

# Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales.

Una Aproximación desde el Análisis Económico del  
Derecho

Mateo G. Bermejo

---

TESI DOCTORAL UPF / 2009

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Jesús-María Silva Sánchez (Departament de Dret)





**En memoria de mis abuelos:  
José, Juan, Emma y Emiliana.**



## RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio del fenómeno del Blanqueo de Capitales y de los instrumentos jurídicos de prevención y castigo del mismo, desde la perspectiva metodológica del Análisis Económico del Derecho. En este marco se analizan tanto la lesividad social del Blanqueo de Capitales como la respuesta de política jurídica orientada a su reducción, con base en el supuesto conductual de racionalidad instrumental de los individuos y con el criterio de eficiencia como baremo orientador. La finalidad del trabajo es doble: por un lado, justificar la prohibición del Blanqueo de Capitales con fundamento en el daño social que origina dicha actividad y, por otro, subordinar la justificación del sistema de prevención y castigo a que la evaluación del mismo evidencie que resulta eficiente en la reducción de dichos daños sociales. *Last but not least*, se pretende que las conclusiones alcanzadas pongan de manifiesto la utilidad del Análisis Económico del Derecho para el análisis y la evaluación de la política jurídica.

## RESUM

El present treball tracta l'estudi del fenomen del Blanqueig de Capitals i dels instruments jurídics de prevenció i càstig del mateix, des d'una perspectiva metodològica de l'Anàlisi Econòmica del Dret. En aquest marc s'analitzen tant la lesivitat social del Blanqueig de Capitals com la resposta de política jurídica orientada a la seva reducció, partint del supòsit conductual de racionalitat instrumental dels individus i del criteri d'eficiència com a barem orientador. La finalitat del treball és doble: per una banda, justificar la prohibició del Blanqueig de Capitals amb fonament en el dany social que origina dita activitat i, per l'altra, subordinar la justificació del sistema de prevenció i càstig a que l'avaluació del mateix evidenciï que resulta eficient en la reducció de tals danys socials. *Last but not least*, es pretén que les conclusions finals posin de manifest la utilitat de l'Anàlisi Econòmica del Dret per a l'anàlisi i l'avaluació de la política jurídica.



## PRÓLOGO

La presente tesis doctoral es producto de una larga estancia de investigación que tiene lugar desde el año 2003 en el Área de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra, bajo la dirección del Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez. Durante este período he desarrollado, así mismo, actividad docente como Profesor Asociado de Derecho Penal en esta Universidad. Por otra parte, en el bienio 2005/2006 trabajé como Colaborador Científico (*wissenschaftlicher Mitarbeiter*) en la Universität Augsburg (Alemania), en la cátedra del Prof. Dr. Wilfried Bottke, donde tuve la oportunidad de aprovechar la lectura de la doctrina alemana relacionada con mi tema de investigación.

En relación con el trabajo que aquí presento conviene aclarar que quienes tengan interés en el estudio del blanqueo de capitales hallarán un análisis del fenómeno del blanqueo y, sobre todo, del sistema de prevención y castigo del mismo. Así, se analizan los incentivos que tienen los infractores para blanquear bienes de origen ilícito y se establece el marco teórico a partir del cual se juzga la lesividad social del blanqueo y la adecuación del sistema de prevención y castigo del mismo al criterio de eficiencia. De particular interés resultan las consideraciones relativas a la interrelación entre las normas legales y las normas autorregulatorias en el diseño de los deberes atribuidos a los sujetos obligados a colaborar en la prevención.

A la vez, la presente tesis doctoral pretende evidenciar la utilidad del Análisis Económico del Derecho en relación tanto con la explicación y predicción de las conductas delictivas como con la elaboración de propuestas de carácter normativo en el diseño de política jurídica. En este contexto, el criterio de eficiencia sirve como insumo para el Análisis Coste-Beneficio y el Análisis Coste-Eficacia de la política jurídica y la política criminal.





## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	v
<b>ABREVIATURAS</b> .....	xix
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	xxi

### **PRIMERA PARTE** **Perspectiva Metodológica:**

#### **El Análisis Económico del Derecho y de la Política Criminal**

<b>Introducción</b> .....	3
<b>Capítulo I</b> .....	5
<b>El Análisis Económico del Derecho (AED)</b> .....	5
<b>I. La aproximación económica al Derecho</b> .....	5
1. Introducción .....	5
2. Los orígenes y la evolución del AED .....	8
<b>II. Conceptos clave</b> .....	13
1. AED positivo y normativo .....	13
2. AED positivo .....	16
A. La teoría de la elección racional .....	16
B. Contenido y ordenación de las preferencias .....	18
C. El procedimiento de análisis en la teoría de la elección racional 20	
D. Las críticas a la teoría de la elección racional y sus limitaciones 21	
a. La capacidad predictiva/explicativa del AED .....	21
b. Irracionalidad vs. Racionalidad: ¿falsa dicotomía? .....	22
c. Acerca de la complejidad del modelo teórico .....	23
3. AED normativo .....	25
A. Introducción .....	25
B. El concepto de “eficiencia” .....	26
a. Eficiencia paretiana .....	26
b. Eficiencia potencial o Kaldor-Hicks .....	27
c. Eficiencia en sentido instrumental .....	29
d. ¿Eficiencia sin optimalidad? .....	30
C. El Análisis Coste-Beneficio (ACB) .....	31
a. ACB: problemas de cuantificación .....	31
b. ACB: la dimensión normativo-ética .....	32
c. Análisis Coste-Eficacia: la dimensión normativo-técnica ..	33
d. El consenso básico acerca del ACB .....	34

III. ACB, igualdad y derechos.....	36
IV. Análisis Institucional Comparado (AIC).....	40
V. Sumario y orientación .....	43
<b>Capítulo II .....</b>	<b>45</b>
<b>El Análisis Económico del Derecho Penal .....</b>	<b>45</b>
I. Introducción .....	45
II. AED positivo en Derecho penal: la decisión de delinquir .....	46
1. Introducción: la teoría de la elección racional en la criminología neoclásica .....	46
2. Los costes y beneficios privados del delito y el efecto disuasorio de la pena .....	53
3. Las propiedades de las situaciones delictivas que estructuran la elección del infractor.....	57
III. AED normativo en Derecho penal .....	58
1. El ACB en la prevención del delito .....	58
2. La pena ideal (análisis normativo-técnico): aumentar la severidad de la pena vs. aumentar la probabilidad de imposición .....	60
A. La forma de la sanción: privación de libertad vs. multa .....	62
B. Disuasión marginal .....	63
C. El “descuento del futuro” .....	64
D. El mayor efecto disuasorio de la (percepción de) probabilidad de condena que de la severidad de la pena .....	65
IV. Sumario y orientación .....	66
<b>Capítulo III.....</b>	<b>69</b>
<b>Análisis Económico de la Política Criminal</b>	
<b>en la Prevención de Delitos Económicos .....</b>	<b>69</b>
I. Introducción .....	69
II. La prevención del delito: algunas distinciones fundamentales ...	70
1. ¿Política criminal o política penal? .....	70
2. Legislación penal y legislación administrativa.....	72
3. La evaluación de la política criminal .....	73
III. Análisis positivo en los delitos económicos: el delincuente racional.....	79
1. Racionalidad de los agentes en los delitos económicos .....	79
2. BdeC: similitudes con la actividad mercantil .....	80
3. Racionalidad de los agentes y blanqueo de capitales.....	84
IV. Estrategias regulatorias y prevención de delitos económicos .....	85
1. Introducción .....	85
2. Análisis positivo y normativo de las estrategias regulatorias .....	86
A. Introducción.....	86
B. Estrategias restrictivas del conjunto de oportunidad.....	88

a.	Derogación o modificación de regulaciones o institutos jurídicos que proveen oportunidades para cometer delitos .....	88
b.	Derogación o modificación de institutos jurídicos que se utilizan como instrumentos para la comisión de delitos .....	89
c.	Legalización .....	90
C.	Estrategias que alteran los resultados de las oportunidades...	91
a.	Aumento de los costes de la conducta delictiva.....	91
aa.	La imposición de sanciones jurídicas negativas .....	91
bb.	Derecho de daños .....	96
b.	Disminución de los beneficios de la conducta delictiva. ...	99
aa.	Decomiso .....	100
bb.	Acción reivindicatoria .....	102
c.	Regulación por incentivos económicos .....	104
D.	Heterorregulación, autorregulación, correulación.....	107
a.	Introducción .....	107
b.	Heterorregulación y autorregulación .....	108
c.	Autorregulación y correulación (autorregulación regulada)	109
aa.	Introducción .....	109
bb.	El contenido de la autorregulación: normativa, declarativa, resolutive.....	113
cc.	La autorregulación regulada (correulación): la asunción de los poderes públicos de los resultados de la autorregulación	115
dd.	Proceso ascendente y descendente .....	116
ee.	Los efectos jurídicos de la autorregulación .....	116
ff.	Heterorregulación, autorregulación y correulación (autorregulación regulada) en la prevención del blanqueo de capitales.....	118
V.	El enfoque situacional: la prevención situacional del delito en la empresa .....	120
1.	Situaciones criminógenas y prevención situacional del delito ..	120
2.	Técnicas de prevención situacional.....	122
3.	¿Quién aplica las técnicas de prevención situacional?.....	124
4.	La prevención situacional en la empresa.....	127
5.	¿Es eficiente la gestión privada de la prevención situacional?	131
VI.	Sumario y orientación .....	132
	<b>Conclusiones de la Primera Parte .....</b>	<b>134</b>

**SEGUNDA PARTE**  
**Análisis Coste-Beneficio del Blanqueo de Capitales:**  
**Lesividad Social y Beneficios Sociales**

<b>Introducción</b> .....	141
<b>Capítulo I</b> .....	142
<b>El Blanqueo de Capitales: Concepto y Técnicas</b> .....	142
I. Introducción .....	142
II. Definición Criminológica de BdeC.....	142
1. Introducción .....	142
2. Definición criminológica de BdeC.....	144
A. Introducción.....	144
B. Definición criminológica.....	145
C. Algunos conceptos asociados al de BdeC.....	150
a. El BdeC como “proceso” orientado a un fin .....	150
b. Las diádas capital sucio/capital negro y capital de origen lícito/capital de origen ilícito .....	152
c. El objeto del BdeC: ¿dinero, bienes, capitales, activos? .....	154
III. Características contemporáneas del BdeC .....	155
1. Características del entorno social que proveen oportunidades para el BdeC.....	155
2. Magnitud económica del fenómeno .....	157
3. Vinculación con el crimen organizado.....	158
4. Internacionalización .....	159
5. Profesionalización del BdeC.....	160
IV. El proceso de blanqueo .....	163
1. Introducción/colocación ( <i>placement</i> ) .....	163
2. Transformación/ensombrecimiento ( <i>layering</i> ) .....	164
3. Integración.....	165
V. Técnicas utilizadas para blanquear capitales.....	166
1. Introducción .....	166
2. Técnicas de BdeC por sector económico.....	170
A. Sector financiero (I): entidades financieras .....	170
B. Sector financiero (II): establecimientos financieros no convencionales .....	173
C. Sector comercial y de servicios.....	174
D. Sector inmobiliario .....	175
E. Sector de casinos y juegos de azar .....	176
F. Sector de compraventa de joyas, metales preciosos, obras de arte y antigüedades .....	177
3. Conclusión.....	178
VI. Sumario y orientación .....	179

<b>Capítulo II</b> .....	181
<b>Costes y Beneficios Sociales del Blanqueo de Capitales</b> .....	181
I. Introducción .....	181
II. Análisis de los costes y beneficios del BdeC .....	181
1. Introducción .....	181
2. Análisis de los incentivos que determinan diferentes diseños del entorno legal .....	183
A. Prohibición total del BdeC.....	186
B. Prohibición parcial.....	188
C. Legalización.....	191
3. Evaluación de las consecuencias de los diferentes diseños institucionales .....	193
A. Introducción.....	193
B. La lesividad social del BdeC.....	195
a. Efecto criminógeno: el BdeC como incentivo para delinquir.....	195
b. Efectos lesivos sobre la economía .....	197
aa. Lesión de los bienes protegidos por las reglas de la libre competencia .....	197
bb. Daños al sistema financiero.....	202
cc. Daños macroeconómicos.....	206
c. Corrupción pública y privada.....	212
aa. Corrupción de funcionarios públicos y privados.....	212
bb. Otras consecuencias lesivas sobre el sistema político.	213
C. Los beneficios sociales del BdeC.....	214
D. Problemas de distribución de costes y beneficios sociales entre distintas sociedades: la cuestión internacional .....	215
a. La inequitativa distribución de costes y beneficios del BdeC transnacional.....	215
b. Análisis de los incentivos para que los refugios financieros cumplan con las normas de prevención del BdeC.....	216
c. Armonización de la regulación internacional.....	222
E. Las críticas a la prohibición del BdeC.....	225
a. La tesis de Bajo Fernández .....	226
b. La tesis de Suárez González .....	230
c. La tesis de Peter Alldridge .....	236
F. Conclusiones al ACB de la actividad de BdeC.....	240
III. Sumario y orientación .....	241
<b>Conclusiones de la Segunda Parte</b> .....	243

**TERCERA PARTE**  
**Análisis Positivo y Normativo**  
**del Sistema de Prevención y Castigo del BdeC**

<b>Introducción</b> .....	249
<b>Capítulo I</b> .....	250
<b>La Racionalidad del Sistema de Prevención y Castigo del BdeC</b> .....	250
I. Introducción .....	250
II. Análisis sistemático de los instrumentos de prevención y castigo del BdeC .....	251
1. Introducción .....	251
2. Análisis de las normas inter- y supranacionales .....	253
A. Introducción .....	253
B. La Declaración de Principios de Basilea (1988) .....	255
C. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas -Convención de Viena- (1988) .....	256
D. 40 Recomendaciones del GAFI (1990) .....	257
E. Convención del Consejo de Europa (1990) .....	258
F. Directivas Europeas (1991, 2001, 2005) .....	259
G. Corpus Iuris (1999) .....	260
H. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada–Convención de Palermo- (2000) .....	261
I. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) .....	262
3. La evolución de las estrategias de intervención a la luz de la normas .....	262
A. Primera etapa: la creación de un nuevo paradigma .....	263
B. Segunda etapa: unificación de los estándares .....	264
C. Tercera etapa: ampliación del ámbito de intervención de los estándares .....	265
D. Cuarta etapa: consolidación de los estándares .....	267
E. Quinta etapa: cambios en la estrategia regulatoria; del “mandato y control” a la “gestión del riesgo” .....	268
a. El contenido del cambio .....	268
b. Los actores del cambio .....	270
4. Toma de posición .....	273
5. Conclusiones .....	278

III. Las finalidades perseguidas por el Estado: especialmente sobre el decomiso de las ganancias .....	280
1. Introducción .....	280
2. Definición y clases de decomiso .....	283
3. Decomiso de las ganancias derivadas del delito .....	285
A. Introducción .....	285
B. La función disuasoria del decomiso de las ganancias .....	287
C. La función inocuidadora del decomiso de las ganancias.....	290
D. Tipos de decomiso de ganancias .....	291
a. Decomiso de bienes: decomiso básico y decomiso sustitutivo .....	291
b. Decomiso de valores .....	292
c. Decomiso de ganancias directas e indirectas .....	294
E. ¿Principio de beneficios brutos (Bruttoprinzip) o de beneficios netos (Nettoprinzip)? .....	296
F. Restricciones deontológicas al decomiso de las ganancias: ¿proporcionalidad? .....	298
G. El decomiso de los beneficios económicos derivados de la comisión de delitos imprudentes.....	300
H. El decomiso de los beneficios económicos derivados de la comisión de infracciones administrativas .....	301
I. El decomiso civil .....	302
4. Conclusiones.....	304
IV. Intervención directa e indirecta: la responsabilización del sector privado .....	306
1. Introducción .....	306
2. Los sujetos obligados: deberes esenciales y secundarios.....	309
3. Deber esencial I: el deber de no ejecutar la operación (sujeto obligado/gatekeeper) .....	314
A. Introducción: concepto y breve genealogía del mismo .....	314
B. Análisis positivo y normativo de la función de Gatekeeper .....	317
4. Deber esencial II: el deber de informar (sujeto obligado/whistleblower) .....	319
A. Introducción: concepto y orígenes .....	319
B. Los sujetos obligados como whistleblowers .....	322
a. Introducción .....	322
b. Análisis de las características del sujeto obligado/whistleblower.....	322
C. Análisis positivo y normativo de la función de sujeto obligado/whistleblower.....	331
5. Las interrelaciones entre el gatekeeping y el whistleblowing en la legislación de prevención del BdeC.....	335

6.	Whistleblowing y gatekeeping como soporte de las funciones estatales de decomiso e imposición de pena .....	336
7.	Autorregulación regulada: la función de Asociaciones Profesionales y de Empresas en la prevención del BdeC .....	337
8.	Red de control de gatekeepers y whistleblowers .....	340
9.	Conclusiones.....	341
V.	<b>El tipo penal de BdeC</b> .....	342
1.	Introducción: el fundamento político-criminal de la criminalización.....	342
2.	Análisis de <i>lege ferenda</i> : las distintas formas de tipificación penal según la finalidad político-criminal del legislador.....	344
3.	Análisis de <i>lege lata</i> : el bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 301 del CP .....	352
	A. Las lagunas de punibilidad y la necesidad del art. 301 del CP	352
	B. Las normas de resguardo: entre la Administración de Justicia y el bien jurídico protegido por el delito previo. ....	353
	a. Planteamiento general .....	353
	b. La seguridad interior.....	357
	c. El tráfico ilícito de bienes y la leal competencia en el mercado .....	358
	C. Conclusiones .....	362
4.	Los antecedentes del art. 301 del CP: las normas supra e internacionales .....	363
	A. El tipo penal básico .....	364
	B. El tipo penal de receptación de bienes o ganancias .....	364
	C. El tipo penal de tendencia interna trascendente .....	365
	D. El tipo penal de BdeC imprudente .....	365
5.	Análisis de <i>lege lata</i> : la función disuasoria del tipo penal de BdeC del art. 301 del CP.....	367
	A. Introducción.....	367
	B. Límites del análisis .....	367
	C. El BdeC doloso: los tipos penales del art. 301.1 y 301.2 del CP	371
	D. BdeC con imprudencia grave: el art. 301.3 del CP .....	379
	E. La relevancia de la ignorancia deliberada .....	383
6.	Conclusiones.....	388
VI.	<b>Sumario y orientación</b> .....	389
	<b>Capítulo II</b> .....	394
	<b>Intervención Indirecta:</b>	
	<b>Los Compliance Programs para la prevención del BdeC en la organización empresarial</b> .....	394
I.	Introducción .....	394



II.	Los factores criminógenos presentes en la estructura empresarial	396
1.	Breve descripción de los factores criminógenos en la empresa	396
2.	Elección racional y conducta ilícita en el ámbito empresarial ..	399
3.	Las técnicas de neutralización: su efecto sobre los costes morales y reputacionales .....	402
4.	Elección racional y técnicas de neutralización en la delincuencia empresarial .....	405
5.	Conclusión: el efecto criminógeno de la organización empresarial y el delito de BdeC.....	406
III.	Compliance Programs: concepto y alcance.....	408
1.	Los Compliance Programs como instrumento político-criminal	408
2.	Compliance Programs y técnicas de prevención situacional de carácter normativo.....	412
3.	Las fuentes de los Compliance Programs: redactores múltiples y autorregulación regulada .....	414
4.	El contenido del Compliance Program en la prevención del BdeC	415
A.	Introducción.....	415
B.	Contenido de los Compliance Programs .....	417
a.	Fines y valores .....	417
b.	El procedimiento .....	418
C.	Compliance Programs y prevención del BdeC.....	418
a.	Elementos de los Compliance Programs.....	418
b.	La gestión del riesgo en la prevención del BdeC .....	420
aa.	Introducción.....	420
bb.	El deber de diligencia con respecto al cliente.....	421
cc.	El deber de examen (examen general): el perfil del cliente	424
dd.	El deber de investigar (examen especial): el deber de investigar las operaciones inusuales.....	427
ee.	Conclusión: la operación sospechosa como presupuesto de los deberes de informar y no ejecutar la operación .....	429
c.	Códigos de conducta (valores, fines, reglas) .....	430
d.	Dirección de la empresa, órgano de control y comunicación y representante ante el SEPBLAC: identificación de líneas de responsabilidad, división de tareas y delegación .....	433
e.	Evaluación (interna y externa) del programa de cumplimiento.....	439
f.	Sistema de información .....	441
D.	El empleado del sujeto obligado como informante de irregularidades en la prevención del BdeC: el “empleado/whistleblower”.....	443

a. Fundamentos.....	443
b. Las fuentes comparadas del instituto del empleado/whistleblower.....	446
c. Las características del empleado/whistleblower .....	450
aa. El empleado/whistleblower en la legislación comparada.....	450
bb. El empleado/whistleblower en la autorregulación.....	458
d. Propuesta: regulación de la función del empleado/whistleblower en los programas de prevención del BdeC.....	459
IV. La responsabilidad disciplinaria, administrativa y penal en las empresas obligadas a colaborar en la prevención del BdeC .....	461
1. Introducción .....	461
2. La imposición de consecuencias jurídicas a las empresas para incentivarlas a promover la implementación de los Compliance Programs .....	463
3. Las sanciones a las personas físicas: directivos, Geldwäschebeauftragter, empleados .....	470
V. Sumario y orientación .....	480
<b>Conclusiones Generales de la Parte Tercera</b>	
<b>La Evaluación del Sistema de Prevención y Castigo del BdeC.....</b>	<b>482</b>
<b>CONCLUSIONES FINALES .....</b>	<b>501</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>iii</b>

