



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 2.00 x 1.45 m

Año: 2008

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO CONTEXTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL “LAVADO DE ACTIVOS”*

* Este artículo es un fragmento del primer capítulo de la investigación terminada “*El tipo de comisión dolosa de «blanqueo de capitales» (Art. 301 Código penal español). Especial referencia a sus aspectos político-criminales y al bien jurídico tutelado*”, trabajo dirigido por el profesor Dr. JUAN TERRADILLOS BASOCO, y con el cual se obtuvo el título de Doctora en Derecho por la Universidad de Cádiz, el día 7 de noviembre de 2008.

Fecha de recepción: Marzo 24 de 2009

Fecha de aprobación: Mayo 4 de 2009

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO CONTEXTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL “LAVADO DE ACTIVOS”

*Diana Patricia Arias Holguín***

RESUMEN

El artículo trata fundamentalmente de la internacionalización del Derecho penal desde una perspectiva amplia; este fenómeno está estrechamente vinculado con las consecuencias que ha generado la globalización de la economía de orientación neoliberal en diversos ámbitos del contexto social, entre ellos, la política-criminal. Para adentrarse en este tema, la autora se vale de un caso: el «lavado de activos». Respecto a él afirma que las normas supranacionales que lo conforman, consolidan un sistema de represión expansivo y autoritario; este último cuando es trasladado al interior de los ordenamientos nacionales genera importantes tensiones con las garantías y los derechos de libertad adscritos al Estado social y democrático de derecho. Para ilustrar este último aspecto describe someramente las regulaciones de España y Colombia.

Palabras clave: globalización económica, política-criminal, directrices político-criminales supranacionales, Unión Europea, tipos de recogida, tipos de aislamiento, comiso, Estado-nación, Derecho penal de enemigo, Derecho penal simbólico, Derecho penal hiper-efectivo.

INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW AS THE CONTEXT FOR THE CRIMINAL POLICY OF “MONEY LAUNDERING”

ABSTRACT

This article refers primarily to the internationalization of criminal law from a broad perspective. This phenomenon is closely related to the consequences arising from the globalization of neoliberal economic orientation in various areas of social context, including the criminal policy. To venture into this subject, the author uses a case: the “money laundering”, which she asserts that supranational rules that integrate it, build an expansive and authoritarian system of repression when it is transferred to internal national legal systems where it generates significant tensions with the guarantees and the rights of liberty attached to the social and democratic State of Law. To illustrate this last point it briefly describes the legal regulations of Spain and Colombia.

Keywords: economic globalization, criminal policy, supranational criminal policy guidelines, European Union, collection prescripts, isolation prescripts, confiscation, The Nation-State, criminal law for enemies, symbolic criminal law, hyper-effective criminal law.

** Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias y Políticas de la Universidad de Antioquia.

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO CONTEXTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL «LAVADO DE ACTIVOS»

1. INTRODUCCIÓN

Este escrito tiene como objetivo realizar una aproximación a la internacionalización [o mundialización] del Derecho penal, la cual, quizás adquiere unos contornos más precisos bajo la expresión: «Derecho penal de la globalización».

Para el logro del fin propuesto se hará uso del delito de «lavado de activos», en la medida en que se parte de la hipótesis de que su regulación no sólo ejemplifica el rasgo al que se está aludiendo, sino que además permite mostrar que, si bien la internacionalización del Derecho penal se verifica de una manera acuciante en Europa, debido a las particularidades del mercado único, ésta no es privativa de la Unión Europea, dado que se extiende [en algunas materias como por ejemplo, narcotráfico, terrorismo, criminalidad organizada], fuera de ella a otros países, como los latinoamericanos, tan diversos en sus sistemas económicos y sociales respecto del viejo continente¹.

El artículo constará, en primer lugar, de una caracterización general de la internacionalización del Derecho penal; en segundo lugar, abordará el «lavado de activos», describiendo su naturaleza supranacional, para en seguida presentar someramente las regulaciones de España [en menor medida de Alemania] y Colombia. En tercer lugar, mostrará algunas de las consecuencias negativas de tal tendencia; y finalmente, se presentarán unas consideraciones conclusivas.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: PERSPECTIVA GENERAL

Cuando se habla de internacionalización del Derecho penal se alude a aquel modo de producir el derecho en el que las decisiones sobre la conveniencia de incor-

1 Sobre los nombres con los que se designan los comportamientos de legitimación de capitales, M. ABEL SOUTO: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, USC, Santiago de Compostela, 2002, pp. 33-34. Aquí se empleará la locución «lavado de activos»; no obstante, en las citas se respetará la elegida por los autores.

parar al ordenamiento jurídico medidas de naturaleza punitiva tienen una fuente supranacional.

Esto sucede no “(...) sólo en materia de cooperación o colaboración policial o judicial, sino también en materia de derecho sustantivo y procesal. Las razones que subyacen a la adopción de acuerdos en materia penal que traspasa la frontera nacional son de diversa índole, pero en su base está siempre el hecho de que se trata de cuestiones importantes que son comunes a varios Estados”².

En otras palabras, podría decirse que esta internacionalización es el fenómeno mediante el cual las legislaciones, en algunos casos con características antiliberales, se extienden, sobre todo para algunos ámbitos, a otras partes del planeta. La razón que explica tal ampliación, como ya se ha anunciado *supra*, está ligada a uno de los rasgos característicos del actual modelo capitalista, esto es, la globalización³.

Son muchos y diversos los efectos que la globalización produce en todos los ámbitos⁴. Aquí interesa destacar que en el contexto actual la perspectiva del Estado-nación que está estrechamente vinculada con el modelo del Estado social se encuentra en el eje de estas transformaciones. Desde esta perspectiva BERNARDI señala que:

“Es necesario partir del fenómeno de la globalización de la economía, que tiende sobretodo a erosionar inexorablemente la soberanía nacional y a mellar nuestra concepción «sistemática del derecho»; pero tiende además por reacción a estimular la extensión de la competencia nacional, en la tentativa de combatir las formas de criminalidad organizada con carácter transnacional unida al citado fenómeno. Tal extensión, dirigida como decía a perseguir en

2 C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ: “Hacia la internacionalización del Derecho penal”, en AA.VV. *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, coords. I. Berdugo Gómez de la Torre y N. Sanz Mulas, Comares, Granada, 2005, p. 34; quien previamente, p. 33, ha manifestado: “Este fenómeno se está produciendo en niveles distintos y en ámbitos diferentes: por un lado se incrementan las iniciativas legislativas y proliferan convenios internacionales en materia penal por lo que los Estados se obligan con relación a tipos concretos de hechos delictivos, se aprecia una influencia creciente de disposiciones emanadas de la UE en el derecho penal nacional de los Estados, o se establece un catálogo de crímenes internacionales (en el Estatuto de la Corte Penal Internacional); por otro lado se ponen en marcha nuevos tribunales penales en el orden internacional: los de la antigua ex Yugoslavia y Ruanda, o, últimamente, la Corte Penal Internacional”.

3 Esta característica es percibida como una de las nuevas tendencias en materia penal. Así, J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.

4 En cuando a esto, J. E. FARIA: *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 9: “(...) la globalización ha provocado la descentralización y fragmentación del poder, ha cambiado el perfil y la escala de los conflictos, ha vuelto crecientemente ineficaces las normas y los mecanismos procesales tradicionales utilizados por el derecho positivo para dirimirlos o neutralizarlos, ha redefinido el tamaño y, especialmente, las propias funciones del Estado, ha difuminado las líneas delimitadoras entre lo interno y lo externo, ha propiciado modos inéditos de articulación entre esferas locales, microrregionales, nacionales e internacionales, ha redefinido las relaciones entre intereses particulares y la idea del bien común y ha abierto el paso a nuevas formas de acción políticas, nuevos modelos de legalidad y nuevos patrones de legitimidad”.

base a la ley del Estado hechos cometidos fuera del territorio nacional, viene realizada [...] de un modo indirecto y soterrado (por ejemplo, previendo la posibilidad de que la autoridad judicial pueda sujetar a las penas previstas para el blanqueo, o para los delitos de carácter societario, comportamientos que presuponen la comisión de hechos considerados penalmente relevantes en base al ordenamiento nacional dentro de la cual actúa la autoridad, pero al mismo tiempo, son considerados lícitos según la ley del lugar en el cual se han cometido (...)).⁵

Ahora bien, una de las consecuencias que se derivan de esta internacionalización -no sólo para el contexto europeo-, es que ésta impone una homogenización normativa de las medidas penales que se emprenden para erradicar la criminalidad que está en el centro de los temores supranacionales, dentro de las que se encuentra, el «lavado de activos»⁶.

Frente a tal pretensión de unificación legislativa se erige como un obstáculo la contraposición de los órdenes penales sustantivos y procesales de los países que recepcionan tales iniciativas; una de las razones que explican tal situación, se halla en la diversidad que ostentan los Estados en cuanto al sistema de garantías que se incorporan en las Constituciones.

La dificultad de tal tarea se explica si se repara en que el afán de eficacia que inspira el diseño de las medidas internacionales en materia, por ejemplo, de narcotráfico, de criminalidad organizada, de terrorismo y de «lavado de activos», impide que las iniciativas que se recomiendan alcancen un suficiente grado de compatibilidad con sistemas de garantías exigentes, posiblemente adoptados en los ordenamientos que las adoptan⁷.

Un ejemplo de lo que se acaba de decir, se encuentra en las siguientes consideraciones de MORALES GARCÍA, a propósito de la cesión de garantías a las autoridades administrativas en el uso de la tecnología para acceder a datos reservados, en el contexto de una investigación criminal; la susodicha cesión fue planteada en el

5 Al respecto A. BERNARDI: “El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 8, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, pp. 14-15; J. A. BRANDARIZ GARCÍA: “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en AA. VV. *Derecho penal de exclusión. Terrorismo e inmigración*, dir. P. Faraldo Cabana, coords. L. M. Puente Aba y E. M. Souto de García, Tirant lo Blanch-Universidade da Coruña, Valencia, 2007, p. 144.

