intacta.

En algunas áreas del Proyecto de CPL de 2011, donde los derechos de los imputados parecen fortalecerse, hay serias dudas de que estas revisiones se traduzcan en la práctica. Por ejemplo, el abogado de Tian Wenchang pregunta el significado de las disposiciones sobre el acceso a los expedientes, de los casos en que su experiencia personal ha demostrado que las autoridades del gobierno pueden impedir dicho acceso, declarando improcedentes las solicitudes de copias o subiendo excesivamente las tasas para las copias simples y/o certificadas<sup>294</sup>. Por otra parte, respetados tratadistas chinos especializados en el procedimiento penal como Chen Weidong, ven de manera positiva las disposiciones relativas a las reuniones entre abogado y cliente, como indica el Proyecto de la Reforma de 2011<sup>295</sup>, a pesar que es necesario el consentimiento de los investigadores para cumplir la solicitud de entrevista con el defendido, en los delitos graves de cohecho y enriquecimiento ilícito<sup>296</sup>. Es muy necesario que si los abogados deben esperar una aprobación para acceder a la documentación, esta sea conservada en cadena de custodia para que se mantenga sin cambios<sup>297</sup>. El profesor Chen Guangzhong ha criticado que la Ley de Abogados siga con muchas lagunas y esto ocurre porque no se pone la defensa letrada al mismo peso que la parte acusadora representada por fiscal<sup>298</sup>.

Las revisiones del Código de Procedimiento Penal son correctas al, no implantar ningún mecanismo

286 Tian Wenchang & Chen Ruihua (田文昌, 陈瑞华), <中华人民共和国刑事诉讼法>律师建议稿与论证 4-5 (2007).

287 Véase, Lawyer's Law, supra nota 147, arts. 33-34.

288 Véase, 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 37.

289 Véase, id. art. 33.

290 Véase, id. art. 34.

291 Véase, id. art. 38.

292 Chen & Jiao, supra nota 149 (张健伟: “法工委有他的难处, 有一些规定如果写得太进步了, 很有可能最后难以落实, 最后摘掉.”).

293 Id. (张健伟: “现在是“与虎谋皮”式的立法, 要限缩国家机关权力, 首先要经过国家机关同意才行”).

294 Véase, Tian, supra nota 141.

295 Chen & Jiao, supra nota 149 (陈卫东: “草案的规定带来一个重要的变化, 所有的案件都可以请律师了, 这是个前提. 限制会见的只有这三种, 我觉得这是一种进步”).

296 Véase, Borrador 2011 CPL, supra nota 13, art. 37.

297 Véase, id. art. 41.

298 Chen & Jiao, supra nota 149 (陈光中: “草案确实与律师法有差距, 辩方调查取证都要经过批准、同意, 规定得太死, 控辩不平等”).

legal para cambiar la redacción o interpretación del artículo 306 del Código Penal, que somete a los abogados de la responsabilidad penal si se falsifican pruebas o inducen a testigos para cambiar su testimonio<sup>299</sup>. Las condenas previstas en el artículo 306 no son comunes, pero la amenaza de la investigación y el enjuiciamiento, tienen un buen efecto disuasivo preventivo general. Sobre la base de 194 entrevistas con abogados dedicados a defensa penal de China y otros informantes, Sida Liu y Halliday Terence han encontrado que<sup>300</sup>: “el 62% de los encuestados sabía de casos de abogados locales que fueron detenidos o acusados de violar el artículo 306, y el 31% consideró que el artículo afecta sustancialmente su trabajo de defensa penal. Otro 42% informó de que el artículo no tenía un impacto relevante en su trabajo”<sup>301</sup>.

Si por un lado le queda a la parte imputada su derecho a la impugnación, China no separa la culpa y las fases de la pena del juicio, un acusado que mantiene su tesis de inocencia se coloca en una situación precaria, dado que, al mismo tiempo deberá acreditar pruebas que podrán ser usadas en su contra y, las cuales al ser pruebas colectivas no podrán ser retiradas por estrategia procesal. No hace falta decir que esta es una posición difícil de sostener con eficacia, aunque sea por un abogado experto. El Proyecto de CPL 2011 tiene la desventaja potencial de implementar mecanismos en la determinación judicial de la pena, cuando el imputado se acoja a la confesión sincera, podemos observar como la tesis de reforma procesal en China se alinea más a un concepto que parte con la premisa que el imputado es culpable, en lugar de tener la premisa de que es inocente y darle mecanismos efectivos para que en un contexto de igualdad de armas demuestre su inocencia<sup>302</sup>.