## ABREVIATURAS

§, §§	parágrafo/s
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
art./s	artículo/s
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte general)
Aufl.	<i>Auflage</i> (edición)
BB	<i>Betriebs-Berater. Zeitschrift für Recht und Wirtschaft</i>
Bus. Law.	<i>The Business Lawyer</i>
B.U.L. Rev.	<i>Boston University Law Review</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cal. L. Rev.	<i>Southern California Law Review</i>
Cap.	Capítulo
Current Issues	<i>Current Issues in Criminal Justice</i>
Crim. Just.	
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Chi-Kent L. Rev.	<i>Chicago-Kent Law Review</i>
Coord./es.	Coordinador/es
CP	Código penal
Crime & Just.	<i>Crime &amp; Justice</i>
DIN	<i>Deutsches Institut für Normung</i>
Dir.	director
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
Ed.	edición
Ed.	Editor
fasc.	fascículo
FS	<i>Festschrift</i> (Libro homenaje)
GS	<i>Gedächtnisschrift</i> (Libro en memoria)
Hrsg.	<i>Herausgeber</i> (editor)
Iowa L. Rev.	<i>Iowa Law Review</i>
ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
J. Legal. Econ.	<i>Journal of Legal Economics</i>
J. L. Econ & Org.	<i>Journal of Law, Economics, &amp; Organization</i>
J. Legal Stud.	<i>The Journal of Legal Studies</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
Krim.J	<i>Kriminologisches Journal</i>
Mich. L. Rev.	<i>Michigan Law Review</i>
M SchrKrim	<i>Monatschrift für Kriminologie</i>
NJW	<i>Neue juristische Wochenschrift</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>

Nw. J. Int' L. & Bus.	<i>Northwestern Journal of International Law &amp; Business</i>
Or. L. Rev.	<i>Oregon Law Review</i>
OWIG	<i>Ordnungswidrigkeitgesetz</i>
p./pp.	página/s
PE	Parte especial
PG	Parte general
s./ss.	siguiente/s
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StV	<i>Strafverteidiger</i>
Trad.	traducción
TS	Tribunal Supremo
U. Chi. L. Rev.	<i>The University of Chicago Law Review</i>
U. Pa. J. Int.	<i>University of Pennsylvania Journal of International Business</i>
Va. L. Rev.	<i>Virginia Law Review</i>
Vand. L. Rev.	<i>Vanderbilt Law Review</i>
Vand. J. Transnat.	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
Vol.	volumen
wistra	<i>Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht</i>
ZIS	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i>
ZRP	<i>Zeitschrift für Recht und Politik</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

## **Introducción**



El blanqueo de capitales supone un interesante desafío para quienes pretenden abordarlo como objeto de estudio: tanto la perspectiva criminológica como la político-criminal y la estrictamente jurídico-penal presentan dificultades teóricas y prácticas importantes. No todas estas dificultades le son atribuibles al fenómeno en sí sino que, en algunas ocasiones, son tributarias de limitaciones propias del grado de desarrollo del debate académico en cada uno de estos ámbitos del conocimiento: así, por ejemplo, las interrelaciones existentes entre los regímenes jurídicos estatales, las regulaciones técnicas de grupos de expertos y la autorregulación de los agentes del mercado incluye una complejidad en el análisis político-criminal y jurídico-dogmático que se halla aún insuficientemente teorizada.

Al revisar la literatura académica y técnica sobre el tema se evidencia que mientras que en algunos países, como en España, ha prevalecido más bien un enfoque jurídico-dogmático de la cuestión con un fuerte acento en lo que se denomina la Parte Especial del Derecho penal, en otros, como en Alemania, los estudios criminológicos y de política jurídica aparecen matizando la prevalencia de aquel enfoque, mientras que en la literatura anglosajona es la perspectiva de política jurídica y, eventualmente, la criminológica la que parecen mayoritarias.

Dado este estado de cosas, al iniciar el análisis del objeto de estudio consideré que una aproximación a la regulación del blanqueo de capitales que se limitara al análisis jurídico-interpretativo del alcance del tipo penal de blanqueo de capitales del Código Penal español poco podría aportar de novedoso, dado el importante caudal de obras en español que ya existían sobre el tema. Al mismo tiempo, por aquella época ya había comenzado a interesarme por una particular perspectiva teórica que manifiesta una decidida e interesante apertura del sistema jurídico a las ciencias sociales: el Análisis Económico del Derecho (AED).

El AED es un instrumento muy versátil para el análisis del fenómeno jurídico, de particular interés en el estudio de la decisión de delinquir y de la respuesta conductual ante los incentivos positivos y negativos que establecen las normas legales y, por ende, un recurso teórico de gran utilidad en el diseño de política jurídica. Así mismo, provee de un criterio de valoración de las consecuencias de la misma: la eficiencia; de este modo se puede valorar la corrección de una política y compararla con diseños institucionales alternativos.

Por ello, el presente trabajo parte del presupuesto de que la aplicación del marco teórico del AED al blanqueo de capitales puede aportar una

perspectiva novedosa que permita una descripción y predicción adecuada de las conductas vinculadas al blanqueo, al tiempo que permita, por un lado, analizar los costes y beneficios sociales de dicha actividad (y establecer, así, su eventual lesividad social) y, por otro, con base en los daños sociales atribuibles a dicha actividad, orientar una respuesta político-criminal (político-jurídica) que resulte eficiente.

De lo expresado, resulta con claridad que el particular interés del trabajo en el análisis de la decisión de delinquir, en la lesividad social del blanqueo y en el diseño de política jurídica deja menos espacio para la “vieja y buena” dogmática jurídico-penal. Pero, a pesar de ello, y debido a la relevancia que el aparato teórico de la dogmática puede tener en relación con la eficacia del sistema de prevención, he incluido algunos apartados en los que se presentan las cuestiones más relevantes al respecto: así, por ejemplo, se exponen algunas cuestiones interpretativas del tipo penal de blanqueo de capitales del Código Penal español tal como las considera la doctrina dominante y, por otro lado, se analiza la interrelación entre el tipo penal de blanqueo, la regulación administrativa y los programas de prevención del blanqueo de capitales que deben implementar ciertas empresas en relación con la infracción del deber y la creación del riesgo jurídicamente desaprobado.

La línea argumental del presente trabajo se estructura en tres partes. En la Parte Primera se lleva a cabo un extenso y detallado análisis de la perspectiva teórica adoptada, el AED, que será luego aplicada al objeto de estudio: la actividad de blanqueo de capitales y el sistema de prevención y castigo del mismo. En la Parte Segunda se comienza a analizar desde la perspectiva del AED el fenómeno del blanqueo prestando particular atención al debate acerca de sus costes y beneficios sociales. En la Parte Tercera se aplica el AED al sistema de prevención y castigo del blanqueo de capitales para sentar las bases teóricas de su evaluación respecto de su aptitud para reducir la lesividad social atribuible al blanqueo.

El desarrollo que se lleva a cabo en la *Parte Primera* de los elementos más importantes del cuerpo teórico denominado AED se justifica en el aún escaso conocimiento que existe del mismo en el mundo de habla hispana y a la diversidad de corrientes que, con diversos e interesantes matices, pueden hallarse en el mismo. Por ello, aquí se desarrollan los conceptos clásicos de la elección racional (análisis positivo) y las variantes que presenta la aplicación de la idea de eficiencia (análisis normativo) como criterio de orientación en el diseño de política jurídica y, particularmente, de la política criminal.



Es en la *Parte Segunda* donde se comienza a aplicar el marco teórico al objeto de estudio. Luego de la necesaria definición y contextualización del fenómeno del blanqueo de capitales, se analiza la eventual lesividad del blanqueo, presupuesto necesario para resolver si se trata de una actividad que deba ser prohibida o promocionada. El trasfondo de la cuestión es algo confuso: mientras que, por un lado, algunos académicos parecen haber promovido la idea de que el blanqueo tiene grandes beneficios sociales y, por ende, debe ser promocionado, por otro lado, la retórica a la que han recurrido algunos organismos supra- e internacionales para promover su prohibición hace uso de un lenguaje emotivo que pretende más convencer que realizar distinciones. La conclusión que se adelanta es que “ni tanto ni tan poco”; en ciertas circunstancias el blanqueo puede dar lugar a beneficios sociales (bien lo saben los paraísos fiscales) pero, al mismo tiempo, los efectos lesivos son destacables: el efecto criminógeno, el efecto incremento del poder económico del crimen organizado y los efectos lesivos sobre la libre competencia en el mercado remiten a una dañosidad social que no sólo no debe soslayarse sino que justifica la prohibición de la actividad.

Es en la *Parte Tercera* donde, sobre la base de la justificación de la prohibición del blanqueo lograda en la Parte Segunda, se analiza el sistema de prevención y castigo del blanqueo de capitales. En los tres capítulos que conforman esta parte del trabajo se analizan diversos instrumentos jurídicos con base en los que se articula la política de prevención y castigo del blanqueo de capitales. Se argumentará que la finalidad del sistema de prevención y castigo del blanqueo consiste en evitar que quienes obtienen bienes de la actividad delictiva puedan ocultar su origen, ya que ello impediría que el Estado decomisara los bienes y los utilizase como prueba del delito previo. Así, el blanqueador (como sujeto analíticamente diferenciado del interviniente en el delito que da origen a los bienes) provee el servicio de evitar que su cliente sea privado de las ganancias y, a la vez, condenado con base en el carácter probatorio que poseen los bienes ilícitamente obtenidos. La eficacia de los institutos del decomiso y del castigo, que son prestaciones del sistema de Administración de Justicia, es tributaria de la intervención directa de agencias estatales (policía, fiscalía, unidades de información financiera) así como de la intervención indirecta por medio de agentes de sector privado obligados a colaborar en la prevención (los así llamados sujetos obligados): un análisis de eficiencia es necesario para saber bajo qué condiciones dicha responsabilización de profesionales y empresas resulta justificable. Por último, podrá observarse que las empresas que actúan como sujetos obligados a colaborar en la prevención deben implementar programas de cumplimiento (*Compliance Programs*) para cumplir con el

régimen legal y, de ese modo, evitar ser utilizadas para el blanqueo: las alternativas que presentan la pura heterorregulación jurídica o la autorregulación del sector privado en la configuración de los deberes parecen decantar en la práctica hacia una perspectiva mixta, la así llamada “autorregulación regulada” que también debe someterse a un análisis de eficiencia.

Para finalizar esta introducción cabe decir que el presente trabajo puede ser interpretado de dos formas. Por un lado, y principalmente, como un análisis del fenómeno del blanqueo de capitales y, sobre todo, del sistema de prevención y castigo del mismo: se pretende describir las razones que motivan la decisión de delinquir y, partiendo de este supuesto conductual, procurar el marco teórico a partir del cual juzgar la adecuación del sistema de prevención al criterio de eficiencia. Pero, a la vez, por otro lado, se evidencia la utilidad del AED tanto para la explicación y predicción de las conductas delictivas (al menos en el ámbito de los delitos económicos y del crimen organizado) como para la elaboración de propuestas de carácter normativo (normativo-ético y normativo-técnico) en el diseño de política jurídica. Puede decirse, entonces, que el trabajo presenta una cierta circularidad debido a que, por una parte, se pretende que la perspectiva metodológica adoptada sea la adecuada para analizar el objeto de estudio seleccionado y, a la vez, para que haya beneficio académico en el estudio del blanqueo de capitales, resulta necesario que el objeto de estudio se vea iluminado en nuevos aspectos debido a la aproximación teórica adoptada: tengo la expectativa de que esta doble labor esté lograda.

## **Primera Parte**

### **Perspectiva Metodológica: El Análisis Económico del Derecho y de la Política Criminal**



# Introducción

La primera parte de este trabajo pretende exponer los lineamientos del marco teórico desde el cual se analizará el fenómeno del blanqueo de capitales (BdeC, en adelante) y las estrategias regulatorias dirigidas a su prevención.

En el capítulo I se explica en qué consiste el Análisis Económico del Derecho (AED, en adelante) y cuáles son los instrumentos teóricos de que provee, partiendo de la descripción del Derecho como un sistema de modificación de incentivos. Por un lado, se analiza el denominado AED positivo que tiene como pretensión explicar o realizar predicciones acerca de la respuesta conductual de los individuos a las distintas formas de intervención jurídica, partiendo del supuesto conductual de racionalidad (en sentido instrumental) de aquellos. Por otro lado, se hace una descripción y crítica del criterio a partir del cual el AED evalúa los efectos de la legislación: la eficiencia. Así mismo, se explican los instrumentos básicos del análisis coste-beneficio como disciplina que permite operativizar y guiar el diseño de políticas públicas para la persecución de la eficiencia como objetivo social. Por último, se analizan las insoslayables cuestiones normativas que se derivan de la asunción de la eficiencia como un valor social y su relación/tensión con otros valores sociales y con los derechos fundamentales.

En el capítulo II se aplican los instrumentos teóricos del AED al Derecho penal. En este ámbito del Derecho el análisis positivo se encarga de explicar/predecir la decisión de delinquir, partiendo del supuesto de que una persona comete un delito porque los beneficios esperados del mismo exceden los costes esperados. Para conocer bajo qué circunstancias un individuo cometerá un delito resulta necesario comprender cuáles son los beneficios y costes esperados de éste, lo que aquí se lleva a cabo. La pena, como reacción distintiva del Derecho penal, cumple una función preventiva (prevención a través del castigo) al disuadir a los potenciales infractores de la comisión de delitos por medio de la imposición de un coste esperado que el potencial infractor deberá considerar al momento de realizar la evaluación de costes y beneficios esperados por él de su propia conducta. En relación con el análisis normativo se describe la así llamada “función de coste social del delito” y el análisis coste-beneficio aplicados a la prevención del delito. Luego, y para finalizar, se analizan algunas cuestiones típicas del análisis normativo en Derecho penal: la disyuntiva acerca de si se debe aumentar la severidad de la pena o su probabilidad de imposición, la cuestión de qué tipo de

sanción resulta más eficiente, la denominada “disuasión marginal” así como el fenómeno del “descuento del futuro”.

En el capítulo III, último de esta primera parte, se amplía el espectro de intervención del AED para evaluar diferentes estrategias regulatorias que pueden ser eficientes en la prevención de delitos económicos. Siguiendo el esquema anterior se parte del análisis positivo de la decisión de delinquir en los delitos económicos para indicar las razones que permiten predicar que los delincuentes económicos actúan de forma racional en sentido instrumental. Luego se hace un análisis de distintas estrategias de intervención con que cuenta el Estado para disuadir a los individuos de la comisión de delitos económicos. Más tarde se analizan particularmente las estrategias de prevención situacional del delito, su aplicación a los delitos económicos y la imposición de deberes de colaboración a sujetos privados.

# Capítulo I

## El Análisis Económico del Derecho (AED)

### I. La aproximación económica al Derecho

#### 1. Introducción

El AED forma parte de una serie de enfoques interdisciplinarios que se interesan por las interrelaciones entre el Derecho y su entorno social, tales como los estudios de Derecho y psicología, Derecho y teoría política positiva o Derecho y sociología. Todos estos enfoques comparten la utilización de los métodos de las ciencias sociales para aplicarlos al análisis del fenómeno jurídico<sup>1</sup>. La particularidad del AED consiste en que para el estudio de fenómenos y problemas del sistema jurídico se aplican técnicas de análisis económico<sup>2</sup>.

Una forma de entender la economía es definirla por su objeto: la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Pero los analistas económicos del Derecho se aprovechan de otra definición de economía debida al economista inglés LIONEL ROBBINS, por la cual se caracteriza a la economía no por su objeto sino por su *método* de estudio: la economía se define como “*la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre los fines y los medios escasos susceptibles de usos alternativos*”<sup>3</sup>. Así, el concepto de “*escasez*” se convierte en la piedra de toque de la

---

<sup>1</sup> Acerca de las aproximaciones interdisciplinarias entre Derecho y ciencias sociales, ver MACEY, J.; “Law and The Social Sciences”, *21 Harvard Journal of Law and Public Policy (1997-1998)*, p. 171 y ss. También existen otras aproximaciones del género “Law and...” que no se fundan en las ciencias sociales como feminismo y Derecho, Derecho y literatura o Derecho y biología, conf. ULEN, T.; “The Lessons of Law and Economics”, *2 J. Legal Econ. (1992)*, p. 104.

<sup>2</sup> PASTOR, S.; *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 31.

<sup>3</sup> ROBBINS, L.; *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2da. Ed., Macmillan and Co.; London, 1935, p. 16, cit. en ORTIZ DE URBINA, I.; “El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Courtis (Ed.), Trotta, Madrid, 2006, p. 324. Esta definición de economía ha sido aceptada por la mayoría de los economistas. En este sentido, HARGREAVES, S./HOLLIS, M./LYONS, B./SUGDEN, R./WEALE, A.; *The Theory of Choice. A Critical Guide*, Blackwell, Oxford/Cambridge, 1994, p. viii.

economía como disciplina y en el punto de partida del análisis económico como método<sup>4</sup>.

La aplicación del análisis económico al estudio del Derecho permite una aproximación a las instituciones jurídicas distinta de las usualmente transitadas en la tradición jurídica continental europea. En este ámbito, el enfoque de estudio se ha caracterizado por uno de carácter descriptivo y sistematizador (exegético) de lo que las normas dicen, así como por el de la dogmática jurídica (análisis jurídico formal), cuyo eje central es el establecimiento de reglas de interpretación de esas normas conforme a ciertas fuentes o principios<sup>5</sup>.

El AED aporta otro enfoque que se orienta a describir cuál es el efecto real de una institución jurídica (*análisis positivo/descriptivo*) y/o a proponer un diseño de ésta de forma que se conforme al criterio de eficiencia (*análisis normativo/prescriptivo*). Es decir, el AED importa de la microeconomía una teoría del comportamiento humano para predecir en qué forma la gente responderá a los cambios en la legislación y, al mismo tiempo, provee un estándar normativo para evaluar el Derecho y las políticas públicas: la eficiencia<sup>6</sup>.

El análisis descriptivo es una aproximación metodológica que tiene como objeto de estudio el *ser* del Derecho y que, partiendo del supuesto conductual de racionalidad de los agentes (es decir, el individuo como *homo oeconomicus*), pretende explicar y predecir las consecuencias de las instituciones jurídicas sobre el comportamiento humano, mientras que el análisis normativo se interesa por el *deber ser* del Derecho, para lo cual evalúa dichas consecuencias con el objeto de conocer su adecuación al valor “eficiencia” y proponer diseños jurídicos (institucionales)

---

<sup>4</sup> ORTIZ DE URBINA, I.; “El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, p. 324.

<sup>5</sup> PASTOR, S.; *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, p. 30. También acerca del desarrollo de la ciencia jurídica desde el siglo XIX con base en una pretensión descriptiva y exegética del sistema jurídico y sus diferencias con la perspectiva del AED, CALSAMIGLIA, A.; “Justicia, Eficiencia y Derecho”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 1 (Septiembre-diciembre 1988)*, pp. 306-309. Sin embargo, afirma Silva Sánchez, si bien no pocos establecen una estrecha vinculación entre las construcciones del Derecho penal (continental) y los razonamientos de la ética de principios de raíz kantiana, la propia dogmática de la teoría del delito tiende a elaborarse desde perspectivas teleológicas, muy aptas para acoger en su seno consideraciones de eficiencia. Conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; “Eficiencia y Derecho Penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales 1996, Fascículo I*, pp. 95-96.