6 En cuanto a esto, S. SEMINARA: “La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea”, en AA. VV. *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004, p. 274: “El objetivo de una homogeneidad en la previsión de los hechos punibles y de las respectivas sanciones [...] es hoy particularmente advertido en el Derecho penal económico [...] como consecuencia de la globalización de la economía [...]. Dentro de esta perspectiva, [...], la reflexión puede asumir como casos paradigmáticos los delitos de insider trading y de blanqueo de capitales”.

7 En esta dirección, A. BERNARDI: “El Derecho penal...”, citado, pp. 16-17.

borrador de la Propuesta del Consejo de Europa de 27 de abril de 2000 [el cual es previo y fuente del Convenio del Consejo de Europa sobre el Cybercrimen, abierto a la firma de países por fuera del Consejo de Europa]:

“La Unión Europea, [...], sintetizó su preocupación en torno a la participación en la Convención de países ajenos al Consejo de Europa [indicando entre otros, a Estados Unidos, Australia y Japón] y, por lo tanto a su tradición jurídica; así, mientras los países pertenecientes a la Unión Europea, traspusieron a su Derecho interno las diversas Directivas emanadas del Parlamento sobre la tutela de datos personales, e incluso los países pertenecientes al órbita (sic) del Consejo de Europa han debido asumir la política inherente a las Recomendaciones sobre la misma materia, los Estados ajenos a la UE o al Consejo de Europa no se encuentran vinculados a dicha normativa. De ahí que amén de la evidente diversidad filosófica en la tutela de datos personales existente entre Europa y Estados Unidos, nos encontremos ahora con la posibilidad de que cada Estado ofrezca a los datos personales obtenidos en un país de la Unión o el Consejo en el curso de una investigación criminal, una tutela jurídica muy inferior a la exigida en aquellos contornos territoriales, rompiéndose así la pretensión armonizadora y dejando a la legislación doméstica la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales”⁸.

Lo anterior no sería un dato tan alarmante si no fuera por el hecho de que estas políticas, que se gestan en la comunidad internacional, y que pueden poner en riesgo el arsenal de garantías dispuesto en los ordenamientos, tienden a imponerse, ya sea porque dejan poco margen al legislador «nacional» para adaptarlas a las exigencias constitucionales, o porque simplemente éste las introduce sin oponer mayor resistencia. Como consecuencia de este condicionamiento, la incorporación de estas normas puede estar inspirada en afanes distintos a los que suelen justificar la producción legislativa en el contexto del Estado de Derecho.

En efecto, la introducción de las políticas legislativas supranacionales a las que se ha aludido, no siempre supone la asunción voluntaria por parte de los Estados, sino que en ocasiones responde a la inconveniencia [o incapacidad] de resistir que tienen éstos frente a esas iniciativas internacionales.

Así, por ejemplo, en Europa la primera Directiva [91/308/CEE de 10 de junio de 1991] que aludió a una regulación expresa del «lavado de activos», estuvo originada en la necesidad de cumplir un compromiso internacional para evitar, asimismo, una consecuencia financiera de naturaleza negativa. En este sentido, FABIÁN CAPARRÓS:

8 O. MORALES GARCÍA: “Seguridad en las redes telemáticas de comunicaciones. La tensión libertad *versus* control en la política criminal internacional”, en AA.VV. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, coords. C. da Agra/ J.L. Domínguez/ J.A. García Amado/ P. Hebberecht/ A. Recanses, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 141-142.

“A tenor de las afirmaciones de Pablo Bieger [«El nuevo Reglamento de la Ley de prevención del blanqueo de capitales», trabajo presentado con ocasión del Seminario organizado en Madrid por *Enfoque XXI* el 26 de septiembre de 1995, pp. 6-7], la Directiva 91/308/CEE fue aprobada como consecuencia de las presiones ejercidas por los Estados Unidos. Según parece, a finales de los años 80, la Administración de aquel país promovió una reforma legal interna conforme a la cual todas las entidades financieras que operaran en los Estados Unidos -con independencia de cuál fuera la nacionalidad o cuál el Estado en el que se realizaren- quedarían obligadas a comunicar a las autoridades norteamericanas -del mismo modo que ya lo estaban las domésticas- la ejecución de cualquier transacción en dólares cuyo importe excediera de 10.000, bajo amenaza de retirada de la licencia para operar en los Estados Unidos. Ante esta preocupante situación, la Comunidad Europea se vio obligada a emprender acciones diplomáticas, fruto de las cuales fue la retirada del proyecto norteamericano a cambio de la aprobación de la Directiva que ahora se comenta”⁹.

Pero incluso, y trascendiendo el continente Europeo, los mecanismos de evaluación acerca de la implementación de las recomendaciones del GAFI¹⁰, dan cuenta de la escasa capacidad que tienen los Estados para resistir a la incorporación de las normas relativas al «lavado de activos»¹¹.

Estas realidades permiten afirmar que la libertad para la introducción de las iniciativas anti-lavado de activos está en unos casos, condicionada y en otros, claramente recortada.

Parece ir en una dirección distinta MATUS ACUÑA, quien estima que: “(...) más allá de la existencia de fuertes intereses económicos en el origen de estas reglas, de burocracias internacionales dependientes [...] las convenciones que regulan los

9 E. A. FABIÁN CAPARRÓS: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, nota al pie 128, pp. 204-205.

10 Grupo de Acción Financiera Internacional.

11 Así pues, ilustran sobre los sistemas de evaluación del GAFI, las siguientes consideraciones, FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS [FELEBAN], en: <http://www.latinbanking.com>: “Cuando se encuentra que un país no cumple con las *Cuarenta Recomendaciones*, el GAFI aplica una serie de medidas, entre ellas, la de declararlo país no cooperante y así presionarlo para que haga más estricto su sistema contra el lavado de dinero. Como primera medida, el miembro que no cumpla las recomendaciones debe presentar un informe de progreso en la siguiente reunión plenaria del GAFI. Si se requieren medidas subsiguientes, el Presidente del GAFI le envía a ese país una carta o misión de alto nivel. Además el GAFI puede emitir una declaración, requiriendo a las instituciones financieras prestar atención especial a las relaciones y transacciones comerciales con individuos, compañías e instituciones financieras con sede en el país que no cumple. Como medida de última instancia, puede suspenderse la condición de miembro del GAFI. Con el fin de reducir la vulnerabilidad del sistema financiero y asegurarse que todos los Centros Financieros adopten e implementen medidas para la prevención, detección y represión del delito del lavado de activos, el GAFI elabora desde febrero de 2000 una lista negra de *Países y Territorios No Cooperantes (NCCT's)* en las que refleja aquellas jurisdicciones cuya conducta impide la cooperación internacional, ya sea por carecer de normas suficientes con base en las *Cuarenta Recomendaciones*, o falta de aplicación de las existentes”.

delitos de trascendencia internacional -sujetas al procedimiento de ratificación y, por tanto, ajenas a la crítica de falta de legitimidad democrática de que son objeto organismos supranacionales como la Comisión Europea- parecen comprender un conjunto de hechos que según los Estados parte son merecedores de pena en su propio ordenamiento interno (...).¹²

En cuanto a esto se puede mencionar en primer lugar que son esos intereses económicos que están en el origen de estas reglas los que impiden sostener, al menos con carácter general, la libertad incondicionada de todos los Estados para intervenir en el proceso de ratificación de los tratados supranacionales¹³.

Tampoco puede afirmarse que ella exista plenamente en la determinación del «cómo» realizar el proceso de implementación de las demandas internacionales; pese a las cláusulas que se suelen incorporar en los tratados y convenciones internacionales, relativas a que la trasposición de esas medidas se realice bajo las condiciones de los respectivos ordenamientos jurídicos.

Justamente, en esta dirección MERCADO PACHECO, señala que es urgente paliar la ausencia de un verdadero proceso democrático en la formulación de las políticas y de las “(...) opciones de política exterior del Estado. Bien es cierto que siempre quedaría el expediente de la ratificación del Parlamento de los tratados internacionales (a menudo convertido en un trámite formal), pero la intervención final de los órganos representativos es a todas luces insuficiente, si no se introducen formas institucionales constantes de consulta y participación en los procesos previos a la toma de decisiones”¹⁴.

12 P. MATUS ACUÑA: “La política criminal de los tratados internacionales”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, n° 19, Legis, Bogotá, 2007, p. 96.

13 Piénsese por ejemplo en los problemas que podría suscitar que un país como Colombia se abstuviera de suscribir los tratados supranacionales que se diseñan para combatir el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Tal actitud, sin duda, generaría fuertes presiones económicas. Otro caso puede ser la aplicación de la «Lista Clinton», que ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, así la Sentencia T-468/03 en la que se reconoce la incapacidad que tiene dicha corporación para exigir la tutela de los derechos fundamentales vulnerados a las personas incluidas en dicha lista; esta imposibilidad se fundamenta en el hecho de que el menoscabo se produce por aplicación de la Orden Ejecutiva n° 12.978, proferida por el presidente de los EE. UU, frente a la cual no puede hacerse control jurisdiccional en Colombia. Por otra parte, la perspectiva que se viene defendiendo coincide con lo planteado por A. NIETO MARTÍN: “¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”, en *RP*, n° 19, La Ley, Madrid, 2007, p. 121, cuando sostiene: “Si hacemos arqueología legislativa, y examinamos el origen de las normativas comunes [incluyendo a la UE], veremos que tras ellas se encuentran directrices de política jurídica que nacen de los EEUU y desde allí se extienden al resto del mundo. No existe un intercambio libre de «soluciones jurídicas» entre los distintos ordenamientos que conforman la comunidad internacional, sino una aproximación de todos ellos al sistema imperante de los Estados Unidos”.

14 P. MERCADO PACHECO: “Estado y Globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 9 (2005), ed. y trad. M. Cancio Melià, Universidad Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 146.