En vista de la gran cantidad de retos para plantear una defensa técnica en China, sin duda la inversa responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito es una disposición que tienen problemas en su uso. Si China finalmente procede a regular un derecho expreso al silencio y/o la presunción de inocencia

en el Código de Procedimiento Penal, estos derechos quedarán solo en el papel, y seguirán siendo frágiles en la práctica, sin abogados defensores que puedan exponer las debilidades de la teoría del caso del fiscal, este desafío se amplificará con las disposiciones de responsabilidad inversa de la carga de la prueba.

## V. CONCLUSIONES

Al escribir acerca de la presunción de inocencia en China, en un artículo de 1982, Timoteo Gelatt advirtió: “Los observadores extranjeros harían bien en tener cuidado con la formación de las primeras conclusiones sobre la presunción de inocencia en China, porque la última palabra sobre el tema está lejos de ser dicha”<sup>303</sup>. Treinta años después, seguimos sin conclusiones firmes. Sin embargo, las realidades políticas de la creciente preocupación sobre la corrupción, junto con las restricciones enérgicas al trabajo de la defensa penal indican; al menos en lo que respecta a los delitos de corrupción, que la garantía de la presunción de inocencia no tiene un futuro prometedor en China. Tomando una postura práctica, el enriquecimiento ilícito es un área donde las cifras estadísticas en China diluyen la presunción de inocencia a favor de los funcionarios implicados.

Teniendo en cuenta lo dispuesto sobre responsabilidad inversa en la carga de la prueba hacia el imputado, en el contexto del enriquecimiento ilícito, esta puede desencadenar un argumento que ilustre los horrores de los países que cada vez más reducen poco a poco la presunción de inocencia en nombre de otros valores. Cualquier asignación de flexibilidad debe hacerse con cautela y con franqueza. Si una mayor carga de la prueba se coloca sobre el hombro de la parte imputada, es particularmente importante centrarse en la capacidad del acusado para cumplir con esa carga. En consecuencia, propongo que, si la ley dice que “hay que explicar,” es muy necesario dotar medidas complementarias para proporcionar primeramente un abogado que efectivamente pueda guiar a la parte demandada en el proceso. Si el acusado se ve incapaz

299 Código Penal, supra nota 9, art. 306.

300 Gelatt, supra nota 17, p. 316.

301 Sida Liu & Terence C. Halliday, *Political Liberalism and Political Embeddedness: Understanding Politics in the Work of Chinese Criminal Defense Lawyers*, *Law & Soc’y Rev.* (próximo 2011) (Feb. 8, 2011, borrador p. 10).

302 Véase, Borrador 2011 CPL, supra nota 13, art. 117 (“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时，应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定”).

303 Gelatt, supra nota 107, p. 316.

de cumplir con esta carga, a continuación, el abogado puede cambiar su enfoque –deducir medios técnicos de defensa- para ayudar con el plea bargaining.

Hoy en día, los acusados en China se enfrentan a una tarea de enormes proporciones cuando se trata de convencer al Tribunal que el imputado está entre ese uno por ciento que en realidad será absuelto de los delitos imputados. Este reto es aún más grande cuando el demandado tiene la carga de refutar un elemento del delito. China tras las reformas al Código de Procedimiento Penal presenta una oportunidad

para reconocer este desafío de manera abierta y tomar medidas tanto para mejorar la presunción de inocencia en general, y para proporcionar posibilidades de una defensa más sólida, sobre todo cuando uno es imputado de un delito por el cual la presunción se vio diluida. En cuanto a las revisiones al Código de Procedimiento Penal, que están a punto de ser promulgados como ley, somos de la opinión, que al parecer es el mejor de los modestos pasos hacia la mejora de los derechos de los acusados. Sin embargo, la última palabra sobre la presunción de inocencia en China todavía está lejos de ser dicha.