<sup>6</sup> Todo conf. COOTER, R/ULEN, T.; *Law and Economics*, 4ª Ed., Pearson Addison Wesley, Reading/ Massachusetts (et. al.), 2004, p. 4.



alternativos que mejor satisfagan los requisitos impuestos por dicho baremo<sup>7</sup>.

Puede decirse, así, que el AED presenta una *orientación a las consecuencias* (*Folgenorientierung*) en un doble sentido: por un lado, en relación con la elaboración de pronósticos de las consecuencias o efectos esperados de la legislación -o de las decisiones judiciales- (*Folgenprognose*) partiendo del supuesto conductual de la elección racional y, por otro, en la valoración de dichas consecuencias o efectos (*Folgenbewertung*) conforme al valor eficiencia<sup>8</sup>.

Si bien este enfoque se puede utilizar tanto para la aplicación judicial de la ley como para orientar la actividad del legislador<sup>9</sup>, en el presente trabajo lo utilizaré para analizar y evaluar la política criminal (o, más concretamente, la política jurídica orientada a la reducción y control del delito de blanqueo de capitales)<sup>10</sup>, limitándome en aquellas cuestiones que refieran a problemas de imputación de responsabilidad o interpretación de la ley a seguir la teoría del delito y los cánones tradicionales respectivamente.

---

<sup>7</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I.; “El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, p. 325. Por su parte, Pastor entiende que las preguntas clave de las que parte un analista económico del derecho son: a) ¿qué incentivos de conducta producen las normas jurídicas sobre los individuos?; b) ¿qué efectos (de eficiencia, distributivos u otros) producen las normas jurídicas? ¿Inducen las normas e instituciones jurídicas comportamientos eficientes o equitativos? ¿Asignan las reglas jurídicas el riesgo de una manera eficiente?; en PASTOR, S.; *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, pp. 35-36.

<sup>8</sup> Conf. EIDENMÜLLER, H.; *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Mohr, Tübingen, 1995, pp. 3-6.

<sup>9</sup> Conf. BAYÓN, J.C.; “Justicia y Eficiencia”, en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz/Colomer (Eds.), Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 244. Acerca del papel del AED y, particularmente, de los incentivos para guiar la conducta de los ciudadanos y de la eficiencia como valor en la teoría de la legislación, ver ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 36-38. También CALSAMIGLIA, A.; “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, en *Doxa N° 13 (1993)*, pp. 165, 166 y 172 y ss. CALSAMIGLIA, A.; “Justicia, Eficiencia y Derecho”, p. 330 y ss. En el mismo sentido, entendiendo que el AED resulta útil tanto para la aplicación del Derecho como para la teoría de la legislación pero que “*el análisis económico del derecho es en primer lugar una teoría de la legislación*”, EIDENMÜLLER, H.; *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, pp. 8, 13. En relación con el Derecho penal, refiriéndose tanto a la Política Criminal como a la dogmática del delito, SILVA SÁNCHEZ, J.M.; “Eficiencia y Derecho Penal”, pp. 95-96.

<sup>10</sup> Un análisis del AED como instrumento de análisis en el marco de la teoría de la legislación (*Gesetzgebungstheorie*) en EIDENMÜLLER, H.; *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, p. 414 y ss.

## 2. Los orígenes y la evolución del AED

Los orígenes del AED pueden rastrearse hasta los trabajos de ADAM SMITH sobre los efectos económicos de la legislación reguladora de actividades económicas (1776) y las obras de JEREMY BENTHAM sobre la teoría de la legislación y el utilitarismo (1782, 1789). Sin embargo, no fue hasta la mitad del siglo XX cuando, cumpliendo la predicción que el juez OLIVER WENDELL HOLMES realizara hace ya más de cien años<sup>11</sup>, la relación entre Derecho y economía devino un objeto significativo de investigación académica<sup>12</sup>.

Hasta alrededor de 1960 el AED se desarrolló con el objetivo de explicar el comportamiento de los agentes en los mercados económicos explícitos<sup>13</sup>. Por ello, los estudios se centraron en el Análisis Económico del Derecho de la competencia, del Derecho corporativo, del Derecho de patentes, del Derecho de contratos y los servicios públicos<sup>14</sup>.

Pero a partir de 1960 los postulados económicos se generalizan con la pretensión de ser aplicados más allá del dominio de las transacciones de los mercados explícitos, extendiéndose así a todo el sistema jurídico: el Derecho civil, el Derecho penal, el procedimiento administrativo, la teoría de la legislación y de la regulación, y aun el Derecho constitucional o el Derecho de familia se convierten en su objeto de análisis<sup>15</sup>.

Se mencionan como los gestores de este cambio hacia un “nuevo” AED al artículo de GUIDO CALABRESI sobre Derecho de daños “*Some Thoughts*

---

<sup>11</sup> Conf. ULEN, T.; “The Lessons of Law and Economics”, p. 103.

<sup>12</sup> POSNER, R./PARISI, F.; “Law and Economics: An Introduction”, en *Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, N° 81), Vol I: Theoretical and Methodological Foundations*; Posner/Parisi (eds.), Edward Elgar, Cheltenham y Lyme, 1997, p. ix. PARISI, F.; “Positive, normative and functional schools in law and economics”, en *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2ª Ed., Backhaus (Ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2005, p. 58.

<sup>13</sup>  *Mercados explícitos* son aquellos en que los precios de las transacciones están directamente expresados en dinero (la compra de un automóvil, por ejemplo), mientras que en los *mercados implícitos* los precios de las transacciones no están directamente expresados en dinero y en ocasiones no son siquiera susceptibles de evaluación en términos monetarios, si no es de un modo aproximado. ORTIZ DE URBINA, I.; “El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, p. 324.

<sup>14</sup> POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 6ª Ed. 2003, p. 23.

<sup>15</sup> Conf. POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 23. También en POSNER, R./PARISI, F.; “Law and Economics: An Introduction”, p. ix. Sobre el “nuevo” y “viejo” AED, ver POSNER, R.; “Economic Approach to Law”, *53 Texas Law Review (1974-1975)*, pp. 758-760. También COOTER, R/ULEN, T.; *Law and Economics*, pp. 1 y 2.

on *Risk Distribution and the Law of Torts*” (1961) y el artículo de RONALD COASE “*The Problem of Social Cost*” sobre el coste social (1960)<sup>16</sup>. El artículo de CALABRESI fue el primer intento por parte de un jurista de examinar de forma sistemática el Derecho de daños desde una perspectiva económica, en el cual argumentó que el objetivo del Derecho de daños era minimizar la suma de los costes de los accidentes y los costes de la prevención de accidentes. Más tarde refinó esta idea proponiendo una teoría de la responsabilidad por los daños producto de los accidentes: los costes de los accidentes podrían minimizarse si la parte que puede evitar el accidente a menor coste fuera hecho responsable por los daños. Por su parte, COASE desarrolló una teoría en relación con la eficiencia de la intervención estatal argumentando que tanto las soluciones de mercado como la de intervención suponen costes y éstos deben tenerse en cuenta cuando se propone una medida u otra. Así mismo, en este trabajo elaboró una proposición que luego fue denominada “*Teorema de Coase*”: el teorema sostiene que en un mundo donde los costes de transacción son igual a cero los derechos de propiedad se transferirán a aquellos que más los valoran<sup>17</sup>.

Insoslayable en la evolución del nuevo AED resulta, así mismo, la mención del premio Nobel de economía GARY BECKER así como de ISAAC EHRLICH. El primero no sólo ha explorado muchas áreas de la vida como el altruismo, la formación de capital humano y la discriminación que han devenido parte integral de los estudios sobre Derecho de familia y Derecho laboral<sup>18</sup>, sino que también ha dado origen a los estudios económicos del Derecho penal y la política criminal en su seminal artículo “*Crime and Punishment: An Economic Approach*” (1968)<sup>19</sup>, retomando y profundizando la herencia dejada por el MARQUÉS DE BECCARIA, JEREMY BENTHAM y P.J.A. FEUERBACH<sup>20</sup>. EHRLICH, por su parte, ha sido

---

<sup>16</sup> Los artículos de Calabresi y Coase son: CALABRESI, G.; “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale L.J. Vol. 70 (1961)*, pp. 499-553; y COASE, R.; “The Problem of Social Cost”, *3 J. Law & Econ. 1 (1961)*.

<sup>17</sup> Todo conf. VELJANOVSKI, C.; *The Economics of Law. An Introductory Text*, Hobart Paper 114, The Institute of Economic Affairs, Londres, 1990, pp. 21-22.

<sup>18</sup> Conf. BAIRD, D.; “The Future of Law and Economics: Looking Forward”, *Univ. Chicago Law Review 64 (1997)*, p. 1130.

<sup>19</sup> BECKER, G.; “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *The Journal of Political Economy, Vol. 76, Nro.2 (Mar-Apr. 1968)*, p. 176.

<sup>20</sup> Acerca de la influencia del pensamiento de Beccaria y Bentham en el AED, ver POSNER, R.; *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1981, pp. 13 y ss. También MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.; *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, Comares, Granada, 1998, p. X. Acerca de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach como antecedente del AED, ver HERZOG, F.; *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York, 1987, pp 41-48. En el Tratado de Derecho Penal de Feuerbach

pionero en el análisis económico del Derecho penal y el efecto disuasorio de la pena debiendo destacarse su "*The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement*" (1972)<sup>21</sup>.

Los años 70 son descritos como una década decisiva en el crecimiento del AED. Sin duda el exponente más claro de esta época es RICHARD POSNER quien publica su manual de AED en el que articula una visión general aplicando esta metodología a todas las áreas del Derecho. Así mismo, su pretensión en aquella época de transformar a la eficiencia en el único valor director de la política legislativa y las decisiones judiciales fue tan controvertida como provocadora de importantes debates<sup>22</sup>.

Los años 80 fueron una época de maduración y consolidación del AED<sup>23</sup>. Como producto de estos desarrollos, en la actualidad varias escuelas compiten en el ámbito del AED difiriendo tanto en relación con el supuesto conductual de racionalidad de los individuos y más aún en relación con la importancia y el lugar que corresponde a la eficiencia en el

---

puede observarse la cercanía con el actual análisis de la teoría de la elección racional y su relación con la pena como coste esperado, ver VON FEUERBACH, P.J.A.; *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Zaffaroni/Hagemeier (Trad.), Hammurabi, Buenos Aires, 1989, particularmente p. 60 y ss. Acerca de la denominada Escuela Clásica en la criminología y las concepciones actuales neoclásicas, puede verse un análisis en español en: CID MOLINÉ, J./LARRAURI PIJOAN, E.; *Teorías Criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 33-56; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, 5ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 259 y ss. y 503 y ss. ; GARRIDO, V./STANGELAND, P./REDONDO, S.; *Principios de Criminología*, 3ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 175 y ss.; SERRANO MAÍLLO, A.; *Introducción a la Criminología*, 4ª Ed., Dykinson, Madrid, 2006, pp. 85-95 y 264 y ss. En la literatura anglosajona puede verse, entre otros, VOLD, G./BERNARD, TH./SNIPES, J.; *Theoretical Criminology*, 5ª Ed.; Oxford University Press, New York/Oxford, 2002, pp. 14-20 y 196 y ss. Acerca de la influencia que la obra de C. Beccaria tuvo sobre J. Bentham, con un análisis de las similitudes y diferencias entre los planteamientos de uno y otro, ver HART, H.L.A.; "Bentham and Beccaria", en *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press: Oxford University Press, Nueva York, 1982, pp. 40 y ss.

<sup>21</sup> EHRLICH, I.; "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement", en *Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, N° 81), Vol II: Contracts, Torts and Criminal Law*; Posner/Parisi (eds.), Edward Elgar, Cheltenham y Lyme, 1997, p. 490. Originalmente publicado en *Journal of Legal Studies* 1972, I (2), Junio, 259-76.

<sup>22</sup> VELJANOVSKI, C.; *The Economics of Law. An Introductory Text*, pp. 21-22.

<sup>23</sup> En el largo proceso de consolidación del AED parecen haber jugado un papel destacado algunas revistas especializadas como el *Journal of Law and Economics* (1958), el *Journal of Legal Studies* (1972), el *Research in Law and Economics* (1979), la *International Review of Law and Economics* (1981), la *Supreme Court Economic Review* (1982), el *Journal of Law, Economics and Organization* (1985), el *European Journal of Law and Economics* (1994), *The American Law and Economics Review* (1999), el *Journal of Empirical Legal Studies* (2004) o la *Review of Law and Economics* (2005). Conf. PARISI, F.; "Positive, normative and functional schools in law and economics", pp. 59-60.

análisis del Derecho. Entre estas escuelas pueden mencionarse la Escuela de Chicago, la Teoría de la Elección Pública, el Institucionalismo y el Neo-Institucionalismo, la Escuela de New Haven, los estudios de *Law and Social Norms* y el Análisis Económico-Conductual del Derecho (*Behavioral Law and Economics*)<sup>24</sup>. Esta última ha sido de particular relevancia al haber destacado ciertas limitaciones del enfoque neoclásico y en particular la idea de racionalidad humana, punto en el que se encuentra con la escuela neoclásica en el ámbito de la criminología.

Los estudios criminológicos también reflejaron el vertiginoso ascenso del enfoque neoclásico, particularmente a partir de los años 70<sup>25</sup>, consolidándose la teoría de la elección racional (análisis positivo) a partir de los años 80 y 90 del siglo pasado como una de las perspectivas teóricas dominantes en el ámbito de esta disciplina en el mundo anglosajón<sup>26</sup>.

Como se verá, sin embargo, la vertiente criminológica no ha aceptado sin beneficio de inventario el presupuesto de racionalidad de los infractores y la perspectiva de la disuasión de los modelos neoclásicos: en línea con el *Análisis Económico-Conductual del Derecho* parte del supuesto de que los seres humanos al cometer delitos poseen una *racionalidad limitada*, aunque racionalidad al fin, y, a la vez, *pari passu* con los trabajos de la corriente de *Law & Social Norms* del AED, ha ampliado el espectro de la teoría de la disuasión agregando a las sanciones formales (impuestas por el Estado) los costes morales y reputacionales de la conducta infractora<sup>27</sup>. También

---

<sup>24</sup> Para un análisis detallado de estas corrientes ver MERCURO, N./MEDEMA, S.G.; *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, 3ª Ed., Princeton University Press, 1999, p. 51 y ss. PARISI, F.; “Positive, normative and functional schools in law and economics”, p. 63 y ss. En español ver ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, Tesis Doctoral Inédita, 2003, pp. 289-342.

<sup>25</sup> Conf. NEWBURN, T., *Criminology*, Willan Publishing, Cullompton, 2007, p. 280.

<sup>26</sup> Para un breve desarrollo histórico de los enfoques neoclásicos, ver también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 266 y ss.

<sup>27</sup> En efecto, el *Análisis Económico-Conductual del Derecho* no parte del supuesto de racionalidad plena de los individuos sino que supone que los individuos al tomar decisiones padecen de ciertas limitaciones. Así, las personas cuentan con *racionalidad limitada* ya que poseen capacidades limitadas para computar los costes y beneficios de su conducta y déficits de memoria, lo que conlleva un alejamiento de la idea de racionalidad estándar de la escuela neoclásica tanto en lo que hace al juicio acerca de los costes y beneficios esperados como en el papel que tiene la función de utilidad en la toma de decisiones. Al mismo tiempo, se entiende que padecen de *voluntad limitada* tal como lo evidencia los casos de “akracia” en los que los seres humanos llevan a cabo conductas que saben se encuentran en conflicto con sus intereses a largo plazo y, por último, *limitado autointerés* en el sentido de que las personas se interesan no sólo por sí mismas sino también por otros. Conf. JOLLS, CH./SUNSTEIN, C./THALER, R.; “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en *Stanford Law Review* N° 50 (1997-1998), pp. 1476-

el análisis normativo cumple un papel en este ámbito si se observan las reiteradas menciones al análisis coste-beneficio en el diseño de la política criminal, aunque, también en línea con los desarrollos llevados a cabo en el seno del AED en los años 80 y 90, la eficiencia ha dejado de ser el único criterio de valoración de las políticas públicas (y de la política criminal como un caso de ellas). La aceptación de este enfoque en el ámbito de la criminología se debe sobre todo a las aportaciones de RONALD CLARKE, DEREK CORNISH y MARCUS FELSON<sup>28</sup>.

En virtud de los niveles de complejidad que ha alcanzado en la actualidad el debate dentro del enfoque neoclásico resulta un mandato de claridad metodológica definir los términos teóricos del AED que utilizaré a lo largo del trabajo, sin negar que puedan exudar cierto eclecticismo para aquel que sea un purista alineado en alguna de las corrientes mencionadas.

---

1480. En el mismo sentido, Sunstein dice que se requieren estudios empíricos para analizar los errores cognitivos y las distorsiones motivacionales para llevar a cabo predicciones más acertadas de la conducta humana pero que, sin embargo, “*de ello no se sigue que la conducta de las personas sea impredecible, sistemáticamente irracional, aleatoria, carente de reglas o elusiva para los científicos sociales*” y que la cuestión relevante para los juristas consiste en saber “*de qué modo el análisis del sistema legal debería ser modificado si se entiende que las personas son cuasi racionales manifestando voluntad limitada, auto-interés limitado y racionalidad limitada*”, conf. SUNSTEIN, C.; “*Toward Behavioral Law and Economics*”, en *Judgment, Decisions, and Public Policy*, Gowda/Fox (Eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 218. Sobre el Análisis Económico-Conductual del Derecho puede verse también SUNSTEIN, C.; “*Introduction*”, en *Behavioral Law and Economics*, Sunstein (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 1-11. También aplica el supuesto de racionalidad limitada en el AED apoyándose en el “*Behavioral Law and Economics*”, OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, Hart, Oxford/Portland, 2006, p. 25. Por su parte, los estudios categorizados bajo el nombre de *Law & Social Norms* han ampliado el espectro de interés del AED al evidenciar la importancia de la función que cumplen las normas sociales vigentes en una comunidad así como su relación con las normas jurídicas como mecanismo de control social. Fundamental ver POSNER, E.; *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2000. Así, por ejemplo, en el ámbito de los estudios criminológicos neoclásicos proponen una consideración amplia de los costes esperados del delito que incluya los costes morales y reputacionales y no se limite al coste esperado de las sanciones jurídicas negativas, GRASMICK, H.G./BURSIK, R.J.; “*Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model*”, en *Contemporary Criminological Theory*, Cullen/Burton (Eds.), Dartmouth, Aldershot, 1994, p. 45 y ss. (originalmente publicado en *Law & Society* N° 24 pp. 837-861).

<sup>28</sup> Conf. NEWBURN, T., *Criminology*, pp. 281-290. Un trabajo insoslayable de Clarke y Cornish es CLARKE, R./CORNISH, D, “*Rational Choice*”, en *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Roxbury Publishing, Los Angeles, 2001, p. 23 y ss.

## II. Conceptos clave

### 1. AED positivo y normativo

El primer nivel de análisis en que opera un analista económico del Derecho es el denominado *AED positivo*. El *análisis positivo* opera con dos premisas básicas: 1) Los individuos son racionales y tratan de maximizar su bienestar. Esta hipótesis de maximización y racionalidad del comportamiento significa capacidad para ordenar sus preferencias y para optar por la que más les satisfaga<sup>29</sup>; 2) las normas legales alteran los incentivos relativos vinculados a acciones individuales alternativas y, por ello, la cantidad y carácter de la actividad<sup>30</sup>.

Estas dos premisas permiten hacer *predicciones*, tales como que la aplicación de responsabilidad objetiva en accidentes de tránsito incrementará el número de accidentes fatales o que el incremento en la severidad así como en la certeza de la sanción penal reducirá la tasa de criminalidad<sup>31</sup>. Así, la aportación del *AED positivo* consiste en la formulación de hipótesis acerca de cómo responderán los individuos a las normas jurídicas existentes o a las modificaciones legislativas<sup>32</sup>.

Los cambios legales a que se hace referencia no se reducen a una modificación de los enunciados legales, sino que incluyen distintas formas de modificar las normas de conducta y los costes y beneficios asociados a ellas<sup>33</sup>:

- a) las *modificaciones formales (derogación o aprobación de una nueva norma)*: así, por ejemplo, inclusión en el Código Penal (en adelante, CP) de un tipo penal de BdeC, o su modificación o derogación;
- b) los *cambios en la norma de conducta* exigida al ciudadano que *no suponen una efectiva modificación del ordenamiento jurídico formal* (por ejemplo, una nueva interpretación jurisprudencial): un ejemplo interesante

---

<sup>29</sup> PASTOR, S.; *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, p. 32. POSNER, R.; "Economic Approach to Law", p. 763.