Partiendo de allí habrá que aceptar que en todo caso el proceso de internacionalización del Derecho penal que se vislumbra en el ámbito supranacional extracomunitario desde un punto de vista jurídico-formal es menos explícito que el que se realiza en el contexto europeo. Esto no significa que estas iniciativas carezcan por completo de capacidad de condicionamiento de la política-criminal de los Estados parte. En este caso, la experiencia del «lavado de activos» puede dar cuenta de ello¹⁵.

Precisamente, en este aspecto, conviene no perder de vista que el proceso de globalización “(...) parece imposible sin establecer relaciones de dominación o sin dictar unas pautas homogenizadoras impuestas por aquellos (Estados, empresas, «lobbys»...) que disponen de mayor poder coactivo. En otras palabras, existen globalizadores que imponen sus criterios, y, globalizados que no tienen otra opción que aceptarlos. Tal vez el espacio ha cambiado pero no la relación de dominación”¹⁶.

En segundo lugar, es cierto que la política-criminal del nivel nacional puede coincidir y de hecho coincide en muchas ocasiones con la supranacional y que alrededor de la lucha contra el crimen se viene forjando un consenso en torno al privilegio de la eficacia en detrimento de las garantías pero esto no resta validez a la afirmación que se ha realizado aquí, siempre que no se pierda de vista que en caso de que tales políticas no coincidieran podrían activarse mecanismos de presión¹⁷.

15 J. VOGEL: “Derecho penal y globalización”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 9 (2005), ed. y trad. M. Cancio Melià, Universidad Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 117, afirma: “(...) la interlegalidad, es el fenómeno clave del Derecho penal de la globalización. Conduce a nuevos agentes, formas, orientaciones y contenidos de la legislación penal. Forman parte de los nuevos agentes, [...], organizaciones inter y supranacionales como las Naciones Unidas y la Unión Europea. En el marco de las Naciones Unidas, cada vez son más las convenciones que se elaboran con el objeto de una armonización (mínima) global del Derecho penal, con frecuencia, también una expansión del Derecho penal a ámbitos nuevos. Bajo el concepto director «espacio de la libertad, de la seguridad y del Derecho», la Unión Europea está armonizando importantes sectores de la Parte Especial (...)”

16 A. RECASENS I BRUNET: “Globalización, riesgo y seguridad: El continuóse de lo que alguien Empezóse”, en AA.VV *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, coords. C. da Agra, J. L. Domínguez, J. A. García Amado, P. Hebberecht, A. Recanses, Atelier, 2003, p. 367.

17 En cuanto a las tendencias político-criminales actuales, A. DE GIORGI: *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, trads. J. A. Brandariz García y H. Bouvier, Traficante de Sueños, Madrid, 2006, nota al pie 32, p. 76: “(...) la desregulación económica y la hiper-regulación penal van de la mano: la falta de inversión social implica el aumento de inversión a nivel carcelario, que representa el único instrumento en grado de hacer frente al trastorno suscitado por el desmantelamiento del Estado social y por la generación de inseguridad material que inevitablemente se difunde entre los grupos sociales colocados en las posiciones más bajas de la escala social”; señalando, pp. 128-129, que: “Estas son por lo tanto, las coordenadas de la nueva estrategia represiva euro-americana que ha funcionado como trasfondo de la transición que va del fordismo al postfordismo y del «Estado social» al «Estado penal»”.

3. EL «BLANQUEO DE CAPITALES» Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

3.1 Configuración supranacional del «lavado de activos»

Al detenerse en el ejemplo que brinda el «lavado de activos» se puede decir que es una premisa obligada cuando se trata de analizarlo desde cualquier ordenamiento jurídico, afirmar que éste constituye un fenómeno de carácter transnacional en dos sentidos:

El primero, radica en que está vinculado con una criminalidad que se aprovecha de la liberalización financiera para poner a circular la riqueza obtenida con la ejecución organizada de conductas delictivas¹⁸. En esta primera perspectiva se destacarían en consecuencia los vínculos entre este delito, la criminalidad económica organizada y la criminalidad organizada en general, e, indirectamente, el terrorismo¹⁹.

El segundo sentido, ligado estrechamente con el anterior, es que como ya se ha expuesto, ante el desarrollo de esta criminalidad transnacional se proclama que debe ensayarse una respuesta de la misma naturaleza; esto si se quiere tener algún grado de eficacia²⁰.

En consecuencia, la configuración de medidas eficaces para la reducción, se realiza en un contexto que excede a los Estados nacionales; concretamente, este delito se introduce dentro de los códigos penales de los Estados para responder a las demandas de la comunidad internacional frente a la lucha contra las drogas²¹.

En su origen, éste estaba tan ligado a la delincuencia de drogas que se llegó a afirmar que “(...) pese a la tardía respuesta jurídico-penal a los comportamientos de esta naturaleza, es una realidad constatada que el tráfico ilegal de drogas y el blanqueo de dinero procedente del mismo son las dos caras de una misma moneda, son dos actividades indisolublemente ligadas”²².

18 V. MANES: “Il riciclaggio dei provente illeciti: Teoria e prassi dell'intervento penale”, en *DPdE*, n° 50, anno XVII, Cedam, 2004, p. 37.

19 L. FEROLA: *Il riciclaggio dei provente illeciti nel diritto internazionale*, AG, Milano, 2005, pp. 2-5.

20 En torno a ello, entre otros, M. GUTIÉRREZ FRANCÉS: “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional”, en AA. VV. *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción Europa*, vol. II, ed. J. C. Ferré Olivé, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 199 y ss.

21 En este sentido, F. E. TOUMI: “Legitimidad, lavado de activos y divisas, drogas ilegales y corrupción en Colombia”, en AA.VV. *Ensayos sobre teoría económica*, comp. R. Alameda Ospina, Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Bogotá, 1999, pp. 299-300.

22 J. A. ZARAGOZA AGUADO: “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos, su investigación”, en AA. VV. *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria, CDJ*, dir. A. Martínez Arrieta, CGPJ, Madrid, 1994, p. 109.

La respuesta que a través del «lavado de activos» se pretendía ensayar frente al narcotráfico, estaba destinada a impedir el provecho de los beneficios generados en el desarrollo de esta actividad, con la finalidad de hacer poco rentable su comisión²³.

Justamente ahí se encuentra una razón para explicar la extensión del «lavado de activos» hasta alcanzar a la criminalidad organizada en general, incluyendo, como se ha expuesto, al terrorismo.

Anunciar que el interés supranacional por regular el «lavado de activos» se fraguó a la vera de la respuesta a la criminalidad de las drogas, no sólo tiene relevancia desde un punto de vista histórico, sino que resulta fundamental para el objetivo de encontrar explicaciones al hecho de que las medidas anti-lavado, una vez incorporadas a los ordenamientos jurídicos, entren en tensión con muchos de los principios que, como el de certeza o determinación, constituyen una garantía ineludible para los ciudadanos frente al *ius puniendi*.

En otras palabras, la configuración supranacional del «lavado de activos» y de las medidas que pretenden reducirlo, se caracteriza, precisamente, por la flexibilización y desformalización de las reglas de imputación y de los principios garantistas. Y eso explica por qué, cuando se empieza el análisis de este delito desde un ordenamiento jurídico determinado, se encuentran grandes dificultades para darle una solución racional a los problemas de injusto, como la autoría y participación, e incluso para la delimitación misma del bien jurídico tutelado.

Estas objeciones sin duda pueden realizarse en países tan distintos como son Alemania, España y Colombia, dado que sus legislaciones serán muy similares porque todas responden a las mismas demandas internacionales²⁴.

Lo anterior no es un dato irrelevante si no se pasa por alto que la producción normativa, en términos de necesidad y conveniencia, y sobre todo, los efectos que produce su aplicación, está condicionada por el contexto económico y social de los distintos países que aplican las legislaciones inspiradas en las iniciativas internacionales que se vienen mencionando.

En este punto, TERRADILLOS BASOCO, expone que un proceso de criminalización que es “(...) ejercicio de poder, desigualmente distribuido en los diversos merca-

23 En cuanto a las medidas de intolerancia frente a la acumulación de capital ilícito A. MANGIONE: “Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui resenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, AG, Milano, 2000, p. 1105.

24 Refiriéndose a la regulación alemana, F. HERZOG: “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo -Perspectivas más allá del Derecho penal-”, en AA. VV. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003, p. 255.

dos, no puede responder a pautas únicas, ni puede aceptarse como “natural”, sino como fruto de una decisión artificial en que se manifiesta la desigual distribución del poder de definición. La lucha contra el lavado de dinero puede criminalizarse en términos muy semejantes en el norte europeo y en Latinoamérica. Pero con toda seguridad, se perseguirá de modo distinto (...)”²⁵.

Por otro lado, la conformación supranacional de esta figura delictiva se ha realizado en gran medida a través del diseño de tratados internacionales, en el contexto de la cooperación interestatal. Estos instrumentos son múltiples, variados y se crean a gran velocidad.

No obstante, se puede decir que tienen mayor relevancia en la configuración del sistema de regulación de este delito, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 y las Cuarenta Recomendaciones del GAFI con sus posteriores actualizaciones y adiciones, entre las que se destacan las Ocho Recomendaciones Especiales para la lucha contra el terrorismo que fueron expedidas después del ataque a las torres gemelas²⁶.

Al compás de estas dos iniciativas internacionales se han delimitado los ámbitos de intervención de las normas anti-lavado; los cuales son objeto de sofisticación, expansión, y reiteración por parte de los demás instrumentos; véanse, el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito de 1990, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, etc.