<sup>30</sup> POSNER, R.; "The Law and Economics Movement", en *The American Economic Review*, Vol. 77, N<sup>o</sup>2, May, 1987, p. 5. También en POSNER, R./PARISI, F.; "Law and Economics: An Introduction", p. xi.

<sup>31</sup> POSNER, R.; "The Law and Economics Movement", en *The American Economic Review*, Vol. 77 N<sup>o</sup>2 (Mayo 1987), p. 5.

<sup>32</sup> OGUS, A.; "What Legal Scholars can learn from Law and Economics", en *79 Chi.-Kent L. Rev.* (2004), p. 384. En palabras de Cass Sunstein: "La labor positiva se ocupa de explicar por qué el derecho es como es y de predecir las consecuencias de la ley". SUNSTEIN, C.; "On Philosophy and Economics", en *Quinnipiac Law Review* 2000, p. 335.

<sup>33</sup> Sigo a ORTIZ DE URBINA, I.; "El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?", p. 326.

- vinculado al BdeC es la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) de 30 de marzo de 2004, en la que este Tribunal Constitucional, sosteniendo una *interpretación conforme a la Constitución* (*verfassungskonforme Auslegung*) de los tipos penales doloso e imprudente de BdeC del Código Penal alemán (en adelante, StGB) (§ 261 incisos 1 y 2 y 5, respectivamente), excluyó de los casos denotados por el tipo penal la conducta de los abogados defensores penales que aceptan honorarios pagados con dinero sucio, cuando actúan de forma imprudente o con dolo eventual, en razón de que su inclusión afectaba el derecho de defensa y la libertad de ejercicio profesional<sup>34</sup>; y
- c) los *cambios en la política de aplicación de una norma* (por ejemplo, la decisión de incrementar la persecución de un cierto tipo de delitos o infracciones administrativas): así, por ejemplo, la decisión de crear una unidad gubernamental centralizada para la prevención del BdeC, como la *Comisión de Prevención de BdeC e Infracciones Monetarias* dependiente del Ministerio de Hacienda en España<sup>35</sup>, que aumente la probabilidad (o la percepción de probabilidad) de detención y condena por este delito.

---

<sup>34</sup> Para una detallada descripción y análisis del caso en español ver PEREZ MANZANO, M.; “Los Derechos Fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las ‘conductas neutrales’. La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005, S. 791 y ss. Sobre la discusión en España ver RAGUÉS I VALLÉS, R.: “Lavado de Activos y Negocios Standard”, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La Lectura/Lerner, Córdoba, 2001, pp 621-653. Particularmente interesante en la posición de Ragués i Vallés es que a pesar de que, por medio de una interpretación de los fines del tipo penal de BdeC (art. 301 Código Penal español), excluye el cobro de honorarios por parte del defensor penal del tipo penal mencionado, admite la utilización de instrumentos disuasorios distintos a la pena contra el abogado, como es el decomiso de los honorarios (ver pp. 651-53). Sobre la discusión académica en Alemania en torno a jurisprudencia previa al fallo del TC alemán, ver AMBOS, K.; “Annahme ‘bemakelten’ Verteidigerhonorars als Geldwäsche?”, *JZ* 2/2002, particularmente pp. 73-76. Así mismo, en relación el procesamiento de la decisión en la teoría del delito, Kai Ambos aboga por un análisis de la cuestión en la instancia de justificación de la conducta (*Rechtfertigungslösung*) (ver p. 80 en adelante). Para un estudio posterior a la decisión del TC alemán; MÜSSIG, B.; “Strafverteidiger als ‘Organ der Rechtspflege’ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche”, *vistra* 2005, pp. 201-206. Particularmente interesante, y como contrapunto de la posición de Kai Ambos, es la idea de Müssig de que el análisis de la exclusión de la aceptación de honorarios debe realizarse en el tipo objetivo al momento de definir la imputación objetiva, en razón de tratarse de un debate sobre los límites de la adecuación del rol del abogado en el Estado de Derecho. Ver pp. 202-203.

<sup>35</sup> Para más información sobre la Comisión, puede visitarse la página web de la Secretaría de la Comisión en [http://www.sepblac.es/espanol/home\\_esp.htm](http://www.sepblac.es/espanol/home_esp.htm) (visitada el 5 de octubre de 2006)



Para determinar estos efectos de los cambios normativos se opera, como se ha dicho, con el supuesto conductual de racionalidad de los agentes y por medio de *modelos* que, a partir de dicho supuesto conductual, tienen como objeto simplificar el análisis haciendo abstracción de ciertos elementos de la racionalidad.

De este modo, el *AED positivo* permite, con base en estos presupuestos, *identificar y cuantificar los efectos de la ley* sobre la base de variables mensurables<sup>36</sup>. Así, por ejemplo, la creación de un tipo penal de BdeC, con su correspondiente pena, agrega un desincentivo para la realización de dichas conductas, lo que puede implicar que ciertos efectos sociales (incentivo para cometer otros delitos, efectos anticompetitivos o cualquier otro que se le adjudique al BdeC) dejarán de producirse o se producirán en menor medida por una disminución de la actividad.

Por otra parte, el *análisis normativo (o prescriptivo)* se apoya en los datos provistos por el análisis positivo para proponer cambios en el sistema jurídico con la finalidad de mejorar el diseño de éste, conforme la persecución de la eficiencia como objetivo social<sup>37</sup>. Conceptos clave en este análisis son el de *eficiencia* y el de *análisis coste-beneficio*<sup>38</sup>.

El análisis normativo presenta, al menos, tres importantes problemas. En primer lugar, no existe acuerdo acerca del significado del concepto “eficiencia”: así la eficiencia en teoría económica puede ser “productiva”, “asignativa”, “paretiana”, en sentido “Kaldor-Hicks”, etc<sup>39</sup>. Luego, se plantea la cuestión de si la eficiencia (conforme cierta definición de la misma) es un objetivo social legítimo y, por último, en caso de ser considerado un objetivo valioso a ser perseguido por la sociedad, cuál es su relación con otros objetivos sociales como la equidad, la seguridad jurídica, el respeto de los derechos fundamentales, etc<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Todo conf. ROWLEY, CH.; “Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories”, en *Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, N° 81), Vol I: Theoretical and Methodological Foundations*; Posner/Parisi (eds.), Edward Elgar, Cheltenham y Lyme, 1997, p. 37.

<sup>37</sup> POLINSKY, M.; *An Introduction to Law and Economics*, 2ª Ed., Little, Brown and Co.; Boston/Toronto, 1989, pp. xiv-xv.

<sup>38</sup> ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 237 y ss.

<sup>39</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 237.

<sup>40</sup> Ya los primeros años del AED se caracterizaron por la dificultad de los juristas en la aceptación de la noción de maximización de bienestar como un paradigma de justicia. El primer Posner (Escuela de Chicago) propuso como criterio normativo la eficiencia en sentido de incremento de la riqueza y pretendió reducir todas las facetas de la justicia a la eficiencia entendida en ese sentido. Mientras tanto, Guido Calabresi (Escuela de New

En los siguientes puntos profundizaré en algunos de los conceptos clave del AED positivo y normativo, con el objetivo de describir el significado que atribuiré a éstos a lo largo del trabajo.

## 2. AED positivo

### A. La teoría de la elección racional

La cuestión de la racionalidad de los individuos es la clave de bóveda del *AED positivo*. El AED positivo importa de la microeconomía la postulación del ser humano como un individuo que, constreñido por las circunstancias, busca maximizar la utilidad de sus acciones. Esta perspectiva metodológica se denomina “teoría de la elección racional” (*rational choice*) y su influencia no queda confinada al ámbito del AED sino que se extiende a la sociología, la ciencia política y la criminología<sup>41</sup>.

La teoría de la elección racional explica y predice una acción humana como producto de dos operaciones sucesivas: en primer lugar, se debe

---

Haven) argumenta que la eficiencia y la distribución son ingredientes de la justicia, la cual es un fin de diferente orden que cualquiera de sus ingredientes. Así, Calabresi defiende el AED como un digno examen de ciertos ingredientes de la justicia, en lugar de tratarse de un examen directo de la justicia en sí misma. Conf. POSNER, R./PARISI, F.; “Law and Economics: An Introduction”, p. xi. Sobre esta cuestión dice Santos Pastor que “(...) *con demasiada frecuencia, algunos autores añaden que la expresión ‘resultados eficientes’ equivale a decir resultados ‘mejores’, que, por tanto, debe ser preferidos socialmente. Pero tal calificación no deja de ser un juicio de valor, tan legítimo como erróneo y peligroso para el trabajo científico*”. PASTOR, S.; *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, p. 41. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 453.

<sup>41</sup> Conf. AKERS, R.; “Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology Vol. 81 N° 3 (1990-1991)*, p. 653. Adam Smith y Paul Samuelson sientan las bases que van a posibilitar los desarrollos de la teoría de la elección racional fuera de la disciplina económica mientras que en la Ciencia Política Kenneth Arrow (1951), Anthony Downs (1957), y Mancur Olson (1965) y en la Sociología George Homans (1958, 1964), Peter Blau (1964), Thomas Schelling (1960, 1978), Raymond Boudon (1981, 1987) o James Coleman (1986, 1990) son los mencionados como los clásicos en cada disciplina. Conf. MARÍ-KLOSE, P.; *Elección Racional*, Colección “Cuadernos Metodológicos” N° 29, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Madrid, 2000, p. 14. Se afirma que la teoría de la elección racional puede ser entendida como una *teoría normativa* que nos informa cómo debemos actuar para lograr nuestros fines de la mejor forma posible en relación con los medios disponibles o como una *teoría descriptiva* con base en la cual hacer predicciones de las acciones que seguirán los individuos racionales; como se verá la perspectiva que aquí se adopta es una versión del enfoque descriptivo. Sobre estas dos vertientes ver ELSTER, J.; “Introduction”, en *Rational Choice*, Elster (Ed.), Basil Blackwell, Oxford, 1986, pp. 1, 2.

conocer las oportunidades con que cuenta un individuo (el denominado, *conjunto de oportunidad*) y, en segundo lugar, conocer sus *deseos o preferencias*, para saber cuál de todas las acciones posibles de ese conjunto de oportunidad será efectivamente realizada. Así las acciones son explicadas por las oportunidades y deseos, *por lo que la gente puede hacer y por lo que desea hacer*<sup>42</sup>.

Todos los individuos se enfrentan con una serie de restricciones físicas, económicas, legales y psicológicas, que limitan las acciones posibles que pueden realizar: las acciones coherentes con esas restricciones constituyen su *conjunto de oportunidad*. Así mismo, los individuos cuentan con deseos o preferencias que operan como criterio de selección de esas acciones posibles. Los individuos se presumen racionales en sentido instrumental, es decir, no eligen sus acciones por ser intrínsecamente buenas o malas, sino por los resultados que producen; y dichos resultados son evaluados con un criterio de maximización de su propia utilidad, conforme sus propias preferencias<sup>43</sup>. Esto es lo que se denomina *función de utilidad*.

Así, el concepto de racionalidad de los individuos desde el enfoque de la elección racional distingue tres elementos en la situación en la que el sujeto tiene que decidirse por una u otra conducta:

- a) el conjunto formado por los posibles cursos de actuación, denominado “conjunto de oportunidad”;
- b) el conjunto formado por las creencias racionales sobre los resultados a los que llevan los distintos cursos de acción;
- c) una ordenación, conforme a los deseos/preferencias del sujeto, de los resultados a los que conduce cada curso de actuación (cada elemento del conjunto de oportunidad “a”);
- d) actuar racionalmente consiste en “*maximizar*” el conjunto de oportunidades; es decir, escoger el curso de acción del conjunto de oportunidad que esté situado más alto en la ordenación “c” del párrafo anterior<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Conf. ELSTER, J.; *Tuercas y Tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Gedisa, Barcelona, 1990, p. 24.

<sup>43</sup> Conf. ELSTER, J.; *Tuercas y Tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, pp. 23, 31.

<sup>44</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 257. ELSTER, J.; “Introduction”, p. 4.

## B. Contenido y ordenación de las preferencias

La teoría clásica afirma que el concepto de maximización racional no presupone cálculo racional. Por el contrario, el comportamiento es racional cuando se conforma con el modelo de la elección racional, cualquiera sea el estado mental del individuo que toma la decisión<sup>45</sup>. Es decir, el análisis se realiza “como si” (“*as if*”) los agentes fueran racionales<sup>46</sup>.

Sin embargo, las preferencias son la materia prima de la función de utilidad: sin conocerlas no podemos conocer cómo decidirá un individuo, y sin conocer cómo decidirá un individuo no se pueden hacer predicciones. Justamente sobre las deficiencias de la teoría de la elección racional en identificar las preferencias de los individuos y su función de utilidad es donde recaen las críticas más fuertes contra ella.

Algunas deficiencias se intentan resolver por medio de requisitos formales en la *ordenación de las preferencias*: esta ordenación debe ser completa, reflexiva y transitiva<sup>47</sup>. De este modo, si cuando el sujeto elige lo hace de manera que no respeta tales requisitos la elección no puede considerarse racional. El problema es que, incluso así, no se dice nada sobre el contenido concreto de la función de utilidad del agente, de modo que las explicaciones y predicciones siguen siendo muy débiles y susceptibles de corrección posterior mediante la manipulación de la función de utilidad del agente<sup>48</sup>.

Un elemento adicional a las restricciones formales sobre la ordenación de las preferencias es la definición del individuo racional como *auto-interesado*, con lo cual se intenta añadir información sobre tales preferencias, es decir sobre el contenido de la función de utilidad<sup>49</sup>. Sin embargo, el problema

---

<sup>45</sup> Conf. POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 3.

<sup>46</sup> Conf. PASTOR, S.; *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, p. 32. La propuesta metodológica del enfoque “*as if*” en la teoría económica positiva proviene de Milton Friedman. Conf. ROWLEY, CH.; “Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories”, p. 37.

<sup>47</sup> “*Completa*” significa que ante dos alternativas (A, B) cualesquiera, el sujeto debe poder decir si prefiere A, B, o si le son indiferentes; “*Reflexiva*” significa que para cualquier situación A, el sujeto piensa que A es al menos igual de buena que A, “*Transitiva*” significa que para cualquier trío de alternativas (A, B, C) si el sujeto prefiere A a B y B a C, entonces prefiere A a C. Conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 258.

<sup>48</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 265.

<sup>49</sup> ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 267.

se traslada entonces a la cuestión de cuál es el contenido de ese autointerés, es decir, qué preferencias internas y externas posee el individuo que actúa conforme a tales preferencias que dan contenido a ese interés<sup>50</sup>.

Sin embargo, del postulado de que los individuos persiguen maximizar su bienestar no se deduce que los individuos se hallen motivados sólo por el egoísmo o las ganancias materiales. Por el contrario, GARY BECKER ha trabajado con la idea de una "*función de utilidad extendida*" que incluye el interés de los individuos por cuestiones que exceden el auto-interés en sentido estrecho y que van más allá de los bienes materiales<sup>51</sup>. En efecto, BECKER entiende que la conducta humana se encuentra dirigida por un grupo mucho más rico de valores y preferencias: *los individuos maximizan su bienestar tal como ellos lo conciben*, ya sean egoístas, altruistas, leales, rencorosos, o masoquistas<sup>52</sup>.

Con la definición del párrafo anterior se suele incluir también en el propio interés a las *preferencias externas*; por ello "*el propio interés no debe confundirse con el egoísmo; la felicidad -o la desgracia- de otras personas puede ser parte de las satisfacciones del individuo*"<sup>53</sup>. Así el individuo incluye en su función de utilidad no sólo lo que le ocurre a él, sino también lo que les ocurre a otras personas (de este modo, se puede distinguir, por ejemplo, entre egoísmo y altruismo).

También vinculado con las preferencias externas aparece la cuestión del juicio de los otros individuos sobre la propia conducta que, cuando es negativo, conduce al *coste reputacional*: la conducta de las personas depende usualmente de las expectativas de comportamiento de otras personas, de modo tal que conducta y elección son un producto no sólo de la *conducta* de otras personas sino, también, del *juicio percibido* de esas otras personas<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Resulta interesante observar que también en los orígenes del Utilitarismo se generó un arduo debate acerca de cuáles eran las fuentes de la felicidad y el placer que conformaban la función de utilidad de los individuos: mientras que Bentham entendía que estos podían surgir de cualquier fuente –del intelecto, la amistad, de los honores, así como de los sentidos– algunos de sus críticos la identificaban con el mero placer sensual. Conf. HART, H.L.A.; *Utilitarismo y derechos naturales*, Lamprea Montealegre (Trad.), Estudios de Filosofía y Derecho (Teoría de los Derechos) N° 6, Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003, p. 28.

<sup>51</sup> Conf. SUNSTEIN, C.; "On Philosophy and Economics", p. 338.

<sup>52</sup> BECKER, G.; "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior", en *The Journal of Political Economy* Vol.101 N°3 (Jun.; 1993), pp. 385-6.

<sup>53</sup> Conf. POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 3.

<sup>54</sup> Conf. SUNSTEIN, C.; "On the expressive function of law", en *University of Pennsylvania Law Review* (1995-1996), pág. 2032. En principio, no hay diferencia entre el hecho de que el agente intente obtener el reconocimiento (ganancia de reputación) o evitar el oprobio

### C. El procedimiento de análisis en la teoría de la elección racional

Con estos conceptos básicos ya se puede hacer una descripción de la forma en que procede el enfoque de la elección racional, para lo que seguiré el esquema que explica KELLEY<sup>55</sup>. Al momento de analizar la agregación de conductas individuales que es el procedimiento utilizado por el enfoque de la elección racional y también por el AED, las explicaciones conforme el enfoque de la elección racional proceden de la siguiente manera:

- 1- *Se concretan los agentes* (sujetos individuales, grupos) asociados con una *situación o fenómeno* que se pretende explicar. Ejemplo: el presidente de una entidad bancaria (agente), del que queremos saber si cometerá o no un delito de BdeC (fenómeno a estudiar).
- 2- *Se identifican los objetivos (preferencias) de esos agentes* respecto del fenómeno o en la situación de que se trate. En el caso del BdeC, se puede definir el objetivo como la obtención de ganancias.
- 3- *Se delimitan las características del entorno* que pueden ayudar a los agentes a conseguir sus objetivos o impedir que lo hagan. En este caso se pueden considerar factores tales como el grado en que el funcionamiento de la entidad/del sistema bancario facilita la ocultación del capital, o cuál es la política de persecución de los poderes públicos.
- 4- *Se determinan el tipo y la calidad de la información* de que disponen los agentes acerca del entorno. A diferencia del análisis del párrafo precedente, aquí no importa la situación real, sino cómo la perciben los agentes en cuestión (es decir, el banquero). Así, por ejemplo, se determina cuál es la percepción del individuo acerca de la probabilidad de que la sanción le sea impuesta. En general, se suele considerar que los agentes tienen información perfecta; es decir, que si en la realidad la probabilidad de detección y condena es del 10 %, el agente lo sabe, y del mismo modo si esta probabilidad aumenta o disminuye.
- 5- *Se identifican los cursos de conducta* que los agentes pueden tomar para conseguir sus objetivos, teniendo en cuenta las barreras que les

---

(pérdida de reputación) de los otros miembros de la sociedad por razones intrínsecas, es decir porque valora la estima de los demás, o por razones estratégicas, es decir porque espera obtener algo de ello. Para una explicación más detallada ver MCADAMS, R.; “An Attitudinal Theory of Expressive Law”, en *Or. L. Rev. N° 79 (2000)*, pp. 343 a 349.

<sup>55</sup> KELLEY, ST., “The Promise and Limitations of Rational Choice Theory”, en *The Rational Choice Controversy. Economic Models of Politics Considered*, Friedman, F. (ed.), Yale University Press, New Haven/London, p. 97. Cit. en ORTIZ DE URBINA, I.; “El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, pp. 327-28. Aprovecho la ejemplificación realizada por Ortiz de Urbina sobre la aplicación al análisis del BdeC por ser de utilidad para este trabajo.