25 J. M. TERRADILLOS BASOCO: “El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en AA. VV. *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, coord. J. R. Capella Hernández, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 203-204. También, W. PERRON: “¿Son superables las fronteras nacionales del Derecho penal? reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal”, en *RDPC*, 2º época, nº 2, UNED, Madrid, 1998, p. 218: “Bien es verdad que existe amplia coincidencia entre casi todas las sociedades con relación a un ámbito nuclear de comportamientos individual y socialmente dañinos: asesinato, lesiones corporales, hurto, estafa [...]. Pero, en otros ámbitos, se acusan importantes diferencias en base a las divergentes circunstancias culturales, sociales o geográficas [...]. En tales casos de situaciones de partida divergentes, no parece oportuna una unificación de las regulaciones jurídicas aún cuando sea pretendida por motivos políticos. Por citar un ejemplo, en un Congreso Internacional de Derecho penal relativo a estupefacientes, provocó hace algunos años gran sorpresa la constatación de que los procesos penales vigentes en Alemania, cuya estructura y contenido están ajustados a las necesidades de un país consumista económicamente próspero, rigen de forma completamente análoga no sólo en el resto de los Estados de la Europa Occidental y en los Estados Unidos de América, sino, entre otros, también en los países agrícolas de América Latina, en los que no existe hasta ahora un consumo y abuso de drogas equiparable. Las causas de esta legislación en el vacío son las correspondientes Convenciones de la ONU que también han sido firmadas por estos países y transformadas en Derecho nacional”.

26 Sobre ellas, C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 109.

En concreto, los sectores de regulación en el contexto supranacional son el financiero y el punitivo²⁷. En el ámbito financiero, se interviene mediante la imposición de amplias obligaciones de recolección de información, de comunicación, de colaboración, etc., a los empleados bancarios y demás entidades financieras; extendiéndose las tareas impuestas en este sector hasta alcanzar a otros profesionales²⁸.

Dentro del punitivo, se dispone la criminalización de conductas relativas al «lavado de activos»; la criminalización de las personas jurídicas; la extensión del comiso, embargo e incautación de bienes; la flexibilización de los presupuestos para su imposición; la implementación de las nuevas técnicas de investigación [investigadores encubiertos y/o agentes provocadores, las técnicas de escuchas, etc.]; la incorporación del principio de universalidad de la intervención punitiva [mediante la adopción de medidas de extraterritorialidad de la ley penal]; la cooperación inter-estatal en materia de investigación de los delitos, del comiso, embargo e incautación de bienes y de los procedimientos de extradición²⁹.

En el ámbito transnacional, cuando se trata de la criminalización de conductas se recomienda la creación de tipos penales dirigidos a impedir cualquier uso o goce de los beneficios del delito mediante su inclusión en el tráfico económico. Esto se

27 En este sentido, sobre la política-criminal contra la criminalidad organizada, A. MANGIONE: “Mercati finanziari e criminalità organizzata...”, citado, p. 1106, expone: “(...) surge con suficiente claridad una opción de política criminal que se articula a lo largo de una triple directiva: a) la primera de tipo preventivo, enteramente confiada a la legislación complementaria o de sectores, de naturaleza extrapenal, que actúa sobre los requisitos subjetivos de los operadores, sobre la actividad y sobre las formas organizativas de la misma, así como sobre la estructura del mercado bancario y financiero; b) la segunda de tipo represivo, encomendada a un número más o menos amplio de tipos penales [...] c) la tercera, finalmente, [...] centrada sobre el recurso a sanciones patrimoniales (...)”.

28 Los vínculos entre el «lavado de activos», la criminalidad organizada, el terrorismo, etc., y a su vez la instrumentalización del sistema financiero para su comisión han puesto en el centro de la lucha «eficaz» contra este injusto a los ciudadanos que por su rol tienen más posibilidades de obtener información económica de los participantes en el mercado. La evolución de estos deberes ha llegado a un punto en el cual a sus destinatarios se les termina imponiendo tareas de investigación que al mismo tiempo resultan condicionadas por verdaderas presunciones de sospecha. La expansión que han ido experimentando estas cargas, tanto en cuanto a sus titulares como a su contenido y carácter vinculante, ha implicado el levantamiento del secreto bancario, con las consiguientes consecuencias para el derecho a la intimidad de las personas, sobre todo porque no se ha regulado de manera tal que sea nítida la tutela a los ciudadanos inocentes aunque sospechosos. Adicionalmente, se ha operado la flexibilización del secreto profesional, que en el caso de los abogados resulta especialmente preocupante, en la medida en que estas iniciativas pueden ser en este aspecto más riesgosas para los derechos fundamentales dada la importancia que representa en el Estado de Derecho la asistencia de estos profesionales en el espacio pre-procesal y por supuesto, en el caso de un procesamiento. En cuanto a estas cuestiones, entre otros, R. M. MULLERAT BALMAÑA: “Confidente o Cancerbero (Algunas consideraciones sobre el secreto profesional del abogado), en *La Ley*, tomo 3, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2003, pp. 1454-1456.

29 Estos aspectos son denominados por J. P. MATUS ACUÑA: “La política criminal...”, citado, p. 79, como aspectos típicamente abordados en un tratado que configura delitos de trascendencia internacional.

pretende alcanzar adelantando las barreras de intervención penal, de manera que se abarque a la mayoría de conductas posibles.

Los mecanismos que se emplean para obtener la represión de un gran número de comportamientos son, en primer lugar, establecer la prohibición de una manera abierta e indeterminada, y en segundo lugar, ampliar el catálogo de los delitos subyacentes a este ilícito. En otras palabras, en la indeterminación de lo prohibido y en la extensión de la lista de los delitos de referencia descansa la estrategia para impedir que ninguna acción, por ínfima que sea, quede impune.

En este sentido, la Convención de Viena de 1988, estableció la pauta que han seguido, no sólo los tratados e iniciativas internacionales posteriores, sino además los países que han incorporado uno o varios tipos penales para regular el «lavado de activos». Allí se propone la punición tanto de los actos preparatorios de la conversión, transferencia, ocultación o encubrimiento de bienes o efectos originados en el delito, como la de actos preparatorios de actos preparatorios, y la participación en esos mismos actos, etc.³⁰

3.2 Configuración nacional del «blanqueo de capitales: España y Colombia

En este artículo se tratarán únicamente algunos temas relativos a la criminalización de las conductas del sistema de regulación del «lavado de activos»; dejando para otro lugar el análisis de otros aspectos relevantes como es la imposición de deberes policiales a los ciudadanos que por su rol en el sistema económico pueden proporcionar datos económicos de las personas, así como la penalización de los actos de recepción de honorarios pagados con dinero de origen delictivo...

Ahora bien, en cuanto al aspecto que se abordará aquí, recuérdese que en las iniciativas supranacionales mencionadas, se expresa la intención de que los Estados creen, en sus respectivos ordenamientos, un tipo penal que abarque el mayor número de conductas posibles; y esto sólo se logra, valga la reiteración, expresando la prohibición de una manera abierta.

Este mandato de amplitud dirigido desde el ámbito internacional, se cumple en el art. 301.1 y 2 del Código penal español³¹; cuestión que se ve agravada, cuando me-

30 J. L. DIEZ RIPOLLÉS: "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 46, Edersa, Madrid, 1992, p. 78.

31 El art. 301, dispone: "1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen en un delito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias

dante la Ley Orgánica 15/2003, se aumenta el catálogo de los delitos subyacentes al «lavado de activos» para abarcar a todos los delitos. La mencionada laxitud en la descripción de las prohibiciones en el precepto español genera diversas consecuencias, algunas de las cuales son:

En primer lugar, estando ante un tipo penal que describe la prohibición sin unos contornos precisos [especialmente en cuanto a las conductas del art. 301.1 del Código penal español], es apenas obvio que el ámbito de protección de la norma se amplíe hasta el punto de que sea posible subsumir en los tipos penales, actos diversos en su lesividad pero a los que se responde con la misma pena.

Este quebrantamiento del mandato de determinación en los tipos penales de «lavado de activos» es un rasgo que la doctrina destaca de manera generalizada; cuestión que se enfatiza especialmente respecto a la fórmula «(...) o realice cualquier otro acto (...)» que el legislador español incluyó en la descripción de la conducta típica³².

Con relación a ella se afirma que el propio precepto emplea una fórmula desproporcionadamente “(...) general para penalizar la realización de «cualquier otro acto» sobre los bienes que integran el objeto material del delito. De este modo las acciones de «adquirir», «convertir» o «transferir» se ven obligadas a abandonar gran parte de su significado, quedando reducidas a la categoría de simples ejemplos [...], subsumibles, en cualquier caso, bajo esa suerte de agujero negro, capaz de devorar cualquier conducta que a él se aproxime”³³.

En segundo lugar, se presenta el menoscabo de otros principios y derechos como por ejemplo los de bien jurídico, lesividad y defensa que dependen de una taxativa descripción de la prohibición.

personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuere temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este código. 2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos. 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa de tanto al triple (...).”

32 Por todos, R. Ragués I Vallés: “Blanqueo de capitales y negocios estándar”, en AA. VV. *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 129.

33 E. A. FABIÁN CAPARRÓS: *El delito...*, citado, pp. 378-382.

En este sentido y en cuanto al derecho mencionado cabe decir sucintamente, apelando a FERRAJOLI, que “es obvio que el presupuesto epistemológico de la defensa-como del resto de la prueba- es la taxatividad y materialidad del tipo penal: las hipótesis acusatorias, [...], deben consistir en aserciones empíricas que afirmen la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley (...)”³⁴.

En Colombia, la descripción típica del «lavado de activos», art. 323 del Código penal³⁵, es similar a la regulación española, aunque está referida a una lista taxativa de delitos que, no obstante, en la práctica, dada no sólo su extensión sino la inclusión indirecta de otros numerosos ilícitos [mediante la referencia al delito de enriquecimiento ilícito de particular o la relativa a los delitos que sean objeto de concierto para delinquir] abarca prácticamente a todos los delitos.

Conforme a ello, en el ordenamiento colombiano, la vinculación del «lavado de activos» a unos determinados delitos no constituye límite alguno a la amplitud del tipo penal, por lo que la mencionada demanda internacional está plenamente satisfecha³⁶; por esto, la objeción, en torno al mandato de determinación realizada al art. 301 Código penal español, es oponible, también, al art. 323 Código penal³⁷.

A este balance hay que agregar enseguida que una estrategia legislativa como la descrita termina dejando decisiones importantes -que han sido tradicionalmente privativas del legislador- a los operadores jurídicos.

34 L. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 613- 614.

35 Art. 323. Modificado por el art. 8 de la Ley 747 de 2002, el art. 14 de la Ley 890 de 2004 y el art. 17 de la Ley 1121/2006: “El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de ocho (8) a veintidós (22) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes (...)”.

36 En todo caso, el sistema de delitos subyacentes al «lavado de activos», adoptado en el ordenamiento jurídico colombiano está incluido como uno de los admisibles en las iniciativas internacionales. Por todos, *Vid.* GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, www.gafisud.org, p. 4.

37 Es indicativa de que tal objeción también procede frente al precepto colombiano, la siguiente afirmación de H. HERNÁNDEZ QUINTERO: *El lavado de activos*, 3ª edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, pp. 135 y 136, quien refiriéndose a la entrada en vigencia del Código Penal colombiano de 2000 y en concreto al art. 323 del Código Penal, expone: “(...) se reitera el criterio de la norma anterior de que el lavado de activos se tipifica cuando se “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. Siempre hemos considerado que esta expresión resulta suficiente para englobar todos los comportamientos a que se refieren los verbos rectores utilizados en el tipo penal analizado”.

Concretamente, estando ante normas creadas con una defectuosa técnica legislativa, y que no satisfacen los estándares mínimos de taxatividad y determinación, se deja un apreciable espacio de incertidumbre para la interpretación y aplicación de los tipos penales con las correspondientes amenazas para la igualdad y la seguridad jurídica³⁸.

Sumado a ello, en las iniciativas internacionales se reitera la necesidad de relajar, para los efectos de eficacia preventiva y facilitación probatoria, los presupuestos de la prueba del conocimiento del origen ilícito de los bienes en el supuesto del delito de «lavado de activos»³⁹. Adscribiéndose tal tendencia a esa marcada intolerancia frente a las situaciones patrimoniales delictivamente conformadas.

Por eso no es extraño que se encuentren en el debate concepciones como aquella que estima que este ilícito es un tipo dirigido a cumplir fundamentalmente funciones en cuanto a la confiscación de bienes. Desde esta perspectiva, según CHOCLÁN MONTALVO, el delito de «lavado de activos» cumple dos funciones:

En primer lugar, la sanción de maniobras de ocultación del origen ilícito de los bienes que impiden la aplicación del comiso y la confiscación. En segundo lugar, “servir de tipo de recogida cuando no se puede probar la vinculación de los bienes con el hecho concreto que se enjuicia y del que es imputado el autor (...)”⁴⁰.

De estas dos funciones, a los efectos de este apartado interesa destacar la segunda, esto es, la percepción de este ilícito como tipo de recogida. Cuestión que es expuesta por el autor como eminentemente práctica y consistente en que la condena por «lavado de activos» permitiría superar las “(...) habituales dificultades probatorias inmanentes al proceso penal, [...] [cuando] no exista prueba suficiente de que el concreto hecho que se imputa al acusado sea el origen de los bienes o el patrimonio puesto de manifiesto durante la investigación”⁴¹.

La función del «lavado de activos» como un tipo dirigido a facilitar la confiscación de bienes, podría advertirse en la regulación colombiana cuando se señala en el art.

38 En este sentido, M. GASCÓN ABELLÁN: “El imperio de la Ley. Motivos para el desencanto”, en *JD*, nº 39, Madrid, 1998, p. 34: “(...) es evidente que la superproducción de leyes disminuye también la posibilidad de su formación esmerada y ponderada, y propicia, por el contrario, la creación de leyes confusas, ambiguas, farragosas, y en este sentido irracionales, lo que alimenta también la falta de certeza y con ello la primera condición de la justicia”. Asimismo, M. DONINI: “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, nº 19, Legis, Bogotá, 2007, p. 70; K. VOLK: *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 1998, pp. 202-203.

39 Por todos, *Vid.* GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Las Cuarenta...*, citado, p. 4.

40 J. A. CHOCLÁN MONTALVO: *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dickinson, Madrid, 2001, p. 81.

41 J. A. CHOCLÁN MONTALVO: *El patrimonio criminal...*, citado, p. 82.

323 Código penal, que la misma pena, esto es, ocho a veintidós años, “se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada”.

Así pues, el «lavado de activos» es una figura delictiva que mediante la pena más drástica de la que se dispone en un sistema social, ayuda a la localización de los bienes para efectos confiscatorios, y, también, a la condena de quienes están relacionados con capitales de los que se presume un origen delictivo; esto último, pese a que no exista certeza ni sobre la fuente de los bienes, ni su relación con los inculcados.

Este estado de cosas permite afirmar al igual que lo hace MANES respecto al ordenamiento italiano que:

“El reciclaje es el fruto de una típica elección «artificial» del alcance del área de relevancia penal según razones estratégicas [...]: la opción de alcanzar todos los fines, también económicos, de la cadena de ilicitud implicada de las organizaciones criminales. Y su penalización es un ulterior signo de cómo el crimen es fruto de una elaboración conceptual, reflejando una opción de ubicación discrecional de la penalidad. Lo demuestra la historia normativa de la represión del reciclaje, que -en contradicción con el adagio jehringhiano- es historia de una progresiva dilatación de la intervención penal que cada vez ha ido aumentando, en este específico sector, el propio radio de acción”⁴².

Ahora bien, volviendo sobre la recomendación de invertir la carga de la prueba del origen de los bienes, así como del conocimiento, por parte de los imputados, de su proveniencia ilícita, se tiene lo siguiente: tanto en el ordenamiento español como en el alemán se tipifica el delito de «lavado de activos» imprudente; proceder legislativo que en todo caso no ha estado exento de críticas.

Así, respecto a la regulación alemana -§ 261. V, que centra la prohibición en el desconocimiento negligente del origen de los bienes- se ha enfatizado que esta modalidad es desaconsejable tanto si se concibe a este injusto desde un punto de

42 V. MANNES: “Il riciclaggio...”, citado, p. 37. Respecto al ordenamiento Alemán, sostiene I. BLANCO CORDERO: “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3. 2004)”, en *RGDP*, nº 3, Iustel, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&z=4, 5/2005, pp. 2-3: “...el § 261 II StGB alemán castiga en su número primero a quien procure (*verschaffen*) a un tercero un objeto procedente de alguno de los delitos catalogados en el § 261.1 y en el número segundo sanciona a quien guarde (*verwahren*) o utilice para sí o para un tercero un objeto señalado en el apartado I, cuando conozca el origen del objeto en el momento en que lo obtuvo. Se configura así una norma de aislamiento, dirigida precisamente a aislar del autor del delito previo y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación [...]. Persigue una especie de excomunión económica de los delincuentes, y castiga a quien «quiebra dicha excomunión económica»”.

vista patrimonial como si se parte de que es una punición autónoma de actos post-ejecutivos⁴³.

En el primero de los supuestos, se tiene que el castigo de los actos culposos contra los delitos patrimoniales y socioeconómicos podría interferir en el tráfico económico, que por lo demás, en un sistema de libre circulación de capitales, es un valor digno de atención; desde allí se percibe que esta tipificación no debería tener cabida⁴⁴.

En el segundo, es decir, cuando este delito se asume como una clase de “(...) participación autónoma en determinados hechos dolosos (facilitando su agotamiento o su futura perpetración), la punición de formas comisivas imprudentes (aunque se trate de imprudencia grave) necesita un detenido y nada fácil fundamento. Incluso en caso de restringirse a los supuestos de desconocimiento de la procedencia de los bienes sería necesario fundamentar de dónde deriva la obligación de conocer”⁴⁵.

Ahora bien, en el debate doctrinal que se adelanta con relación al art. 301. 3 del Código penal español, se señala que la fundamentación de la adopción de esta línea legislativa puede hallarse en dos razones.

Una de ellas es que la tipificación buscaría suplir la laguna de punibilidad que puede surgir por la imposibilidad de probar el conocimiento del origen de los bienes⁴⁶, y la que surgiría respecto a los errores vencibles que recaigan sobre dicho conocimiento⁴⁷.

La otra, es que esta opción permitiría criminalizar el incumplimiento de deberes especiales de información, examen y comunicación a los cuales están sometidos

43 HEITZER y DREHER-TRONDLE, citados por C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ: “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 58, Edersa, Madrid, 1996, nota al pie 93, p. 152.

44 M. MAILWALD: “Profili problematici del riciclaggio in Germania e in Italia”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, AG, Milano, 1999, p. 378.

45 C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ: “Blanqueo de capitales...”, citado, p. 152.

46 En esta línea, I. BLANCO CORDERO: *Responsabilidad penal de los empleados de la banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999, p. 191: “Una de las críticas más fuertes que se realiza al tipo imprudente en Alemania se centra en su consideración como norma dirigida a facilitar la prueba del blanqueo. La intención del legislador alemán, expresamente manifestada, se dirige en este sentido. En la actualidad existe una gran discusión en el ámbito de la doctrina penal respecto a la función de facilitar los problemas de prueba atribuida a algunos tipos penales. Mediante el derecho penal material se pretenden salvar las dificultades que plantea la prueba de algunos delitos. Por eso, se alega que la sanción por el blanqueo imprudente es una mera sanción por la sospecha, que es de aplicación cuando no se puede probar el dolo del inculpaado, aunque cabe suponer su existencia. El blanqueo imprudente actuaría entonces, como un tipo de recogida (Auffangtatbestand)”.

47 Así, J. CÓRDOBA RODA, M. GARCÍA ARÁN y otros: *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 1163; M. DEL C. MOLINA MANSILLA: “El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código penal”, en *La Ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 42, La Ley, Madrid, octubre, 2007, p. 69.

algunos ciudadanos -por ejemplo, los abogados, los notarios, los funcionarios bancarios y de instituciones financieras en general, etc.-, en virtud de la normativa administrativa que regula la imposición de estas obligaciones.