- impone su entorno y el conocimiento que tienen de éste. Si el objetivo del banquero es ganar dinero, debe evaluarse qué otras alternativas tiene para lograr ese objetivo.
- 6- Se determinan, dentro de estos *posibles cursos de actuación*, cuáles son los que *permiten alcanzar el objetivo del agente de forma más eficiente*, es decir cuáles o bien obtienen un mayor número de fines con el mismo empleo de medios, o bien obtienen el mismo fin con un menor empleo de medios. Aquí se comparan los costes y beneficios de las distintas acciones alternativas y se ve cuáles presentan un mejor saldo. Así, el BdeC puede reportar una ganancia neta considerable, pero ésta debe ser comparada con aquella que se obtenga en otras actividades (legales o ilegales).
  - 7- Finalmente, se *predice* que el agente tomará el curso de conducta que es racional (eficiente), o se *explica* la elección del agente mostrando que era su mejor elección. Así, por ejemplo, si el banquero percibe que la probabilidad de condena es elevada en relación con las ganancias (brutas) que espera obtener y los beneficios previsibles de actividades legales, se puede predecir que no cometerá el delito/se explicará por qué no ha cometido el delito.

#### **D. Las críticas a la teoría de la elección racional y sus limitaciones**

Las diversas críticas que ha recibido la consideración del supuesto conductual de racionalidad de los individuos evidencian la necesidad de realizar algunas aclaraciones acerca de sus pretensiones y alcance. La primera aclaración tiene que ver con la capacidad predictiva/explicativa del AED positivo y, en general, del modelo de la elección racional, la segunda con el grado de racionalidad que se predica de la conducta individual mientras que la última con el grado de complejidad que debe alcanzar un modelo para que tenga poder predictivo/explicativo.

##### **a. La capacidad predictiva/explicativa del AED**

En relación con la cuestión del poder predictivo de la teoría de la elección racional, se entiende que la teoría resulta extravagantemente estricta y que, por ello, no debe pensarse en predicciones exactas propias de la física o la química sino en *predicciones de tendencia*<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> ORTIZ DE URBINA, I.; “El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, p. 330.

Además, el carácter agregado del análisis, es decir su interés por la predicción/explicación de una suma de individuos y no por un individuo en concreto permite presumir que en una muestra razonablemente amplia se corregirán las desviaciones o conductas irracionales de alguno de los sujetos<sup>57</sup>.

Por ello, se afirma que si bien la aproximación económica al comportamiento se construye sobre una teoría de la elección individual el interés no se refiere principalmente a los individuos: la teoría a nivel micro es un instrumento poderoso para derivar implicaciones al comportamiento de grupo o nivel macro; y es justamente por el hecho de que se derivan implicaciones al nivel macro por lo que la teoría resulta de interés para quienes diseñan políticas públicas<sup>58</sup>.

### **b. Irracionalidad vs. Racionalidad: ¿falsa dicotomía?**

En relación con la racionalidad que se predica de los individuos, tal vez resulta demasiado alejado de la realidad postular que los individuos actúan de forma totalmente racional; pero también lo es postular lo contrario, es decir, que los individuos actúan siempre de forma irracional. En palabras del psicólogo cognitivo y premio Nobel de economía DANIEL KAHNEMANN: *“Quizás ha llegado el momento de dejar a un lado la pregunta, excesivamente general, de si las personas son o no racionales, permitiendo así que la investigación se centre en temas más específicos y más prometedores: ¿Bajo que condiciones se puede mantener el supuesto de racionalidad como una aproximación útil? En los casos en que este supuesto debe abandonarse, ¿cuáles son los problemas más importantes que tiene la gente a la hora de conseguir objetivos?”*<sup>59</sup>.

El espacio de colaboración entre investigaciones jurídicas y psicología cognitiva se presenta con la pretensión de mejorar el conocimiento de la racionalidad de los individuos tanto en relación con su conjunto de oportunidades como con la satisfacción de sus preferencias. Esta es la vía que han adoptado tanto el Análisis Económico-Conductual del Derecho como los enfoques neoclásicos en el ámbito de la criminología, que predicar que los seres humanos actúan con base en decisiones racionales

---

<sup>57</sup> En relación con el carácter agregado del análisis positivo, POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 18. POSNER, R.; “Economic Approach to Law”, p. 774.

<sup>58</sup> Todo conf. BECKER, G.; “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, p. 402.

<sup>59</sup> KAHNEMANN, D.; “New Challenges to the Rationality Assumption”, en Kahnemann y Tversky (eds.) *Choices, Values and Frames*, Cambridge University Press, 2000, p. 774. Cit. por ORTIZ DE URBINA, I.; “El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, p. 330, nota al pie n° 14.



pero que se encuentran sujetos a ciertas restricciones en la toma de decisiones que permiten hablar, en todo caso, de una *racionalidad limitada*.

Sin embargo, como se verá, en ciertos contextos, como en el de mercado, parece más adecuado a la realidad predicar un grado de racionalidad mayor de los individuos comparado con otro tipo de decisiones que no suceden en ese contexto. Lo relevante para nuestro estudio de esta adecuación del alcance de la racionalidad en estos contextos es que existe un amplio consenso en la literatura criminológica respecto de que la decisión de delinquir en el contexto de delitos económicos, delitos de empresa y crimen organizado (categorías todas relacionadas de uno u otro modo con el delito de blanqueo) presenta cotas de racionalidad superiores en comparación con otros tipos de delincuencia, de modo tal que el supuesto de racionalidad de los agentes en el sentido de la economía neoclásica resulta más plausible.

### c. Acerca de la complejidad del modelo teórico

Ninguna teoría social puede describir completamente toda la complejidad de los fenómenos sociales. Más aún, la pretensión de toda teoría social es reducir la complejidad de la sociedad para, así, poder comprenderla<sup>60</sup>. Una teoría que fuera tan compleja como la realidad misma sería tan inútil como aquel “*Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él*” y debería deparársele el mismo destino: ser entregado a “*las Inclemencias del Sol y de los Inviernos*”<sup>61</sup>. Por ello, se dice que para el análisis positivo existe una tensión entre sencillez y complejidad, debida al hecho de que el modelo pretende al mismo tiempo ser una *simplificación* de y una *aproximación* al mundo real<sup>62</sup>.

Los intereses del investigador determinan de algún modo el alcance y complejidad de la teoría. Por ello, CASS SUNSTEIN acierta al afirmar que el grado de refinamiento del aparato teórico que se utiliza para describir las

---

<sup>60</sup> Conf. EIDENMÜLLER, H.; *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, p. 6.

<sup>61</sup> Jorge Luis Borges en un breve relato titulado “Del rigor en la ciencia” atribuye apócrifamente a un tal Suárez Miranda un relato según el cual en tierras lejanas “(...) *los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Sigüientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y de los Inviernos*”. En BORGES, J.L.; “Del rigor en la ciencia”, en *El Hacedor*, Alianza/Emecé, Madrid/Buenos Aires, 1972, p 143.

<sup>62</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I.; “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología 2ª Época, Diciembre de 2004, N° Extraordinario 2*, p. 41.

motivaciones de los individuos se encuentra relacionado con la tarea de quien describe: un escritor, un filósofo y un analista económico del Derecho tienen distintos intereses y, por lo tanto, el modelo de conducta puede elaborarse con más o menos elementos<sup>63</sup>.

Incluso dentro de un mismo objeto de estudio, como es el AED, puede haber variaciones: así por ejemplo, en el ámbito del Derecho de familia puede no resultar descabellado incluir preferencias externas positivas entre padres e hijos, mientras que tal hipótesis puede resultar al menos extraña en el ámbito de los delitos económicos, del crimen organizado o, como en el caso del presente trabajo, del BdeC.

Así mismo, dentro del ámbito de acción del Derecho penal también existen importantes diferencias: una preferencia externa negativa (desear que el otro sufra) debe ser incluida en las razones que motivan la conducta del individuo en aquellos delitos en que se actúa, por ejemplo, por odio a determinado grupos sociales (los denominados *Crímenes por Odio -Hate Crimes*<sup>64</sup>), pero resulta innecesaria en el BdeC, en donde debería considerarse un ejemplo de literatura fantástica el caso del blanqueador que realiza tal actividad para incentivar el tráfico de drogas que resultan consumidas por un grupo social al que detesta.

Por lo expresado, la aproximación metodológica que seguiré incluirá el presupuesto conductual de racionalidad de los individuos, sin desconocer el hecho de que quien afronte la labor de realizar estudios empíricos sobre la racionalidad de los blanqueadores puedan observar que existen deficiencias en ésta y que, por ende, resulte necesario establecer correcciones al modelo<sup>65</sup>.

Así mismo, existe consenso en la criminología acerca de que el objeto de estudio del presente trabajo facilita la asunción de racionalidad del sujeto como maximizador de utilidad y permite prescindir de un contenido de preferencias detallado. Los argumentos que expondré más adelante dan fundamento a lo expresado a partir de cierta asimilación de la conducta delictiva del blanqueador y de quien ha cometido los delitos que dan

---

<sup>63</sup> SUNSTEIN, C.; "On Philosophy and Economics", p. 339.

<sup>64</sup> Sobre los *Hate Crimes* desde la perspectiva del AED ver POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, pp. 236-237.

<sup>65</sup> Así, Ortiz de Urbina propone como aproximación al delito de BdeC: "*A la hora de preguntarse cómo reaccionará un banquero a la tentación de cometer un delito, ¿no conviene comenzar por suponer que conoce la legislación y que a la hora de decidirse contrapondrá exclusivamente la ganancia económica procedente del delito con la probabilidad de ser sancionado y la magnitud de la sanción legal?*". ORTIZ DE URBINA, I.; "El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?", p. 330.

origen al capital sucio (delitos precedentes) con la conducta desarrollada por los individuos en el ámbito mercantil.

Por último, debe mencionarse que el análisis positivo puede cumplir un rol clave en relación con el estudio de otros fines de la legislación o las políticas públicas y en este sentido goza de autonomía respecto del análisis normativo. En efecto, también para que una política redistributiva sea eficaz es vital conocer cómo responderán los individuos y las empresas a los diversos instrumentos legales utilizados para este propósito para lo que se podrá partir del supuesto conductual de la elección racional<sup>66</sup>.

### 3. AED normativo

#### A. Introducción

La discusión en torno al AED normativo se ha planteado tanto en la *perspectiva conceptual* (qué significa “eficiencia” y cómo operar con ella como criterio rector de las políticas públicas) como en la *normativo-ética*<sup>67</sup> (el debate acerca de si la eficiencia es un valor y cuál es su relación con otros valores como la equidad). Resulta evidente que este aspecto del AED es el más controversial debido a que todo análisis normativo – económico, libertario, liberal o comunitarista- lo es debido a las cuestiones éticas implicadas que implican definir que es o deja de ser correcto<sup>68</sup>.

En lo que sigue intentaré aclarar estas cuestiones para explicar en qué sentido voy a utilizar estos conceptos a lo largo del presente trabajo. Para ello explicaré el concepto de eficiencia en sentido paretiano, en sentido Kaldor-Hicks y en sentido instrumental. Así mismo, explicaré brevemente en qué consiste la disciplina del análisis coste-beneficio que

---

<sup>66</sup> Conf. OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, Hart, Oxford/Portland, 2006, p. 31.

<sup>67</sup> Para acercarse al debate acerca de la relación entre Utilitarismo, Economía del Bienestar y Eficiencia ver ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 369 y ss. También con un análisis crítico del principio de maximización de la felicidad del utilitarismo, POSNER, R.; *The Economics of Justice*, p. 48 y ss.

<sup>68</sup> Conf. OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, p. 28. Explícitamente dice (el primer) Posner que considera al análisis económico como “un sistema moral alternativo” y que se propone “desarrollar una teoría moral alternativa que vaya más allá del utilitarismo y que sostenga que el criterio para juzgar si las conductas o las instituciones son justas o buenas sea si éstas maximizan el bienestar de la sociedad”. POSNER, R.; *The Economics of Justice*, pp. 60, 115.

permite operativizar la eficiencia en la toma de decisiones públicas y referiré a la tensión existente entre la eficiencia y la igualdad y la protección de los derechos fundamentales.

## B. El concepto de “eficiencia”

### a. Eficiencia paretiana

Uno de los usos más reconocidos del concepto es el de *eficiencia paretiana*. La ética paretiana es un criterio individualista y procesual en el sentido de que diseña procedimientos decididos por unanimidad<sup>69</sup>: una situación A es Pareto-superior en relación con otra situación B, cuando al menos uno de los individuos queda en mejor condición en A que en B y ningún individuo se encuentra en una posición peor.

En efecto, si a este criterio se le une la asunción de la imposibilidad de medir cardinalmente la utilidad del sujeto<sup>70</sup> y de compararla con la de los demás, se desemboca en la exigencia de la decisión por unanimidad. De este modo, el paso de un estado de cosas A a otro estado de cosas B sólo se podrá aprobar cuando ninguno de los implicados considere que va a estar peor en B. Así, cualquier miembro de la sociedad puede bloquear el paso de una situación a otra<sup>71</sup>.

Más allá de que esta concepción de la eficiencia resulta respetuosa con la autonomía del individuo<sup>72</sup>, se hace merecedora de críticas desde el punto de vista normativo si consideramos que favorece el inmovilismo social y el statu quo<sup>73</sup>. Así, la adecuación de esta versión de la eficiencia a principios de justicia distributiva dependerá del hecho independiente de cuán lejos se halla el orden social de aquellos principios en el punto de partida<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> Conf. CALSAMIGLIA, A.; “Justicia, Eficiencia y Derecho”, p. 318.

<sup>70</sup> Medición cardinal significa que no sólo cabe decir que un individuo prefiere una cosa a otra, sino también cuánto más la prefiere, es decir con qué intensidad. Conf. BAYÓN, J.C.; “Justicia y Eficiencia”, p. 245.

<sup>71</sup> En efecto, dice Posner que el criterio de Pareto sería “paralizante”. Ver POSNER, R.; *The Economics of Justice*, p. 98.

<sup>72</sup> El requisito de que todos los implicados deban consentir el paso de un estado de cosas a otro ha llevado a que algunos autores afirmen que el “principio de Pareto” es más bien un criterio kantiano. En este sentido, HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 21, 22. También lo considera así POSNER, R.; *The Economics of Justice*, p. 89.

<sup>73</sup> Todo conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 424.

<sup>74</sup> También destaca el carácter conservador del statu quo y su escasa sensibilidad a los

Pero, además, este criterio resulta imposible de aplicar en el mundo real ya que la mayoría de las decisiones gubernamentales tienen un efecto sobre terceros y requerir la unanimidad entre los cientos de miles de ciudadanos que conforman una sociedad condena a la misma a la absoluta incapacidad de gestión de sus problemas<sup>75</sup>.

## **b. Eficiencia potencial o Kaldor-Hicks**

El significado de eficiencia dominante en el AED no es el de Pareto, sino el denominado criterio *Kaldor-Hicks*, en referencia a los economistas Nicholas Kaldor y John Hicks que en 1939, y de forma independiente, propusieron un procedimiento para superar las dificultades de los criterios de decisión paretianos y, en particular, la posibilidad de veto que aparece vinculada al requisito de unanimidad<sup>76</sup>.

Según este criterio se afirma que una situación A es eficiente en relación con una situación B si los ganadores pueden compensar a los perdedores, independientemente de si lo hacen o no<sup>77</sup>. Por ello, se la denomina *eficiencia potencial* o *pareto potencial*, ya que *no exige que los ganadores compensen efectivamente a los perdedores sino sólo que puedan hacerlo* y ello sucede cuando aquellos que mejoran lo hacen en una medida superior a la pérdida de los que empeoran. De este modo, se produce un aumento de la utilidad global, lo que implica que la utilidad de unos y otros es comparable que era, precisamente, lo que el criterio de Pareto trataba de evitar<sup>78</sup>.

Puesto que el criterio de Pareto acaba traduciéndose, ante la incompatibilidad de utilidades, en un criterio basado en el consentimiento, no parece que la diferencia sea mucha si el criterio Kaldor-Hicks ha de basarse también en el consentimiento. Pero la diferencia es mucha. De acuerdo con el criterio de Pareto se supone que nadie se opondrá razonablemente a que otros mejoren de situación si con

---

problemas de justicia distributiva como inconvenientes del óptimo paretiano, CALSAMIGLIA, A.; "Eficiencia y Derecho", en *Doxa* N° 4 (1987), p. 273. También en CALSAMIGLIA, A.; "Justicia, Eficiencia y Derecho", p. 318.

<sup>75</sup> En este sentido ADLER, M./POSNER, E.; "Rethinking Cost-Benefit Analysis", *Yale Law Journal* N° 109 (1999-2000), p. 170.

<sup>76</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 434.

<sup>77</sup> Conf. POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, pp. 12-13. Para un análisis detallado del criterio de eficiencia Kaldor-Hicks y sus diferencias con el criterio paretiano, ver POSNER, R.; *The Economics of Justice*, p. 88 y ss.

<sup>78</sup> Todo conf. HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, pp. 22, 23.

ello no empeora la situación propia. De acuerdo con el criterio de Kaldor-Hicks, tal como lo utiliza POSNER, se supone que cualquiera ha consentido a priori en que cualquier otro mejore su situación si, con tal mejora, fuese capaz de compensarle. Esto se traduce en lo que los economistas llaman compensación ex ante, es decir que cada uno está ya compensado ante eventuales pérdidas que pueda tener en aras del incremento de la utilidad global: así, cuando compras un billete de lotería y pierdes, en ausencia de fraude, tu has consentido en perder<sup>79</sup>. La traducción posneriana del criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks ha simplificado el análisis resumiéndolo en el “incremento de la riqueza” o, dicho vulgarmente, en un aumento en el “tamaño del pastel”<sup>80</sup>.

En relación con la aplicación de la eficiencia en sentido Kaldor-Hicks a la prevención del delito, GARY BECKER propone la elaboración de una función de coste social total basada en la *función social de bienestar* de la teoría económica bienestarista que otorgue el debido peso al daño ocasionado por los delitos, a los costes de detención y condena de los delincuentes y al coste social de la pena (aquí se incluye, por ejemplo, el coste que supone mantener a un individuo en la cárcel). Esta *función de coste social total del delito* debe incluir, al menos: a) el coste social por cada delito cometido y la cantidad de delitos, b) el coste de detener y condenar a los responsables, c) la pena impuesta a cada uno de los condenados y d) el tipo de pena impuesta en cada caso<sup>81</sup>.

El criterio de eficiencia en sentido Kaldor-Hicks presenta importantes deficiencias desde una perspectiva moral. En efecto, si las decisiones públicas se limitaran a la instrumentación de la eficiencia en el diseño de políticas públicas, no podrían admitirse restricciones morales a la búsqueda de utilidad social, ya que éstas son extrañas a la versión Kaldor-Hicks de la misma. Pero el problema se plantea no en relación a la consideración de la eficiencia como un fin valioso, sino en la transformación de este fin en el único baremo para juzgar el valor social

---

<sup>79</sup> Todo conf. HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, pp. 23, 24.

<sup>80</sup> Un análisis más detallado del criterio Kaldor-Hicks y su evolución posneriana en el criterio del “incremento de la riqueza” en HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, pp. 22-26. También sobre el criterio de eficiencia como “incremento del tamaño del pastel”, PASTOR, S.; *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, p. 34. En este sentido de aumento del tamaño del pastel parece utilizar el concepto de eficiencia Mitchell Polinsky, ya que afirma: “(...) para los propósitos de este libro, el término eficiencia se referirá a la relación entre los beneficios agregados de una situación y los costes agregados de la situación”, y aclara en nota al pie que “este concepto popular de eficiencia es más intuitivo que el concepto técnico de eficiencia conocido como eficiencia paretiana u óptimo paretiano (...)”. POLINSKY, M.; *An Introduction to Law and Economics*, p. 7.

<sup>81</sup> Todo conf. BECKER, G.; “Crime and Punishment: An Economic Approach”, pp. 180-81.

de una decisión pública, lo que conlleva en última instancia su equiparación con la idea de justicia.

### c. Eficiencia en sentido instrumental

Pero probablemente la noción de eficiencia más extendida coincide con aquella que se mantiene en el campo de la racionalidad instrumental y que puede ser descrito como eficiencia en sentido instrumental o de medios a fines: se actúa eficientemente cuando a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines; es decir, se tasan los medios y se maximizan los fines (*principio de maximización*), o alternativamente cuando b) se obtiene uno o unos fines con el menor coste posible; es decir, se tasan los fines y se minimizan los medios precisos para conseguirlos (*principio de minimización*)<sup>82</sup>. La distinción que se debe hacer es, entonces, entre la eficiencia como principio de racionalidad práctica que dice que hay que obtener más de aquello que se considera valioso y la eficiencia en sentido racional-instrumental que se ocupa de cómo hacerlo<sup>83</sup>.

Trabajando desde esta perspectiva *instrumental* el analista económico del Derecho asume que determinados bienes sociales son deseados: menos polución, una tasa de empleo más alta para las mujeres, menos accidentes laborales, mayor bienestar social o incremento de la riqueza. Entre estos bienes sociales el incremento del bienestar o el incremento de la riqueza pueden resultar objetivos deseables, pero, en todo caso, no son los únicos<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I.; "Análisis Económico del Derecho y Política Criminal", p. 41.

<sup>83</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 439 y ss. Los define como "principio de maximización" (*Maximalprinzip*) y "principio de minimización" (*Minimalprinzip*), GAWEL, E.; "Ökonomische Effizienzforderungen und ihre juristische Rezeption. Ein problemstrukturierender Überblick", en *Effizienz im Umweltrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 13.

<sup>84</sup> De hecho, Sunstein dice en relación al incremento del bienestar como objetivo social que: "La idea de que la 'maximización de bienestar' es un objetivo apropiado del orden social no es tan plausible, y su máximo defensor, el Juez Posner, ya no lo defiende". Así mismo, en un diagnóstico sobre el estado de la cuestión en la posición de las diferentes escuelas del AED, indica que sólo una pequeña cantidad del AED actual se refiere al trabajo normativo "hecho y derecho" mencionado y que, por el contrario, el AED está dominado por el análisis positivo y el normativo en sentido instrumental; SUNSTEIN, C.; "On Philosophy and Economics", p. 336.

Así, esta variante de análisis normativo no se dedica a evaluar los objetivos sociales, sino que los da por hechos y se limita a decir de qué modo deben ser logrados: es decir, es *puramente instrumental*. De este modo, la propuesta no tiene carácter ético sino técnico. Así, por ejemplo, si el objetivo es una menor polución, un impuesto al gas puede ser mejor que la imposición de requisitos tecnológicos sobre los autos nuevos<sup>85</sup>.

#### d. ¿Eficiencia sin optimalidad?

Como conclusión de los apartados anteriores puede afirmarse que existen dos expresiones particularmente importantes para la práctica de la idea de eficiencia<sup>86</sup>: una de ellas basada en la idea de "*optimalidad*" que refleja el sentido normativo-ético del concepto (óptimo Pareto y óptimo Kaldor-Hicks) y otra que remite a la idea de "*eficiencia de costes*" que refleja el sentido normativo-técnico derivado de la racionalidad instrumental.

El concepto de eficiencia como *optimalidad* se refiere a la utilidad agregada que se obtiene de una política determinada (ya sea en sentido paretiano o paretiano potencial) y que permite establecer una determinada asignación de bienes o recursos según el fin del incremento del bienestar de los individuos o del incremento de la riqueza. Esto supone el *establecimiento de fines sociales* deseables y variables: en el nivel macro consiste en una asignación de fines sociales (lo que consiste en establecer, por ejemplo, en qué medida la naturaleza debe ser protegida por la sociedad) mientras que en el nivel micro consiste en establecer quién disfruta y con qué extensión de los bienes sociales derivados de la protección del medio ambiente.

El concepto de eficiencia como *eficiencia de costes* tiene un sentido y un alcance muy distintos. En este caso los fines sociales deseables vienen ya dados (por ejemplo, por el consenso logrado en el Parlamento) y se trata de buscar por qué medios que requieran menos recursos pueden lograrse dichos fines (*principio de minimización*).

El AED opera en algunas instancias con el criterio normativo-ético pero el más extendido es el criterio normativo-técnico, por lo cual puede decirse que resulta dominante hoy en día la idea de "*eficiencia (de costes) sin optimalidad*"<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> SUNSTEIN, C.; "On Philosophy and Economics", p. 335.

<sup>86</sup> Sigo en todo a GAWEL, E; "Ökonomische Effizienzforderungen und ihre juristische Rezeption. Ein problemstrukturierender Überblick", pp. 13-16.

<sup>87</sup> Sobre la "eficiencia sin optimalidad"; GAWEL, E; "Ökonomische Effizienzforderungen und ihre juristische Rezeption. Ein problemstrukturierender Überblick", p. 16.



## C. El Análisis Coste-Beneficio (ACB)

### a. ACB: problemas de cuantificación

La literatura criminológica ha alertado en diversas ocasiones acerca de la necesidad de llevar a cabo un Análisis Coste-Beneficio (en adelante, ACB) de la política criminal sin que hasta el momento este programa se haya llevado a cabo de manera amplia y generalizada. Más bien, por el contrario, la discusión no parece haber alcanzado un alto nivel de desarrollo en el continente europeo<sup>88</sup>.

El ACB fue utilizado originalmente como un instrumento de diseño de políticas (*policy making*) para evaluar proyectos particulares (como la definición de la ubicación del tercer aeropuerto de Londres). Pero la elaboración de leyes (*law making*) no es un “proyecto” en este sentido ya que no lleva necesariamente el resultado deseado, sino que supone una modificación en los incentivos de los actores con la expectativa de que ello inducirá el resultado deseado.

Esto supone un incremento en la complejidad del análisis debiendo: 1) realizarse predicciones acerca del nivel de cumplimiento con las nuevas normas legales, lo que se encuentra en relación con los recursos disponibles para controlar su cumplimiento (*enforcement*); 2) llevarse a cabo una exploración comparativa entre la propuesta de reforma y la legislación vigente (lo que supone un análisis de qué ocurriría en caso de no aplicarse la nueva legislación); 3) cuantificarse los posibles efectos no deseados y costes indirectos; 4) cuantificarse los recursos (los bienes sociales) lo que supone importantes dificultades cuando se trata de recursos que no se hallan normalmente en el mercado como la salud, la vida humana o la integridad física<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Una aplicación del ACB a la política criminal puede encontrarse en DYE, T.R.; *Understanding Public Policy*, 7ª Ed., Prentice Hall, Englewood Cliffs/New Jersey, 1992, p. 85 y ss. Así, indica que deben tomarse en consideración aspectos relativos al cálculo de costes y beneficios esperados en el diseño de la política criminal, al tiempo que lamenta que España sea ajena a la cultura de la evaluación ex ante y ex post de las políticas públicas; TAMARIT SUMALLA, J.M., "Política criminal con bases empíricas en España", en *Política Criminal* N° 3 (2007 A8), p. 3. Ya hace varios años Hassemmer/Muñoz Conde referían que “es la sociedad misma la que exige un mayor grado de conocimiento empírico de la criminalidad (...) de la relación costo/beneficio en la Política Criminal llevada a cabo”, ver HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 16.

<sup>89</sup> Todo conf. OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, pp. 282-286.

El ACB refleja, a su vez, las discusiones ya referidas alrededor de la idea de eficiencia tanto en el sentido normativo-ético (optimalidad) como en el sentido de eficiencia de costes. La literatura del AED parece preservar el título *Análisis Coste-Beneficio* (ACB) para el primer tipo de análisis (normativo-ético), reservando para el análisis de eficiencia de costes (normativo-técnico) el concepto *Análisis Coste-Eficacia* (*Cost-effectiveness Analysis*)<sup>90</sup>.

## **b. ACB: la dimensión normativo-ética**

Se afirma que la disciplina del *Análisis Coste-Beneficio* (ACB), tal como es utilizada usualmente, compara simplemente las ganancias agregadas que pretenden obtenerse como consecuencia de la intervención legal contra las pérdidas agregadas. De este modo, refleja una aplicación del criterio Kaldor-Hicks de eficiencia (ganancias agregadas contra pérdidas agregadas)<sup>91</sup>. Sin embargo, el ACB puede guiarse no sólo por el criterio rector de la eficiencia en sentido Kaldor-Hicks sino también por la eficiencia en sentido de Pareto o conforme a una teoría normativo-ética de corte utilitarista<sup>92</sup>. Así mismo, hay quienes han propuesto otros criterios de evaluación del bienestar en el marco del ACB que son distintos a los propuestos por Kaldor-Hicks, por Pareto o por los utilitaristas<sup>93</sup>. Todo esto en relación con versiones del ACB dependientes de tesis normativo-éticas.

---

En una línea similar Wolff/Haubrich afirman que el procedimiento del ACB supone una serie de pasos sucesivos: 1) Consideración de los costes y beneficios esperados de las distintas propuestas bajo consideración, incluyendo la alternativa de mantener el statu quo (no hacer nada), 2) cada coste y beneficio debería traducirse en términos cuantitativos, 3) Cada cantidad debería trasladarse a una moneda común, 4) deberían calcularse los costes y beneficios totales y 5) debería tomarse una decisión sobre la base de qué propuesta es la que produce el mayor beneficio neto. Ahora bien, la primera instancia parece esencial para cualquier proceso de decisión racional, pero cada uno de los pasos adicionales siguientes son objeto de arduo debate, sobre todo en razón de las cuestiones éticas implicadas. WOLFF, J./HAUBRICH, D; "Economism and its Limits", en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 747.

<sup>90</sup> Esta distinción en OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, p. 287 y ss.

<sup>91</sup> Conf. OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, p. 287.

<sup>92</sup> En este sentido ADLER, M./POSNER, E.; "Rethinking Cost-Benefit Analysis", p. 187 y ss.

<sup>93</sup> Ver ADLER, M./POSNER, E.; "Rethinking Cost-Benefit Analysis", pp. 194-225.

Si bien esta perspectiva del ACB ha provocado importantes objeciones por sus implicaciones éticas tanto en relación con las consecuencias distributivas como respecto de otras cuestiones complejas desde la teoría de la justicia como la forma de establecer el valor de bienes como la vida humana, no alcanzan para invalidar la utilidad de este enfoque por diversas razones<sup>94</sup>: 1) en primer lugar, la cuestión de qué principios legales e instituciones pueden incrementar el bienestar de la sociedad debe ser una información importante para quienes elaboran políticas públicas aun cuando estos principios e instituciones deban adecuarse también a otros fines sociales tanto o más deseables; 2) así mismo, el análisis económico puede proveer algunos indicadores de lo que puede costar en términos de reducción de bienestar la consecución de los fines sociales no económicos y 3) por último, en razón de su capacidad para predecir respuestas conductuales a las normas legales, este análisis puede también proporcionar información acerca de si tales normas permitirán cumplir diversos objetivos sociales deseados<sup>95</sup>.

### c. Análisis Coste-Eficacia: la dimensión normativo-técnica

Siguiendo la clasificación presentada *supra*, se puede utilizar el ACB conforme a un criterio de eficiencia en sentido puramente instrumental: se trata del Análisis Coste-Eficacia, que es menos ambicioso que el anterior. Aquí el análisis opera como un instrumento normativo-técnico que informa la toma de decisiones públicas una vez que se han definido los fines sociales que se persiguen (*principio de minimización*)<sup>96</sup>. Este análisis, que tiene un gran predicamento en el AED, indica que una vez que se han determinado que los beneficios sociales de un proyecto superan los costes sociales y, por ende, ya se han establecido los fines sociales deseables entonces se debe intentar lograr esos fines de la forma menos costosa posible<sup>97</sup>.

Así, por ejemplo, una vez tomada la decisión de reducir el robo de autos en un 20 % se pueden analizar, por un lado, los costes de diferentes

---

<sup>94</sup> Sigo a OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, pp. 289, 290.

<sup>95</sup> Sigo a OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, pp. 289.

<sup>96</sup> Distinguen también entre las propuestas optimalistas orientadas a la identificación de los fines sociales deseables y el Análisis Coste-Eficacia como una guía para la asignación de recursos, DONAHUE, J. D./ZECKHAUSER, R.J.; “Public-Private Collaboration”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 496.

<sup>97</sup> Conf. OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, pp. 290, 291. También sobre el Análisis Coste-Eficacia, conf. DUNN, W. N.; *Public Policy Analysis: An Introduction*, 2ª Ed., Prentice Hall, Englewood Cliffs/New Jersey, 1994, p. 303.

alternativas de prevención como instalar cámaras de seguridad en las calles de las zonas más vulnerables, imponer el deber de controlar las propias calles a los vecinos, imponer el deber de instalar mecanismos de seguridad a los propietarios de los autos o a las empresas fabricantes, etc. y, por otro lado, la probabilidad que presenta cada una de lograr el fin perseguido (beneficio esperado).

Esta perspectiva técnica del ACB pretende ser neutral en relación con la cuestión de la satisfacción de las preferencias, de la medición ordinal o cardinal de utilidades, de la transacción entre derechos o de las restricciones deontológicas a la eficiencia, todas cuestiones de carácter normativo-ético.

#### **d. El consenso básico acerca del ACB**

Más allá de las diferencias entre estos planteamientos, el fundamento básico del ACB yace en que cualquier alternativa de conducta sólo debe llevarse a cabo si los beneficios de realizarla superan sus costes<sup>98</sup>. En el ámbito de las políticas públicas esta disciplina tiene como función *comparar los beneficios sociales con los costes sociales, entendiendo el beneficio social como el conjunto de todos los efectos socialmente deseables que se deriven del proyecto*. El resultado de restar los costes sociales de los beneficios sociales es el *beneficio social neto* de un proyecto<sup>99</sup>.

Con este procedimiento se pueden analizar, de forma general, los costes y beneficios de una amplia variedad de políticas públicas, evaluando las alternativas existentes y ponderando sus respectivas ventajas<sup>100</sup>; todo esto en ámbitos tan dispares como la preservación del medio ambiente, la prevención de accidentes laborales o la prevención del delito.

Existe una serie de principios básicos comunes en los que coinciden todos aquellos que consideran el ACB como un instrumento adecuado para el análisis de políticas públicas: valoración explícita, amplia evaluación de las consecuencias y contabilidad por adición<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> SEN, A.; "The Discipline of Cost-Benefit Analysis", en *Journal of Legal Studies*, junio de 2000, pp. 934 y ss.

<sup>99</sup> Todo Conf. DE RUS, G.; *Análisis Coste-Beneficio*, Ariel, Madrid, 2001, pp. 20-21.

<sup>100</sup> Conf. SEN, A.; "The Discipline of Cost-Benefit Analysis", p. 934.

<sup>101</sup> La explicación de estos tres aspectos del ACB la hago siguiendo a SEN, A.; "The Discipline of Cost-Benefit Analysis", pp. 935 en adelante. Acerca del modo de cuantificación de los costes y beneficios ver DUNN, W. N.; *Public Policy Analysis: An Introduction*, p. 296 y ss. También DYE, T.R.; *Understanding Public Policy*, pp. 356, 357.

La *valoración explícita* supone una demanda de racionalidad que exige una explicación completa de las razones para tomar una decisión, rechazando la idea de que podemos saber que algo es correcto sin saber por qué, evitando, de este modo, que la decisión se funde en convicciones no razonadas o en conclusiones derivadas de forma implícita.

*Amplia evaluación de las consecuencias* significa que los costes y beneficios de una decisión son evaluados observando las consecuencias de ésta. En estas no se incluye sólo la felicidad o la satisfacción de deseos o preferencias en los que suelen concentrarse las tesis utilitaristas y bienestaristas, sino también si ciertas acciones han sido realizadas o determinados derechos han sido violados. Así, este principio aboga en contra de tomar decisiones sobre la base de su corrección sin considerar sus consecuencias.

El principio de *contabilidad por adición* indica que las decisiones no sólo se toman con base en los costes y beneficios separadamente sino que, como se ha dicho más arriba, se trata de conocer los *beneficios netos* que surgen cuando se deduce de los beneficios los costes de la decisión.

Uno de los puntos más conflictivos de esta disciplina es la valoración de los costes y beneficios. En aquellos casos en que se trata de bienes que están en el mercado existe cierto consenso en apelar a la voluntad de pagar. Sin embargo, el problema se vuelve más complejo en el caso de aquellos bienes para los que no hay mercado. Ejemplo de ello son las políticas de seguridad que reducen los riesgos de muerte en el trabajo o en el tráfico automotor. El problema es cómo medir el valor de la vida humana en estos casos, para delimitar la cantidad de recursos que deben dirigirse a ese fin.

Podría decirse que tal bien no es pasible de ser valorado, ya que la vida humana es única y preciosa o que en todo caso se le debería otorgar un valor infinito. Si bien este tipo de argumentos son atendibles y los métodos de medición son discutibles<sup>102</sup>, no puedo menos que preguntarme con POSNER/SUNSTEIN: “¿Cuál es la alternativa en vista de los propósitos de la ley y las políticas públicas?”<sup>103</sup>. En efecto, las alternativas no

---

<sup>102</sup> Una metodología para determinar el valor de la vida humana en DE RUS, G.; *Análisis Coste-Beneficio*, pp. 87 y ss. Así mismo, en relación con la compensación del víctimas del atentado terrorista del 11-S en Nueva York y con las diferentes perspectivas de ponderación que suponen el derecho de daños (ex post) y la regulación administrativa (ex ante), ver POSNER, E./SUNSTEIN, C.; “Dollars and Death”, en *The University of Chicago Law Review* 72:537 (2005), pp. 543 a 553.

<sup>103</sup> POSNER, E./SUNSTEIN, C.; “Dollars and Death”, pp. 553.

parecen ser muy promisorias: si se declara la imposibilidad de atribuir algún valor a la vida humana (porque es tan valiosa que es invaluable) se le adjudicará un valor cero en el diseño de políticas públicas, de modo que aparecerá totalmente infravalorada; y si, por el contrario, le otorgamos un valor infinito gran cantidad de proyectos (tan cotidianos como una autorización para construir un edificio) deberían abortarse<sup>104</sup>.

De todos modos, no es mi pretensión discutir aquí las cuestiones derivadas del debate en torno a de qué modo debe valorarse la vida humana, sino mostrar que la aceptación del hecho de que la vida humana debe ser valorada abre el camino para la aceptación de que también a los otros bienes sociales puede atribuírseles un valor social, cuya ponderación es un presupuesto de las políticas públicas (de la cual, la política criminal es una especie).

Pero discrepar acerca de estas cuestiones no supone necesariamente negar la validez de la disciplina del ACB. En palabras del premio Nobel de economía AMARTYA SEN: “(...) *nos extrañaría un poco que alguien dijera: ‘este proyecto tiene poco beneficios y muchos costes, ¡llevémoslo a cabo!’ Nos sentiríamos con derecho a preguntar, ‘¿por qué?’*”<sup>105</sup>. En efecto, comparar los beneficios y costes de un proyecto o política pública, antes de tomar una decisión que compromete recursos escasos, parece la vía más sensata de actuación dentro del sector público<sup>106</sup>.

Por otra parte, el Análisis Coste-Eficacia representativo del análisis normativo-técnico resulta neutral en relación con las cuestiones éticas implicadas en el debate del ACB y, por ello, merece ser distinguido del ACB ya que aun quienes ponen reparos a este último por cuestiones morales no deberían prescindir del Análisis Coste-Eficacia.

### III. ACB, igualdad y derechos

La tesis normativa que postula que la eficiencia debe ser el único criterio o valor que guíe la toma de decisiones públicas, tuvo una gran influencia en los albores del AED. Allá por comienzos de los años 70, unos de los principales exponentes de esta corriente, RICHARD POSNER, proponía hacer de la eficiencia, entendida como incremento de la tarta, el valor que

---

<sup>104</sup> DE RUS, G.; *Análisis Coste-Beneficio*, p. 92. Acerca de las dificultades que plantea la valoración de los bienes y el debate acerca del criterio de la disposición a pagar por ellos, ver WOLFF, J./HAUBRICH, D; “Economism and its Limits”, pp. 750- 755.

<sup>105</sup> SEN, A.; “The Discipline of Cost-Benefit Analysis”, p. 934.

<sup>106</sup> Conf. DE RUS, G.; *Análisis Coste-Beneficio*, p. 18.

debería orientar en exclusiva la producción legislativa y la interpretación de la ley por parte de los jueces<sup>107</sup>.

Los aspectos distributivos de las políticas públicas así como el discurso de los derechos no parecían casar bien con este postulado ético<sup>108</sup>. Sin embargo, otras voces dentro de la misma corriente confrontaron con esta tesis, asignando a la eficiencia un valor que permite considerarla como un elemento integrante de la justicia pero que no la agota<sup>109</sup>. En efecto, ya en esa época existe dentro del AED otra tendencia, representada por GUIDO CALABRESI, que entiende que si bien la eficiencia es valiosa, se admite que las consecuencias de justicia son una especie de veto o límite a lo que puede hacerse para lograrla<sup>110</sup>.

No cabe duda de que la asunción del ACB como disciplina para el diseño de políticas públicas (y de la política criminal como una de sus especies), supone la admisión del valor del análisis de las consecuencias de las mismas y su comparación con planteamientos alternativos de regulación. Sin embargo, esto no supone afirmar que el único criterio para evaluar las consecuencias deba ser la eficiencia en sentido Kaldor-Hicks o que toda decisión deba tomarse considerando las consecuencias de la misma.