Así pues, en cuanto al primer fundamento, se puede señalar que algunos autores han entendido que una estrategia legislativa justificada por tales motivaciones exterioriza un “(...) utilitarismo contrario a las garantías propias de un Estado democrático de Derecho. [...], un precepto como el 301.3 no tiende tanto a reprimir al que opera con unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a garantizar el castigo del sospechoso frente al que las autoridades policiales y judiciales se ven incapaces de demostrar la preexistencia en su mente de ese conocimiento (...)”⁴⁸.

En relación con el segundo motivo, se señala que un tipo penal dirigido a alcanzar a unos sujetos especialmente obligados al cumplimiento de tareas preventivas relativas al referido delito, podría también encontrar dificultades para erigirse como una norma plenamente legítima⁴⁹.

En Colombia, aunque no se consagra una disposición relativa al «lavado de activos» imprudente, tal como se ha dicho se realiza en España y Alemania, la relajación de los medios probatorios del conocimiento del origen de los bienes se realiza invirtiendo directamente la carga de la prueba, a través de la creación de un tipo penal distinto al del «lavado de activos».

En efecto, el art. 327 Código penal⁵⁰, consagra el delito de «enriquecimiento ilícito de particular», cuya prohibición consiste en la obtención de un enriquecimiento

48 E. A. FABIÁN CAPARRÓS: *El delito...*, citado, p. 417. Desde un punto de vista general, señala que tal enfoque legislativo es uno de los rasgos del «Derecho penal moderno», W. HASSEMER: “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, en *ADPCP*, tomo XLVI, Madrid, 1993, p. 77.

49 En este sentido, resultan oportunas las siguientes consideraciones de W. BOTKE: “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *RP*, nº 2, julio, Praxis-Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca y Universidad de Castilla-La Mancha, Barcelona, 1998, quien afirma que “(...) un deber de sospecha reforzado penalmente, que pudiera dar lugar a un reproche por imprudencia debido a la defectuosa perspicacia de quien debió sospechar no se sostiene. En una sociedad libre, tampoco puede sostenerse frente a entidades de crédito, financieras, de seguros y de casas de juego (...)”; y A. NIETO MARTÍN: “¿Americanización o europeización...”, citado, p. 130, refiriéndose a esta situación pero en cuanto al sistema fiscal: “(...) la asunción por parte del sistema fiscal del papel de instrumento general de investigación, prevaleciendo de la obligación que pesa sobre todo ciudadano de suministrar datos, bajo amenaza de sanción, genera importantes zonas de fricción con el principio *nemo tenetur se detegere* (...)”.

50 Art. 327 [el art. 14 de la Ley 890 de 2004 realizó un aumento de penas]: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil [50.000] salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

patrimonial injustificado. Figura delictiva que además está incluida dentro de los comportamientos con base en los cuales puede realizarse una incriminación por «lavado de activos».

Este delito ha sido designado por algunos como de sospecha, entre otras cosas, porque ante su imputación, la única defensa posible es probar que el incremento de la riqueza está plenamente justificado y en esa medida se desplaza del Estado al ciudadano, la prueba del origen de los bienes y su conocimiento, vulnerando claramente la presunción de inocencia⁵¹.

Por otra parte, y centrando de nuevo la discusión en la regulación que se realiza en el interior de los Estados en cuanto a la criminalización de la infracción de los deberes de información, examen, comunicación, etc., a un círculo de destinatarios, se tiene que no todos los países han procedido al establecimiento de una figura imprudente de «lavado de activos» como se hace tanto en España como en Alemania.

En este sentido, por ejemplo, en Italia algunas de las infracciones a las obligaciones establecidas en este ordenamiento son sometidas a sanción penal mediante una legislación especial⁵². Esta estrategia legislativa tampoco ha estado exenta de reparos. En esta línea SEMINARA expone:

“(…) la tipificación de estos deberes como tipo autónomo no puede no resultar extremadamente vaga e indeterminada, originándose la subsistencia de la obligación de la simple sospecha de que la operación financiera tenga como objeto bienes de procedencia delictiva [...]. Sustancialmente, nos encontramos frente

51 Así, J. A. ZARAGOZA AGUADO: “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código penal y en el Derecho comparado”, en AA. VV. *Las últimas reformas penales II*, CDJ, tomo X, dir. S. F. J. Gómez Bermúdez, CGPJ, Madrid, 2006, 50, quien sostiene que en el ordenamiento español no sería admisible una figura delictiva de estas características que en definitiva desemboca en un delito de sospecha. Además, expone que: “A las propuestas que se contienen en los sucesivos Planes de Acción elaborados por la Unión Europea se han sumado en los últimos tiempos, debido sin duda, a las evidentes dificultades probatorias que arrastra el blanqueo de capitales en cuanto a la demostración de su origen criminal, una serie de iniciativas en el ámbito del derecho penal con las que se pretende dar una respuesta más eficaz y contundente a las estructuras económicas y financieras de las organizaciones criminales. La tipificación penal del delito de enriquecimiento ilícito es una de ellas”.

52 Ley 197/1991 de 5 de julio sobre procedimientos urgentes para limitar el uso del dinero y de los títulos al portador en las transacciones y prevenir la utilización del sistema financiero para los fines del reciclaje. Respecto a esta ley informa J. M. PALMA HERRERA: *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, nota al pie (43), p. 53: “Que la Ley italiana 197/1991 tenga naturaleza penal no impide la existencia, además, de un tipo específico de blanqueo de capitales en el *Código penale*. Lo que sanciona penalmente dicha ley es el incumplimiento de las obligaciones que se imponen a los intermediarios financieros –como las de crear un archivo informático de operaciones, no comunicar las sospechas más que a los sujetos indicados (...). En cuanto a las obligaciones de la ley italiana A. MANGIONE: “Mercati finanziari e criminalità organizzata...”, citado, pp. 1132 y ss; asimismo, G. FIANDACA y E. MUSCO: *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 5ª ed., Zanichetti Editore, Bologna, 2008, pp. 247-248; S. SEMINARA: “La evolución...”, citado, p. 287. Por otra parte, sobre estas medidas en el ordenamiento suizo informa P. BERNASCONI: “La confisca e la punibilità del riciclaggio del provento della corruzione di pubblici funzionari” en *DPdE*, n° 2, anno IX, Cedam, Padova, 1996, pp. 8-12.

a ilícitos ontológicamente carentes de taxatividad, ligados a varios indicios de anomalía de la operación, no susceptibles de una descripción precisa. El peligro, como se ve, está representado por el elevado margen de discrecionalidad que caracteriza, primeramente, la valoración del precepto por parte del destinatario y consiguientemente del órgano competente para la imposición de la sanción; el ulterior peligro está constituido por la transferencia a los operadores financieros y a algunas categorías de profesionales de la carga de averiguación y control más propiamente atinentes a las fuerzas de policía⁵³.

Esta misma observación puede realizarse a la regulación colombiana que en el art. 325 del Código penal, regula el delito de omisión de control como un tipo especial dirigido fundamentalmente a criminalizar las conductas de los empleados o administradores de las instituciones financieras, o en general de cualquier corporación que ejerza actividades de ahorro y crédito, consistentes en la omisión de las medidas de control establecidas en el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero⁵⁴.

Esta carencia de taxatividad se acompaña a su vez con otra objeción en la medida en que esta disposición lo que hace es consagrar un tipo penal en blanco al reenviar a los efectos de las medidas de control a la normativa extrapenal⁵⁵.

Esta cuestión no sería censurable si esta disposición no completara el supuesto de hecho de la prohibición acudiendo a normas de inferior jerarquía; esto es, al decreto y a las circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia⁵⁶.

Sumado a todo ello, PUYANA RAMOS ha entendido que el delito de “omisión de control no satisface los requisitos de las garantías de legalidad y tipicidad que tiene

53 S. SEMINARA: “La evolución...”, citado, p. 287 quien concretamente se refiere al art. 3 de la Ley n° 197 de 1991.

54 El art. 325 Código penal [Modificado por el art. 14 de la ley 890 de 2004 y el art 1 del decreto 4449/2008]. Analizan esta disposición, entre otros, H. A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *El lavado de activos...*, citado, pp. 142 y ss; también G. PUYANA RAMOS, “Omisión de control de lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa”, en *RDPC*, vol. XXI, n° 67, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

55 Estas medidas se establecen en Colombia, entre otros, a través del Estatuto Orgánico del Sistema financiero, el Decreto 1497 de 2002, el Acuerdo interbancario sobre el conocimiento del cliente, y las circulares externas de la Superintendencia Financiera de Colombia: la Circular Externa 046 de 2002 y las Circulares 061 y 062 del 14 de diciembre de 2007, etc.

56 Sobre la naturaleza de estas circulares, se pronuncia E. MONTEALEGRE LYNETT, “Estudio introductorio. El riesgo permitido en la actividad bancaria. El caso especial del lavado de activos en Colombia”, en *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 36 y ss. En este sentido, sostiene que: “Desde el punto de vista penal, estas circulares constituyen actos administrativos con efecto erga omnes, cuya finalidad es contribuir a delimitar el riesgo permitido en ciertas actividades del sector financiero y económico del país”. Por otra parte, acerca de los problemas que, para las garantías derivadas del Estado de Derecho, se presentan en los tipos penales en blanco se ha pronunciado en Colombia J. SANDOVAL FERNÁNDEZ: “Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista”, en *NFP*, n° 61, Temis-Universidad de Antioquia, Bogotá, 1999, p. 116.

un defecto insubsanable porque cuando se integra con la norma complementaria, no se obtiene una descripción exhaustiva de la conducta típica⁵⁷.