En efecto, asumir que la eficiencia es un valor social no implica asumir una teoría ética bienestarista o la eficiencia en sentido Kaldor-Hicks como único criterio de valoración de las decisiones públicas<sup>111</sup>. El discurso de la

---

<sup>107</sup> BAYÓN, J.C.; “Justicia y Eficiencia”, pp. 262 y 265.

<sup>108</sup> Para una crítica tanto del bienestarismo como del utilitarismo por su incapacidad para tomar en serio los derechos individuales, ver HART, H.L.A.; *Utilitarismo y derechos naturales*, p. 30 y ss.

<sup>109</sup> En este sentido, CALSAMIGLIA, A.; “Eficiencia y Derecho”, p. 287. También en CALSAMIGLIA, A.; “Justicia, Eficiencia y Derecho”, pp. 305, 314, 335.

<sup>110</sup> BAYÓN, J.C.; “Justicia y Eficiencia”, p. 266. Un esclarecedor análisis de la postura de Guido Calabresi acerca de las relaciones entre eficiencia, equidad y justicia y sus diferencias con las tesis enfrentadas de Richard Posner y Ronald Dworkin en HIERRO, L.; “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, en *Doxa* N° 15-16 (1994), p. 945 y ss. Acerca de las corrientes del AED representadas por Richard Posner y Guido Calabresi así como de los debates mantenidos por ambos con Ronald Dworkin acerca del papel de la eficiencia en una teoría de la justicia, en HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, pp. 25-63.

<sup>111</sup> Sin embargo, sí considero que la eficiencia (en sentido Kaldor-Hicks) es un valor social. En el marco del análisis de la posición de Ronald Dworkin respecto de que la eficiencia no debería considerarse un valor social, Liborio Hierro propone el siguiente ejemplo para contrastar nuestras intuiciones morales respecto de que la eficiencia (combinada con la equidad) tiene relación con la idea que tenemos de una sociedad justa: “Si hiciésemos una interpretación muy restrictiva de las objeciones de Dworkin, tendríamos que llegar a la conclusión de que dos sociedades que tuviesen igual número de miembros (digamos, cien cada una) y en las que se cumpliera estrictamente un mismo principio de igual trato a las personas como resultado del

distribución de los recursos disponibles en la sociedad y la protección de derechos fundamentales, independientemente del hecho de que provean o no al incremento de la riqueza o al bienestar, pueden convivir con aquel valor imponiendo un marco dentro del cual aquel puede operar como criterio rector<sup>112</sup>.

Y si esto puede decirse respecto de la igualdad, lo propio puede extenderse en relación con el resto de derechos fundamentales. Así, de la mano de su *Teoría de la Justicia*, John Rawls entiende que ciertas libertades básicas así como la igualdad de oportunidades ocupan una posición lexicográficamente superior a cualquier consideración de bienestar<sup>113</sup>.

En efecto, diversos autores han planteado la necesidad de imponer ciertas restricciones valorativas al ACB que lo transforman en un instrumento más acotado y menos pretencioso. Las restricciones normativas pueden incorporarse en dos instancias:

- 1) Al momento de determinar qué preferencias de los individuos se tendrán en cuenta al momento de contabilizar los costes y beneficios. Así, por ejemplo, suele proponerse que no se consideren las preferencias desinformadas, las preferencias adaptativas o las preferencias ilegítimas<sup>114</sup>;
- 2) Se imponen restricciones deontológicas que restringen la aplicación del ACB de una política pública aun cuando los resultados de la misma arrojen beneficios netos<sup>115</sup>.

---

*cual la distribución actual de los recursos (en sentido amplio: bienes y derechos) —una vez tomada en cuenta la responsabilidad de cada uno por las propias elecciones e incluso el principio rawlsiano de diferencia- fuese, por ejemplo, de 10 el 15%, 45 el 47%, 35 el 33% y 10 el 5%, serían moralmente de igual valor por ser igualmente justas. Y ello aunque la primera tuviese unos recursos totales de 100.000 útiles y la segunda de 1000 útiles, de modo tal que en la primera incluso los 10 que tienen el 5% (0,5% = 500 útiles para cada uno) dispusieran de alimento, vivienda, educación, sanidad y un razonable ocio cultural, y en la segunda incluso los 35 que tienen el 33% (0,9% = 9,42 útiles para cada uno) tuviesen apenas recursos para la subsistencia física. No me consta que Dworkin quiera mantener esta tesis".* Conf. HIERRO, L.; "La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)", pp. 965, 966.

<sup>112</sup> Se trata, en todo caso, de analizar las relaciones entre eficiencia, equidad y justicia. Liborio Hierro, por ejemplo, parece entender con Calabresi que eficiencia y equidad son instrumentos para la realización de la justicia, con base en una Teoría de la Justicia entendida como Teoría de los Derechos. Conf. HIERRO, L.; "La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)", p. 949, 954 y ss., 967. HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, p. 91 y ss.

<sup>113</sup> BAYÓN, J.C.; "Justicia y Eficiencia", p. 258.

<sup>114</sup> Ver KYMLICKA, W; *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 13-37.

<sup>115</sup> Las aceptan ADLER, M./POSNER, E.; "Rethinking Cost-Benefit Analysis", p. 168. También proponen restricciones deontológicas al ACB, considerando a los derechos como cartas de triunfo frente a consideraciones de carácter consecuencialista hechas en nombre del bienestar agregado de la sociedad, WOLFF, J./HAUBRICH, D; "Economism and its Limits", p. 763. Así, en relación con el Derecho penal dicen Cooter/Ulen que aun



En efecto, no resulta incompatible con el ACB que existan restricciones deontológicas establecidas como marco ético dentro del cual puede operarse con esta disciplina: por ejemplo, la política criminal del Estado de Derecho supone como límite deontológico, fundado en el discurso de los Derechos Humanos, la prohibición de la pena de muerte, aunque se encuentre respaldo empírico que permitan afirmar sus efectos preventivos. El ACB sólo trata de la eficiencia, no de todos los elementos que componen la justicia.

Una discusión más amplia de esta cuestión supone ingresar en el tradicional debate acerca de las teorías estándar de los derechos, deontológicas (como las liberales) o teleológicas (como las del utilitarismo clásico), y la posibilidad de incluir los derechos en la función social de bienestar, aceptando, entonces, transacciones (*trade-offs*) entre derechos<sup>116</sup>; todas cuestiones que exceden largamente el objeto de este trabajo.

Cabe destacar que aun admitiendo como inevitable que en la toma de decisiones públicas se realice una transacción entre derechos se puede convenir en la existencia de ciertos umbrales que no se deben traspasar porque infringirlos supone un daño profundamente inmoral y, por ende, injustificado<sup>117</sup>. Sin embargo, no todo riesgo de afectación de derechos

---

cuando una pena sea eficiente puede violar derechos morales y constitucionales y, en tal caso, “*tales consideraciones no económicas pueden operar como restricciones sobre la consideración de la disuasión óptima*”. COOTER, R/ULEN, T.; *Law and Economics*, p. 473.

<sup>116</sup> Para una propuesta que se pretende superadora de la contradicción entre tesis deontológicas y teleológicas ver, SEN, A.; *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, Lamprea Montealegre (Trad.), Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2002. En este trabajo, Amartya Sen contrapone dos aproximaciones a los derechos, la “independiente” y la “integrada”. La aproximación independiente a los derechos se inicia con la apropiación de libertades y otras facultades reconocidas legítimamente que no son puestas en competición unas con otras. La perspectiva integrada, que él propone, ve a los derechos como algo importante socialmente, aunque no con exclusividad necesaria: hay diferentes derechos que pueden en ocasiones colisionar unos con otros, debiendo considerarse la posibilidad de transacciones entre ellos. Sen no desconoce que los derechos no son todos iguales: por ejemplo, dice, “*el derecho a que mi bolígrafo no sea robado no es tan importante como mi derecho a no ser torturado o asesinado, pese a que ambos puedan asumir la forma de ‘restricciones secundarias’ inviolables*”. Sen propone una teoría integrada de los derechos, superadora de las tesis deontológicas y bienestaristas, que toma en cuenta la importancia y el valor de realizar –y no de violar– los derechos, pero que lo hace junto a otras consideraciones entre las que se incluye la necesidad de evitar la miseria social y la opresión económica (ver pp. 16 y 17).

<sup>117</sup> Sobre la aplicación del análisis coste-beneficio en la toma de decisiones públicas y sus restricciones en aquellos casos que supongan la violación de un umbral mínimo de los derechos fundamentales, ver el excelente artículo NUSSBAUM, M.; “The costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis”, en *29 J. Legal Stud.*, especialmente p. 1023 y ss.

supone un impedimento para el ACB; por ello MARTHA NUSSBAUM dice: *“Aún si nuestra nación reconociera un derecho básico a la salud, tal como yo considero que debe ser, el nivel de protección de ese derecho no debería establecerse en un nivel tan alto que cualquier riesgo de contraer cáncer o cualquier contaminación fuera considerada una violación del mismo”*<sup>118</sup>.

Veamos dos ejemplos vinculados al objeto de estudio de este trabajo, el primero de los cuales presenta cierta tensión con los derechos fundamentales mientras que esto no ocurre en el segundo caso. En primer lugar, la política de prevención del BdeC ha tenido como objeto de reforma las normas nacionales sobre el secreto bancario, profesional y societario. Si bien una total derogación del secreto bancario podría significar una violación del umbral mínimo de protección de la intimidad o del derecho de propiedad no parece por ello irrazonable que sí se limiten ciertas formas de cuentas secretas que impiden absolutamente (aun con orden judicial proveniente de un Estado donde se respeten los Derechos Humanos) conocer el titular de una cuenta bancaria. Una razonable transacción entre la intimidad personal y la necesidad de prevenir ciertas actividades delictivas parece posible, sin por ello dañar los límites impuestos por los derechos fundamentales.

En segundo lugar, la imposición de ciertos deberes de colaboración a sujetos privados en la prevención del BdeC implica que aquellos deben incurrir en una serie de costes privados con la finalidad de lograr fines sociales. En mi opinión, la imposición de estos costes no supone *prima facie* la violación de derechos fundamentales de estos sujetos privados. Si esto es así, no existen restricciones deontológicas y, por ende, pueden analizarse los efectos de esta intervención en términos de eficiencia: cuáles son los beneficios sociales en términos de reducción del daño originado en la actividad delictiva y cuáles son sus costes medidos de acuerdo con el dinero que cuesta cumplir con estos deberes.

#### **IV. Análisis Institucional Comparado (AIC)**

Douglass North define a las instituciones como *“las reglas de juego existentes en una sociedad o, dicho más formalmente, (...) las restricciones diseñadas por seres humanos que condicionan la interacción humana”*. Estas instituciones estructuran incentivos en el intercambio humano, ya sea político, social o

---

<sup>118</sup> *“Even if our nation did recognize a basic health right, as I think it should, the level of that right should not be set so high that any cancer risk or any pollution at all is a violation”*; NUSSBAUM, M.; *“The costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis”*, p. 1024.

económico e incluyen tanto las normas formales, como el Derecho, así como mecanismos informales, tales como costumbres, convenciones y códigos de conducta<sup>119</sup>. El principal papel de las instituciones en una sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable para las interacciones humanas<sup>120</sup>.

El denominado *Análisis Institucional Comparado* (AIC) es un método de análisis que consiste en evaluar el proceso de toma de decisiones económico-legales a partir de una evaluación comparada de los efectos que diseños institucionales alternativos tienen sobre el bienestar u otros fines sociales legítimos, conforme lo que MEDEMA/MERCURO/SAMUELS llaman el *paradigma estructura-conducta-rendimiento (performance)*<sup>121</sup>. Este método de análisis consiste en describir y analizar la relación sistemática

---

<sup>119</sup> Todo conf. NORTH, D.; *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 3. Cit. en MERCURO, N./MEDEMA, S.G.; *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, p. 131. Davis/North clasifican estas instituciones en “entorno institucional” (*institutional environment*) y “acuerdos institucionales” (*institutional arrangements*): a) con el concepto *entorno institucional* se denotan las restricciones precedentes o reglas de juego que guían las conductas individuales. Éstas incluyen tanto las prohibiciones dirigidas a los individuos como las permisiones y sus condiciones. Estas restricciones, a su vez, pueden clasificarse en formales (reglas explícitas -normas legales-), e informales (normas implícitas -normas o convenciones sociales-). La particularidad de las reglas del entorno institucional es que si bien pueden explicarse como el producto de elecciones o creencias individuales, la existencia de la norma en sí (el resultado social que supone su existencia), es decir, el diseño de ésta, no puede asignarse a nadie en particular. Por el contrario, los *acuerdos institucionales* son directrices específicas diseñadas por las partes en un negocio para mediar en relaciones económicas particulares. Ejemplos pueden encontrarse en las empresas, los contratos de largo plazo, las organizaciones no gubernamentales y cualquier otro tipo de acuerdo contractual. Conf. DAVIS, L./NORTH, D.; *Institutional Change and American Economic Growth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, cit. en KLEIN, P.; “New Institutional Economics”, en *Encyclopedia of Law and Economics Volume I: The History and Methodology of Law and Economics*, Bouckaert/De Geest (Eds.), Edward Elgar, Northampton, 2000, p. 458. También DROBAK, J./NORTH, D.; “Legal change in economic analysis”, en *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2ª. Ed., Backhaus (Ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2005, p. 53. Sin embargo, no debe pensarse que el entorno institucional y los acuerdos institucionales son compartimentos estancos. Por el contrario, interactúan entre ellos: el entorno institucional establece el sistema de reglas general en el que tienen lugar los acuerdos institucionales, mientras que los acuerdos institucionales, sus efectos y las dificultades encontradas al diseñarlos pueden imponer presiones para un cambio en el entorno institucional. Conf. MERCURO, N./MEDEMA, S.G.; *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, p. 132.

<sup>120</sup> NORTH, D.; *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, p. 6. Cit. en ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 313, nota al pie nº 171.

<sup>121</sup> Conf. MEDEMA, S.G./MERCURO, N./ SAMUELS, W.; “Institutional Law and Economics”, en *Encyclopedia of Law and Economics Volume I: The History and Methodology of Law and Economics*, Bouckaert/De Geest (Eds.), Edward Elgar, Northampton, 2000, p. 444.

entre: 1) la estructura de las instituciones políticas, legales y económicas, centrando la atención en los derechos y normas por medio de las cuales opera<sup>122</sup>; 2) la conducta de los sujetos observada a la luz de los incentivos (premios y castigos) creados por la estructura institucional; 3) el consecuente rendimiento de cada uno de los diseños institucionales alternativos.

Es importante resaltar que la comparación no debe hacerse entre regulaciones abstractamente consideradas (penal o civil, por ejemplo) sino que en la evaluación han de incluirse los procedimientos de aplicación (*enforcement*), toda vez que lo relevante son los efectos en la sociedad de estas regulaciones y éstos pueden verse fuertemente influidos por los procedimientos de aplicación<sup>123</sup>.

De este modo, se pueden explicar y comparar los resultados a que conducen diversos diseños institucionales. Como ya se ha dicho, esta evaluación de los resultados se hace en dos niveles: descriptivo y normativo. El *análisis descriptivo* debe incluir los efectos sociales de los diferentes arreglos institucionales de modo que se puedan comparar unos con otros. Pero también se deben hacer *juicios de carácter normativo* al momento de tomar decisiones legales y definir cuál diseño institucional es preferible<sup>124</sup>.

Como ya se ha sugerido, hay dos instancias en que operan tales juicios normativos. Por un lado, se debe partir de ciertos presupuestos normativos para evaluar los resultados: para poder asignar un valor a los efectos en cuestión, se debe asignar previamente un valor a los bienes o intereses en juego, de modo de poder cuantificar aquéllos. Por otro lado, una vez cuantificados los efectos se puede evaluar su eficacia en el cumplimiento de los fines sociales perseguidos.

Así, por ejemplo, para definir cuánto se invertirá en la prevención de ciertas conductas lesivas (por ejemplo, contaminación medio ambiental) se requiere como presupuesto la asignación de valor a los bienes que resultan perjudicados por dicha actividad (integridad física de las personas

---

<sup>122</sup> Por supuesto, el análisis económico-legal puede operar en ambos niveles, ya sea orientado a lo macro (entorno institucional) como a lo micro (acuerdos institucionales). Conf. MERCURO, N./MEDEMA, S.G.; *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, pp. 131, 132.

<sup>123</sup> Conf. GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I.; *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, Civitas, Navarra, 2005, p. 159, nota al pie n° 9.

<sup>124</sup> Tal vez el reclamo más fuerte de los institucionalistas en este campo es que el debate normativo se haga de forma abierta y cuidadosa. Conf. MEDEMA, S.G./MERCURO, N./SAMUELS, W.; "Institutional Law and Economics", pp. 445, 446.

que viven en la zona, destrucción de especies animales, etc.). Luego, los efectos del diseño legal A pueden resultar óptimos en relación con el diseño legal B, ya que *ceteris paribus* puede generar desincentivos mayores en las empresas, de modo que se reduzca el total de daño a dichos bienes más que lo que lo hace el diseño B; pero, al mismo tiempo, el diseño A podría tener efectos distributivos inequitativos del daño, ya que podría concentrar el daño remanente en ciertas zonas de la ciudad mientras que lo elimina totalmente en otras. De este modo, el diseño A podría ser más eficiente que el B (en sentido Kaldor-Hicks) pero, al mismo tiempo, más inequitativo<sup>125</sup>.

En el ejemplo del párrafo anterior pueden observarse las dos instancias de valoración: por un lado, los valores asignados a los bienes, presupuesto necesario para determinar los resultados y, luego, una valoración adicional de dichos resultados. Así, esta segunda instancia normativa en la toma de decisiones política, legal y económica significa que debe elegirse entre resultados de eficiencia y distribución u otros fines alternativos, y, por ello, entre estructuras institucionales políticas, legales y económicas alternativas<sup>126</sup>.

Ahora, si bien un estudio puede hacer referencia al entorno institucional de modo amplio y a los efectos de eficiencia y distribución, está claro que, también, pueden aislarse variables y comparar, por ejemplo, solamente un cambio en el entorno legal, manteniendo las otras variables sin cambios<sup>127</sup>. Del mismo modo, se pueden evaluar los resultados de estos diferentes arreglos institucionales, conforme, por ejemplo, los costes y beneficios sociales que ocasionan, sin considerar en ese estudio los efectos distributivos (al solo efecto analítico).

## V. Sumario y orientación

En el presente Capítulo he realizado una descripción crítica de los conceptos clave del AED, que servirán como base para desarrollar su aplicación al Derecho penal, a la política criminal para la prevención de delitos económicos y al estudio del BdeC.

---

<sup>125</sup> Supongo aquí que no existen restricciones deontológicas al análisis coste-beneficio.

<sup>126</sup> Conf. MEDEMA, S.G./MERCURO, N./ SAMUELS, W.; “Institutional Law and Economics”, pp. 443, 444.

<sup>127</sup> Así, por ejemplo, lo hacen Mercurio/Medema al enfocar la discusión en los “*mecanismos formales legales*”. En MERCURO, N./MEDEMA, S.G.; *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, p.131, particularmente ver Capítulo 5.

He presentado el AED como una aproximación al análisis del Derecho que contempla a éste como un sistema que genera incentivos positivos y negativos que inducen a los individuos a comportarse de una u otra forma. Las consecuencias de dichos comportamientos suelen ser evaluadas conforme al criterio de eficiencia y, en ocasiones, conforme a la distribución del mismo entre los distintos grupos e individuos (efecto distributivo o de equidad).

Se ha explicado el supuesto conductual de racionalidad de los individuos y luego se han descrito los criterios de evaluación de las consecuencias de dichas conductas, para lo que se recurrió al Análisis Coste-Beneficio y al Análisis Coste-Eficacia. Se han explicado los elementos más importantes del ACB como una disciplina que permite operativizar la persecución de la eficiencia como fin social y sus relaciones con la equidad, la justicia y los derechos individuales. Por último, se ha explicado en qué consiste el AIC como método para el análisis positivo y normativo comparado entre diferentes diseños institucionales, de modo tal que se pueda seleccionar entre uno u otro. En el siguiente capítulo analizaré la aplicación de estos conceptos al Derecho penal.