Ahora bien, y sin dejar de considerar la relevancia de la anterior objeción, lo que resulta en verdad más cuestionable es la identificación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, toda vez que el injusto objetivo del tipo penal que se enjuicia está determinado en sus características más importantes por el Derecho administrativo sancionador, delegando sólo en la finalidad «de ocultar o encubrir el origen lícito de los bienes», la tarea de determinar cuándo se está ante un ilícito penal⁵⁸.

Por otra parte, y refiriéndose a una estrategia legislativa similar, ZARAGOZA AGUADO manifiesta:

“(…) algunos países (Suiza y Estados Unidos), por razones de eficacia, y soportando las enormes dificultades probatorias que la infracción por negligencia conlleva, al tener que demostrar en todo caso que los valores patrimoniales proceden de un delito, han optado por una solución parcialmente distinta que consiste en la configuración de un delito de peligro abstracto de mera actividad: sancionar el incumplimiento o la violación de las obligaciones exigidas por el ordenamiento jurídico a los operadores jurídicos con independencia de su resultado o de sus consecuencias⁵⁹.”

57 G. PUYANA RAMOS: “Omisión de control...”, citado, pp. 52 y ss. Es importante aclarar que el autor se refiere especialmente al art. 247B del Código penal derogado, siendo sus tesis trasladables a la disposición vigente, en la medida en que no sólo se configura de manera similar el delito, sino que las posteriores reformas que se han realizado se han dirigido precisamente a ampliar el ámbito del tipo penal. Justamente, en este sentido, H. A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 611-612, “Ahora, con la nueva redacción (art 325) se habla de omitir el «cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, con lo que permite que esos mecanismos provengan de la Ley expedida por el Congreso de la República, o de un Decreto del Ejecutivo, generalmente por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito público, o de una resolución de las entidades de Dirección, Vigilancia y Control, como el Banco de la República, La Superintendencia Bancaria o la de la Economía Solidaria, entre otros”. Obsérvese que se realiza un reenvío general, no expreso, por lo que en la regulación vigente se ahonda en los efectos negativos que producen la técnica de los tipos penales en blanco.

58 Así por ejemplo, el art. 107 del Decreto 663/93, dispone que: “El incumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores por la no adopción o aplicación de los mecanismo de control dará lugar a la imposición de sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las consecuencias penales a las que hubiere lugar”. Obsérvese que de la lectura que propone M. C. CHIROLLA LOSADA: “Los delitos del lavado de activos y omisión de control en el proyecto de código penal”, en *Vniversitas*, n° 106, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, p. 385, en el sentido de que “el deber que se exige a los sujetos obligados no es el de impedir el lavado de activos y mucho menos el de disminuir el riesgo o de proteger el bien jurídico del orden económico y social; se exige adoptar los mecanismos de prevención y control de dicho riesgo y lo que es más importante ponerlos en práctica”; se puede afirmar que se está ante un delito de mera desobediencia; y aunque con algún esfuerzo argumentativo se pueda proponer otra interpretación del art. 325 del Código penal, hay que reconocer que el tipo penal admite tal exégesis.

59 J. A. ZARAGOZA AGUADO: “Receptación y blanqueo de capitales”, en AA. VV. *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, tomo II, coords. A. del Moral García e I. Serrano Butragueño, Comares, Granada, 2002, p. 1969. Asimismo, S. SEMINARA: “La evolución...”, citado, p. 288, quien expresa: “(…) está claro que una

Finalmente, este panorama lleva a concluir que la imposibilidad de prueba del conocimiento del origen de los bienes, la impunidad por los eventos de error vencible sobre ese conocimiento, la dificultad de persecución de esa criminalidad (narcotráfico, terrorismo, y, en fin, toda la criminalidad organizada), se solventan en el Derecho penal de manera que los costos los sufraga el ciudadano al que se le imponen generosos deberes de información, y el cual se enfrenta a un sistema de intervención punitiva con garantías y reglas de imputación menos estrictas.

3.3 Algunas consecuencias de la internacionalización del Derecho penal

A manera de inventario, se puede decir que la internacionalización del Derecho penal que se viene describiendo genera un menoscabo del Estado de Derecho en dos sentidos.

El primero consiste en que, al menos indirectamente, el contenido de las normas que en los distintos países regulan las materias que son de interés internacional [como en el ejemplo, el «lavado de activos»], es configurado en el espacio propio de la cooperación intergubernamental y por tanto el debate parlamentario, acerca de la inclusión dentro del catálogo de lo protegible por la vía penal, se ha visto por lo menos condicionado⁶⁰.

El segundo aspecto en que se observa este menoscabo, reside en que una vez construidas estas demandas internacionales de una manera tal que dejan poco espacio para las garantías del ciudadano, al ser incorporadas a sistemas que desde sus niveles normativos superiores responden a las directrices propias del Estado de Derecho, entran en tensión con los límites y derechos que en esos ordenamientos se reconocen.

Lo anterior porque al diseñarse, por ejemplo, el «lavado de activos» en el espacio supranacional, se evidencia la preponderancia de la visión de aquellos países con mayor poder político y económico. En consecuencia, las iniciativas que terminan imponiéndose, en algunos casos, se gestan para un determinado contexto jurídico

vez se enfila esta calle, no existe ya ningún límite a la intervención sancionatoria. En esta dirección se ha orientado la SEC estadounidense, que ha propuesto integrar en el § 307 de la *SarbanesOxley Act* mediante la previsión de una obligación, penalmente sancionada, que tienen los abogados de referir, no sólo a los órganos sociales sino hasta el Consejo de administración, e incluso a la misma SEC, cualquier caso de violación de leyes mobiliarias o de abuso de fidelidad o violaciones análogas de las que se haya tenido conocimiento en el ejercicio profesional”.

60 Asimismo, aún en el supuesto de que la Unión Europea ostente competencias penales en algunas materias, y por tanto la producción del derecho no se realice a través de la cooperación intergubernamental, no logra colmarse el déficit democrático y satisfacer las demandas institucionales necesarias para la producción legítima de normas que como las penales afectan de manera intensa los derechos fundamentales de las personas.

que no siempre es compatible con todos los países que suscriben las medidas diseñadas en el nivel supranacional⁶¹.

Teniendo este panorama se puede avalar el pronóstico que realiza SILVA SÁNCHEZ, cuando afirma que el Derecho penal de la globalización “(...) será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales (...)”⁶².

4. CONSIDERACIONES FINALES

La necesidad de acercarse a las decisiones que se adoptan en el ámbito supranacional sobre determinados delitos, como paso previo al análisis positivo del mismo en el contexto del Estado nacional, es una cuestión inevitable dadas las condiciones en las cuales se diseñan las medidas que pretenden contrarrestarlo, esto es, la internacionalización del Derecho penal y la interlegalidad que ésta produce.

Esto es válido tanto para el contexto europeo como para aquél que se sitúa fuera de él, pese a las diferencias que se encuentran entre ambos, y admitiendo que este rasgo se presenta de una manera más fuerte en el primero de ellos si se atiende al grado de obligatoriedad de las decisiones que se adoptan y al establecimiento de mecanismos para compeler a su incorporación en los ordenamientos de los países miembros⁶³.

61 En esta dirección afirma W. PERRON: “¿Son superables...”, citado, pp. 209-210: “Que la actividad de los juristas no termina en la frontera del Derecho nacional, hoy ya no se pone en duda seriamente. Las necesidades del tráfico económico internacional, la persecución de la criminalidad transfronteriza así como, en especial, la progresiva integración europea, obligan a una estrecha cooperación internacional y han conducido, en consecuencia, a una profusión de formas jurídicas trans y supranacionales que determinan decisivamente la praxis jurídica de numerosos países. En realidad, una gran parte de esta evolución se produce más bien a escondidas, porque muchos de estos Convenios, [...] son transferidos primero al Derecho nacional y aparecen entonces ante los ciudadanos y los aplicadores del Derecho como disposiciones convencionales francesas, inglesas o alemanas. Pero por esta vía penetran en los singulares ordenamientos jurídicos nacionales numerosas instituciones y conceptos jurídicos que antes les han sido extraños, situando a la praxis ante graves problemas”.

62 J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión...*, citado, pp. 81, 82 y ss. No comparte esta opinión, J. P. MATUS ACUÑA: “La política criminal...”, citado, p. 84.

63 M. DONINI: “Jueces y democracia...”, citado, pp. 52-53, afirma: “Con relación a la pérdida de soberanía de los Estados se aprecia que la ley está actualmente más condicionada, en su contenido, a decisiones adoptadas extramuros del parlamento que la aprueba: sean esas fuentes transnacionales –por ejemplo, el derecho comunitario para Europa–; o bien se trate de acuerdos internacionales, decisiones político-económicas externas que producen fuertes consecuencias en la legislación de los Estados nacionales, etc.; o se trate, incluso, de decisiones de grupos de presión, *lobbies* o empresas, que «contratan» fuera del parlamento el «estatuto penal» que los proteja (...)”.

Ahora bien, también parece que desde la descripción de algunas de las medidas anti-lavado confeccionadas supranacionalmente se puede afirmar que queda sentado que esta producción normativa se realiza de una manera vertiginosa, confluyendo en ella muchos y diversos instrumentos y a su vez múltiples y variados organismos internacionales⁶⁴, que se entrelazan sin una relación de jerarquización ni de subordinación⁶⁵.

Ya desde un punto de vista más específico, en definitiva, se puede decir que la construcción del sistema de regulación de este delito se caracteriza por una acelerada y abundante producción de iniciativas que tienen por objeto la expansión de los siguientes aspectos:

En primer lugar, del ámbito de personas sujetas a obligaciones relacionadas con la investigación de actividades delictivas que generan cuantiosas ganancias; en segundo lugar, de la correspondiente lista de delitos subyacentes; en tercer lugar, del alcance de la prohibición que contienen los tipos penales que lo regulan; en cuarto lugar, la progresiva intensificación de los vínculos con la «financiación del terrorismo» y en consecuencia, con las medidas que se orquestan para su reducción⁶⁶.

En esta línea de expansión, el menoscabo de los derechos de los ciudadanos que pueden ser implicados por estas iniciativas se convierte en la norma general y no en la excepción. Un ejemplo de lo que se acaba de decir lo constituye, sin duda, la flexibilización de los presupuestos de las medidas comisivas y confiscatorias⁶⁷.

64 J. HDEZ VIGUERAS: *Los paraísos fiscales*, Akal, Madrid, 2005, pp. 351-358, denomina a estos los organismos pseudoreguladores, y en sus palabras, constituyen “toda una constelación que integra la denominada *gobernanza mundial*, que se supone controla las finanzas mundiales, sin que estos organismos hayan tenido un referendo democrático”. Dentro de estos menciona los siguientes: G7/G8; Fondo Monetario Internacional; Organización de Cooperación y Desarrollo Económico [OCDE]; GAFI; Comité de Basilea; etc. Instituciones que por lo demás están todas ellas implicadas en la configuración internacional de las medidas anti-blanqueo.

65 Estos términos empleados por M. DONINI: “Jueces y democracia...”, citado, p. 53, cuando expresa: “Quien parte por el ordenamiento jurídico penal corre el riesgo de desviarse. Empero, en el ordenamiento extrapenal muchas fuentes operan fuera de una verdadera subordinación en lo que se refiere a principios y a reglas penales coexistentes, por ello, tales «fuentes» diversas deberían estar coordinadas, antes que colocadas en una relación de mera ejecución respecto a las otras. Esta complejidad disminuye el papel ordenador del Estado y aumenta el del intérprete”.

66 Así W. HASSEMER: “Localización de ganancias ahora con el Derecho penal”, trad. M. Abel Souto, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol 1, n° 1, 1/semestre, USC, Santiago de Compostela, 1998”, citado, p. 217, entiende: “Nuestra política jurídico penal va a una velocidad vertiginosa: después de que se hubiese discutido con amplitud y prudencia sobre la reforma del Derecho penal en los años cincuenta y sesenta, mientras que modificaciones eventuales del Derecho de obligaciones desde hace tiempo habían estado dando vueltas de un lado para otro en manos de los expertos, siguen hoy sin interrupción profundas modificaciones del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Ellas aumentan la conminación penal, amplian deberes y permiten intromisiones en el ámbito privado de los ciudadanos, pero también en el ámbito profesional de las instituciones de crédito”.

67 La flexibilización de los presupuestos del comiso de bienes que alcanza un momento paradigmático con el establecimiento, en la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, del comiso ampliado; en éste se permite el

Frente a este panorama, desde una perspectiva más amplia, BRANDARIZ GARCÍA preguntándose por los retos de mayor urgencia del Derecho penal en el contexto actual, en el que surgen evidentes tensiones para la soberanía estatal, expone que uno de ellos es la necesidad de pensar la intervención penal desde los parámetros garantistas del Estado democrático de Derecho, a pesar de que dicho paradigma se ha consolidado desde la perspectiva del Estado-nación y de que en la actualidad existen muchos ámbitos cada vez más vinculados con referentes globales.

En definitiva, expone que es prioritario pensar en los modos de articular estas garantías y límites en el ámbito internacional que es “(...) un terreno tradicionalmente menos permeable a la construcción de tales referentes de garantía del ciudadano frente a los poderes públicos y privados”⁶⁸.

Esta reivindicación se percibe como ineludible cuando se repara en las siguientes reflexiones de MANES al respecto de la regulación del «lavado de activos» en el

decomiso de bienes sin condena, en los supuestos en que haya convencimiento de que estos activos han sido obtenidos mediante la ejecución de conductas delictivas iguales o similares en periodos anteriores a una condena por los delitos que se regulan en el apartado 1 del art. 3. Por otra parte, presenta un interesante balance de la política criminal que se diseña para reducir el «lavado de activos» en el ámbito supranacional J. VOGEL: “Derecho penal y globalización...”, citado, p. 119: “Forma parte de ello [de las nuevas orientaciones del derecho penal] el aspecto esencial de que no puede seguirse tolerando las islas de impunidad: si un Estado: si un solo Estado tolera el blanqueo de capitales, bajo condición de la globalización de la libertad de movimiento de capitales ello conduce a que todo el dinero del mundo pueda ser lavado en ese Estado, lo que en última instancia priva de objeto la prohibición de blanqueo de capitales de todos los demás Estados. Materialmente, la nueva legislación penal frecuentemente se refiere a campos de la criminalidad que se perciben como peligro para el Estado, la economía y la sociedad como tales: terrorismo, ataques a los sistemas de información. Frente a ello, la protección del individuo sólo entra en consideración si con ello puede demostrarse simultáneamente el carácter de «empresario moral»: tráfico de personas, pornografía infantil, violencia contra las mujeres. No se puede evitar la sospecha de que en este ámbito se pretende que una legislación penal activista oculte los verdaderos déficit de ejecución”.

- 68 J. A. BRANDARIZ GARCÍA: *Política criminal y exclusión*, Comares, Granada, 2007, pp. 9-10, 261-261. En una línea similar, P. MERCADO PACHECO: “Estado y Globalización...”, citado, p. 141: “Las transformaciones del papel del Estado deben ser valoradas a la luz de la conexión con la cuestión de los derechos y de la democracia. [...] el problema no es qué instancia, qué institución, qué constelación de poderes debe asumir las funciones desarrolladas hasta ahora por el Estado, sino más bien, cómo satisfacer y garantizar hoy los derechos de los hombres y mujeres que en el pasado eran garantizados en sede estatal y los nuevos derechos que estén surgiendo”; también, A. APONTE: “Gustav Radbruch: ¿Constituye hoy el positivismo una condición de pluralismo liberal?”, en AA. VV. *Derecho penal y criminología como fundamentos de la política criminal*, drs F. Bueno Arús, H. Kury, L. Rodríguez Ramos, E.R. Zaffaroni, eds. J. L. Guzmán Dálbora y A. Serrano Maíllo, Dykinson, Madrid, 2006, p. 567: “(...) la fórmula de Radbruch se ha cumplido en el tiempo, no como búsqueda de un Derecho suprallegal justo, sino como búsqueda de la justicia en el Derecho legal. Sin embargo, los dilemas que surgen hoy frente a la globalización, por ejemplo, la internacionalización de la lucha contra el crimen o los problemas de la lucha contra el terrorismo internacional, hacen que el proceso descrito viva de nuevo momentos de aguda tensión. La lucha por el principio de legalidad en el Derecho penal apenas comienza. Y en relación con el tema de reflexión de este escrito, el esfuerzo por hallar espacio a pluralismo y relativismo, en medio de culturas totalizantes, tanto en el nivel internacional como en el interno, se sitúa en primer línea de exigencia para los juristas”.

ordenamiento italiano, consideraciones que por las razones ya expuestas valen para las demás realizadas en los países de la órbita occidental.

En primer lugar, desde la percepción de que en la regulación de este delito se reproducen las líneas de un Derecho penal de enemigo, el penalista señala que si se sitúa la reflexión en el plano empírico se tiene que ésta comporta un extraordinario déficit de efectividad, si por ésta se entiende la observancia de la norma por parte de sus destinatarios y la satisfacción de los objetivos fijados por ella -la disminución o eliminación del «creciente volumen de negocios de la economía criminal, y de la relativa actividad de reciclaje...»-⁶⁹.

En consecuencia, según este autor, estas estrategias legislativas expresan a su vez un marcado y negativo efecto simbólico de la intervención penal.

En segundo lugar, mantiene que por la estructura abierta y flexible que tienen estas normas, surge el peligro de que sus destinatarios sean los autores de conductas de bagatela, protagonistas del todo periféricos; en definitiva «(...) los transgresores pueden ser los verdaderos y propios *outsiders*» por lo que, en este caso, la ineficacia se convierte en «hiper-efectividad»⁷⁰.

Por ello no se trata tan sólo de que sea en sí mismo criticable que en una legislación se haga prevalecer la eficacia a costa de las garantías y que ésta esté destinada a producir indeseables efectos simbólicos, sino que en este caso no se puede perder de vista que aun hoy por hoy el Derecho penal sigue siendo selectivo y desigual.

69 V. MANES: "Il riciclaggio...", citado, p. 61; asimismo, A. MANGIONE: "Mercati finanziari e criminalità organizzata...", citado, p. 1106; quien recalca que los síntomas de ineficacia no son sólo atribuibles a la regulación italiana, enfatizando que esto induce a pensar que se verifica una crisis de adaptación del sistema punitivo y su mensaje cultural a la estructura socioeconómica del orden democrático capitalista y H-J. ALBRECHT: *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. O. J. Guerrero Peralta, Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001, pp. 82-83, atendiendo a las ganancias derivadas del narcotráfico, señala la escasa efectividad de este delito y de las políticas de confiscación para alcanzar el retiro pleno de ellas del sistema económico: "En forma contraria a lo que se piensa, los hallazgos de la investigación criminológica remiten a que el comercio de estupefacientes y los mercados de drogas ilícitas puedan ser influidos muy marginalmente por las medidas de control de lavado de dinero. Las teorías económicas de la criminalidad y la investigación orientada económicamente a los mercados de drogas ilícitas apoyan más bien un punto de vista, emanado de la misma investigación, según el cual los mercados ilegales no pueden ser eliminados por las vías del Derecho penal, puesto que cada política de prohibición (y con ellas las del Derecho penal) son precisamente un presupuesto constitutivo del funcionamiento de los mercados ilegales. [...] las investigaciones indican que hasta hoy la práctica de confiscación de ganancias ilícitas conduce a complejos ordenamientos de embargo y retiro de valores patrimoniales, que equivalen a lo sumo, a unas muy modestas recaudaciones del total de transacciones que se llevan en los mercados ilegales".

70 V. MANES: "Il riciclaggio...", citado, p. 61, señalando que la experiencia italiana da cuenta de esto.