## Capítulo II

### El Análisis Económico del Derecho Penal

#### I. Introducción

La comisión de un delito, en tanto daño o puesta en peligro de un bien jurídico individual o colectivo, implica la causación de un daño social<sup>128</sup>. El Derecho penal es parte del entorno institucional que cumple la función de desincentivar dichas conductas lesivas. La particularidad del Derecho penal en relación con otros medios de prevención del delito es que opera por medio de la imposición de una especie cualificada de sanción jurídica negativa (pena), de modo tal que los sujetos deban considerar al momento de actuar que entre los costes esperados de su acción se encuentran los que provienen de la pena amenazada<sup>129</sup>. Por ello, como se verá luego, los efectos preventivos que se obtienen de la disuasión penal se denominan “*prevención a través del castigo*”, para distinguirlos de otros medios preventivos distintos a los jurídico-penales.

MONTERO SOLER/TORRES LÓPEZ hacen referencia a dos grandes ámbitos que tienen que ver con la conducta delictiva: por un lado, el *sistema de generación del delito* en el que se incluirían los factores decisivos de los que depende su existencia y, por otro, el *sistema de justicia criminal*, que incluye los factores externos de todo tipo que tienen que ver con la respuesta de la sociedad a ese comportamiento. El *sistema de generación del delito* estaría compuesto por todos los miembros de la comunidad, puesto que un principio esencial del AED es que el delincuente no es un individuo “especial”, sino que cualquier persona puede llegar a serlo. El *sistema de justicia criminal* se define como el conjunto de todas aquellas

---

<sup>128</sup> En realidad, y conforme la perspectiva ex ante que marca el AED, se habla de un “*daño esperado*”. Este daño esperado se define por la probabilidad de que una conducta cause un daño multiplicado por la magnitud del daño. Conf. SHAVELL, S.; “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, en *Columbia Law Review* 85 (1985), p. 1233.

<sup>129</sup> El presente trabajo se centrará en la disuasión (*prevención general negativa*) como función de las sanciones jurídicas negativas (ya sean sanciones administrativas, sanciones penales o responsabilidad civil), si bien es cierto que la pena (al menos la privativa de libertad) puede cumplir otras funciones como la inocuización del sujeto (mientras está en prisión se encuentra imposibilitado físicamente de cometer otros delitos, al menos contra los ciudadanos con los que no tiene contacto) o la resocialización, estudiadas en general bajo el nombre de prevención especial (negativa o positiva), así como el fortalecimiento de la confianza en el Derecho (prevención general positiva).

instituciones y agentes públicos relacionados directa o indirectamente con la aplicación de la Ley<sup>130</sup>.

En los puntos siguientes analizaré cómo opera el AED positivo para predecir y explicar la conducta delictiva y de qué modo el Derecho Penal funciona como desincentivo para la comisión de delitos. Así mismo, desarrollaré los conceptos teóricos para realizar el análisis normativo del Derecho penal. En ambos casos haré una aproximación a la aplicación de ambas perspectivas de análisis al estudio del BdeC.

## II. AED positivo en Derecho penal: la decisión de delinquir

### 1. Introducción: la teoría de la elección racional en la criminología neoclásica

La presunción de racionalidad instrumental de los individuos que acompaña al modelo clásico del AED no encuentra excepción en el ámbito del Derecho Penal: una persona comete un delito porque los beneficios esperados del mismo exceden los costes esperados<sup>131</sup>. En efecto, este enfoque teórico parte de la observación de que la decisión de delinquir se elige en razón de los beneficios que provee al infractor, enfatizando el papel de las oportunidades para delinquir sin distinguir a priori entre infractores y personas que cumplen la ley<sup>132</sup>. En el análisis de

---

<sup>130</sup> MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.; *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, p. 6 y ss. Sin embargo, tal como indican los propios autores, el sistema de justicia criminal constituye sólo una parte de los mecanismos de control social, lo que quedará evidenciado en el presente trabajo al analizarse las diversas estrategias de intervención para prevenir el BdeC.

<sup>131</sup> POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 219. También Shavell lo plantea de este modo: “un sujeto realizará una conducta (delictiva) si y sólo si la sanción esperada fuera menor que los beneficios privados esperados”. SHAVELL, S.; “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, p. 1235. En el mismo sentido (“An individual would engage in the activity if the expected utility of doing so –taking into account the gain and the probability of having to pay the fine– exceeds the utility of his initial wealth”), POLINSKY, M./SHAVELL, S.; “The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitud of Fines”, *The American Economic Review*, Vol. 69, N° 5 (Dic., 1979), p. 882. También acerca de la decisión de delinquir de acuerdo con los costes y beneficios esperados de la actividad delictiva, ULEN, T.; “Rational Choice Theory in Law and Economics”, en *Encyclopedia of Law and Economics Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Bouckaert/De Geest (Eds.), Edward Elgar, Cheltenham, 2000, pp. 800, 801. En la literatura criminológica NEWBURN, T., *Criminology*, pp. 280, 281.

<sup>132</sup> CLARKE, R./CORNISH, D., “Rational Choice”, p. 23. De un modo radical se llega a hablar de una persona racional y “amoral” en el sentido de que no posee restricciones



los motivos para delinquir no se incluye sólo la obtención de dinero o bienes sino también la satisfacción de otras preferencias como la obtención de gratificación sexual o la obtención de estatus en el grupo<sup>133</sup>.

A pesar de la clara influencia que la versión criminológica de la elección racional ha recibido de los teóricos clásicos así como de los neoclásicos del AED como GARY BECKER<sup>134</sup>, se ha producido un distanciamiento producto de ciertas críticas que los criminólogos neoclásicos dirigen a las versiones económicas de la elección racional<sup>135</sup>. Las críticas más relevantes pueden resumirse del siguiente modo<sup>136</sup>:

2. Los beneficios del delito son considerados por los economistas en términos materiales (cuánto dinero puede obtener el infractor), ignorando otro tipo de beneficios que no pueden traducirse en dinero;
3. Los economistas no parecen haber considerado la gran variedad de comportamientos que se subsumen en la categoría general “delito”, con las consecuentes variaciones en los costes y beneficios esperados;
4. Los economistas parecen haber pasado por alto el hecho de que gran parte de los delitos cometidos lo son en el ámbito laboral: ¿como podría, entonces, la actividad delictiva ser excluyente y única cuando las actividades legales facilitan la comisión de delitos?;
5. El modelo de mercado no permite explicar todos los delitos: mientras que sirve para el tráfico de drogas, la prostitución o, como aquí, para el blanqueo de capitales, la terminología se vuelve confusa en aquellos casos en que las víctimas no tendrían ninguna pretensión de demandar la actividad (verbigracia, el delito de agresión sexual);

---

provenientes de la culpa y de una moralidad internalizada; COOTER, R./ULEN, T.; *Law and Economics*, pp. 454, 455. Como se verá este aspecto de la “amoralidad” aparece muy matizada en el presente trabajo al considerarse la existencia de costes morales derivados de la comisión de la conducta delictiva.

<sup>133</sup> Una descripción de diversos motivos en CLARKE, R./CORNISH, D, “Rational Choice”, p. 33.

<sup>134</sup> Conf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 267; GARRIDO, V./STANGELAND, P./REDONDO, S.; *Principios de Criminología*, p. 189. HOPKINS BURKE, R.; *An Introduction to Criminological Theory*, Willan Publishing, Cullompton et. al., 2001, p. 43. NEWBURN, T., *Criminology*, p. 281.

<sup>135</sup> También los sociólogos y politólogos tiende a rechazar la asunción característica de los modelos neoclásicos convencionales de que los individuos cuentan con información completa y son capaces de sacarle el máximo partido a la misma. Conf. MARÍ-KLOSE, P.; *Elección Racional*, p. 32. Una clara descripción de los distintos enfoques del delincuente racional y su desarrollo histórico en SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, p. 285 y ss.

<sup>136</sup> Una exposición de estos puntos críticos en CLARKE, R./FELSON, M, “Introduction: Criminology, Routine Activity and Rational Choice”, en *Routine Activity and Rational Choice. Advances in Criminological Theory Volume 5*, Clarke/Felson (Eds.), Transaction Publishers, New Brunswick/London, 1993, p. 5.

6. El modelo formal matemático utilizado por los economistas para describir la decisión de delinquir usualmente requiere datos que no están disponibles o que no podrían ser utilizados sin llevar a cabo asunciones poco realistas acerca de lo que representan;
7. La imagen que presentan los economistas de un infractor que maximiza su función de utilidad, calculando cuidadosamente los costes y beneficios esperados no casa del todo bien con el carácter oportunista y muchas veces imprudente (*reckless*) de muchos delitos.

A pesar de este distanciamiento teórico los criminólogos neoclásicos afirman que los enfoques de la irracionalidad carecen de fundamento<sup>137</sup>. La propuesta es partir del supuesto conductual de un individuo racional que, como todos los seres humanos, posee algunas limitaciones<sup>138</sup>.

CLARKE/CORNISH explican que la teoría criminológica de la elección racional puede expresarse en la forma de seis proposiciones:

1. Los delitos son actos deliberados cometidos con la intención de obtener beneficios;
2. En la persecución de estos beneficios los infractores no siempre llevan a cabo las mejores decisiones en virtud de los riesgos y la incertidumbre: los infractores poseen una racionalidad limitada;
3. Las decisiones de los infractores varían considerablemente con la naturaleza de cada delito;
4. Las decisiones de involucrarse en determinados tipos de delito (*involvement decisions*) son muy diferentes de las decisiones relativas a la comisión de un hecho delictivo en concreto (*event decisions*);
5. La decisión de involucrarse en determinados tipos de delito (*involvement decisions*) pueden dividirse en tres etapas: *a. iniciación*: involucrarse en actividades delictivas por primera vez, *b. habituación*: continuar involucrado y *c. desistimiento*: cesar en las actividades delictivas, debiendo cada una de ellas ser estudiadas de forma separada porque cada una involucra variables muy diferentes.
6. La decisión de cometer un hecho delictivo en concreto (*event decision*) incluye una secuencia de decisiones llevadas a cabo en cada etapa del

---

<sup>137</sup> Así, ver la respuesta de Clarke/Cornish a aquellos que argumentan que la conducta delictiva está lejos de ser racional. CLARKE, R./CORNISH, D, "Rational Choice", p. 23. En el mismo sentido Jolls/Sunstein/Thaler afirman que el Análisis Económico-Conductual del Derecho no sugiere que el comportamiento sea azaroso o imposible de predecir sino que, a pesar de las limitaciones en la racionalidad, la conducta humana puede predecirse y modelarse. Conf. JOLLS, CH./SUNSTEIN, C./THALER, R.; "A Behavioral Approach to Law and Economics", p. 1475.

<sup>138</sup> CLARKE, R./FELSON, M, "Introduction: Criminology, Routine Activity and Rational Choice", p. 6.

hecho delictivo (desde la preparación hasta la ejecución y la posterior huida y agotamiento del delito)<sup>139</sup>.

Explicaré brevemente en qué consiste cada una de estas proposiciones<sup>140</sup>.

### 1) *El delito como una decisión orientada a la obtención de beneficios*

El punto de partida de la teoría de la elección racional en este ámbito es, al igual que en las perspectivas neoclásicas desarrolladas por los economistas, que los actos delictivos son actos cometidos con un propósito (*purposive acts*): obtener alguno tipo de beneficio. Estos beneficios son más evidentes cuando se trata de la obtención de dinero o bienes materiales, pero dentro de esta categoría se puede incluir también otros beneficios no materiales como la excitación, el prestigio, la satisfacción del deseo sexual o la dominación de otros.

### 2) *Racionalidad limitada*

Existen diferencias acerca de qué es lo que debe considerarse una decisión racional. Ya hemos visto que en las versiones primigenias del AED la racionalidad suponía decisiones con información perfecta y con una evaluación muy ponderada de las preferencias. El desarrollo criminológico de la teoría es menos exigente<sup>141</sup>: la conducta de los individuos se caracteriza por una racionalidad limitada.

Esto significa que la decisión de delinquir es inevitablemente menos que perfecta porque refleja las imperfectas condiciones bajo las que tiene lugar: los sujetos tienen que decidir en un espacio de tiempo generalmente breve, con una información relevante estrecha y con sus propias habilidades cognitivas que pueden ser limitadas<sup>142</sup>. La decisión de delinquir supone riesgo e incertidumbre y los infractores raramente cuentan con toda la información fáctica acerca de los costes y beneficios esperados de su conducta. Así, en virtud de que existen restricciones en nuestra capacidad de procesamiento de la información, los infractores, del mismo modo que el resto de las personas, pueden utilizar reglas generales

---

<sup>139</sup> Todo conf. CLARKE, R./CORNISH, D, "Rational Choice", p. 24.

<sup>140</sup> Sigo en todo a CLARKE, R./CORNISH, D, "Rational Choice", pp. 24-31.

<sup>141</sup> Lo que, como se ha dicho, también se sostiene en el AED por la corriente del *Behavioral Law and Economics*, Conf. JOLLS, CH./SUNSTEIN, C./THALER, R.; "A Behavioral Approach to Law and Economics", pp. 1476 y ss.

<sup>142</sup> Conf. SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, p. 285.

-que pueden no ser precisas para el caso concreto- (*rules of thumb*) como criterio para guiar sus acciones<sup>143</sup>.

Una vez que la decisión de delinquir ya se ha tomado, los infractores pueden focalizarse más en los beneficios del delito que en los riesgos, y al considerar estos riesgos ponderan más las posibilidades inmediatas de ser descubiertos que las penas que podrían llegar a imponérseles.

Así mismo, su decisión está más orientada a la satisfacción (*satisficing*) que a la optimización (*optimizing*): se orienta a obtener aquello que se desea más que a obtener lo mejor que se podría con los recursos con los que se cuenta. Como el resto de los seres humanos los infractores fracasan al considerar los efectos a largo plazo de sus acciones. Como producto de todo ello, los infractores pueden tomar decisiones poco inteligentes que pueden derivar en su detención y condena. Los infractores, así, hacen lo mejor que pueden dentro de los límites de tiempo, recursos e información disponible. Es por ello por lo que esta teoría los considera como actores racionales si bien en un sentido limitado.

Sin embargo, la profesionalización de un individuo en ciertas actividades delictivas permite el desarrollo de aptitudes y conocimientos con los que reducir el riesgo (la incertidumbre) e incrementar la eficacia de sus proyectos delictivos a través de la planificación y la cuidadosa selección de objetivos, del incremento de los contactos y vínculos, así como de una más adecuada información de la intervención policial y judicial<sup>144</sup>. Esta profesionalización -que según la doctrina dominante caracteriza al BdeC- permite referir, como se verá, a una mayor racionalidad de los infractores.

### 3) *La decisión de delinquir varía considerablemente con el tipo de delito*

Cada tipo de delito provee de particulares beneficios a los infractores y, por ello, son cometidos por diferentes motivos: la obtención de dinero es el motivo de un robo y la satisfacción del deseo sexual el de las violaciones. Del mismo modo, los factores sujetos a ponderación y las variables que influyen sobre la decisión de delinquir difieren de forma sustancial de un delito a otro. Esto es aún más evidente en la decisión de cometer un hecho delictivo en concreto (*event decision*) porque la influencia de los factores situacionales más inmediatos es muy importante.

---

<sup>143</sup> Así, en general sobre la conducta humana en diferentes ámbitos de la vida, JOLLS, CH./SUNSTEIN, C./THALER, R.; "A Behavioral Approach to Law and Economics", p. 1477.

<sup>144</sup> Conf. NEWBURN, T., *Criminology*, p. 285.

Por esta razón la decisión de delinquir no puede ser estudiada apropiadamente en abstracto. Incluso categorías jurídicas típicas como el robo tampoco deben estudiarse de forma general sino que resulta conveniente analizar la posible existencia de motivaciones y factores diferenciados en diferentes tipos de robo (y aun dentro de subcategorías, como el robo de automóviles, las motivaciones entre un infractor y otros pueden variar sustancialmente).

CLARKE/CORNISH entienden que la cuestión de cuál es la regla para decidir cuán específico debe ser un análisis se encuentra en la respuesta a la siguiente pregunta: ¿La elaboración de distinciones más finas entre categorías específicas de delito resultará en la identificación de casos suficientes de infracciones como para justificar intervenciones preventivas diferenciadas? Así, si la respuesta es que de los hechos se deriva la necesidad de elaborar diferentes estrategias de intervención político-criminal para estos hechos, existen razones suficientes para elaborar distinciones más finas en el análisis criminológico. Este postulado evidencia la clara orientación pragmática de esta teoría criminológica hacia la prevención del delito, lo que permite distinguirla de otras teorías criminológicas orientadas a la crítica del sistema penal<sup>145</sup>.

*4) La decisión de involucrarse en el delito (involvement decision) vs. la decisión de cometer un concreto hecho delictivo (event decision)*

La decisión de delinquir puede dividirse en dos grandes grupos. La decisión de cometer un concreto hecho delictivo se relaciona con cuestiones tales como elegir un particular objetivo y medios para reducir el riesgo de descubrimiento. La decisión de involucrarse en el delito es más compleja y se lleva a cabo en tres etapas distintas: *a. iniciación*, en el que un individuo está listo para cometer delitos para obtener aquellos que desea; *b. habituación*, una vez que ya han cometido algún delito debe decidir si continuar con la actividad; *c. desistimiento*, el individuo evalúa si deja la actividad.

Los factores relevantes para la decisión en cada uno de estos dos ámbitos son distintos y deben estudiarse de forma separada. Estos factores incluyen las circunstancias personales actuales y precedentes de los infractores, las oportunidades legítimas disponibles para satisfacer sus preferencias y los costes esperados de las sanciones así como los costes morales.

---

<sup>145</sup> Así mismo, refiriendo al aspecto normativo de la teoría, también destacan la orientación a una prevención eficiente del delito, CLARKE, R./FELSON, M, "Introduction: Criminology, Routine Activity and Rational Choice", p. 7.

### 5) *Las diferentes etapas de la decisión de involucrarse en el delito*

Los distintos factores relevantes para la decisión tienen distinta influencia en cada una de las tres etapas mencionadas. Así, por ejemplo, en la *iniciación* las circunstancias personales precedentes tienen su mayor influencia porque dan forma tanto a la naturaleza de los conocimientos y experiencia acumulados como a las circunstancias actuales de vida. En la *habitación* las actuales circunstancias de vida que reflejan los beneficios económicos del delito pueden ser de principal importancia. En el *desistimiento* puede cumplir un papel importante tanto las circunstancias actuales de vida junto con la experiencia acumulada de los costes de delinquir. En todas las etapas, no obstante, es la influencia inmediata de las variables situacionales, como las necesidades y motivos y las oportunidades e incentivos, lo que desencadena la decisión de cometer o no un hecho ilícito.

### 6) *La secuencia de la decisión de cometer un concreto hecho delictivo*

La elección de un objetivo deseable es una de las etapas en un complejo proceso de decisión que lleva a ejecutar un acto delictivo. La integración de la teoría de la elección racional con la teoría de las actividades rutinarias ha permitido destacar tres variables situacionales fundamentales en la decisión de delinquir: la existencia de un infractor motivado, un objetivo deseable y la ausencia de un guardián<sup>146</sup>.

Analizados los elementos básicos de la teoría resulta necesario profundizar en los costes y beneficios esperados de la conducta delictiva que, como se verá, si bien incluye el clásico elemento de los costes asociados a las sanciones jurídicas se integra con otros tipos de costes esperados así como por los beneficios del delito<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Conf. NEWBURN, T., *Criminology*, p. 287.

<sup>147</sup> Así, de modo crítico, afirman que un modelo estricto de la disuasión sólo incluye la amenaza derivada de las sanciones formales y proponen un modelo de elección racional que se integre con una versión más amplia del control social, incluyendo otros costes esperados como las sanciones informales, la pérdida de alternativas legítimas de comportamiento y los costes morales. PATERNOSTER, R./SIMPSON, S., "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", en *Routine Activity and Rational Choice. Advances in Criminological Theory Volume 5*, Clarke/Felson (Eds.), Transaction Publishers, New Brunswick/London, 1993, pp. 40, 41.

## 2. Los costes y beneficios privados del delito y el efecto disuasorio de la pena

En la consideración de los costes esperados de la conducta delictiva la escuela económica neoclásica había destacado, sobre todo, el papel que desempeñaban las sanciones jurídicas negativas (penas y otras sanciones) soslayando o relegando tanto la función de otros costes sociales (sanciones informales, sentimientos de culpa, etc.) como el análisis de los beneficios esperados del delito: esto dio lugar a una distinción entre *teoría de la disuasión* y *teoría de la elección racional*, incluyendo la segunda un análisis más sofisticado que, tal como se hace a continuación, incorpora al análisis de la decisión de delinquir una diversidad de costes y beneficios derivados del delito<sup>148</sup>.

Así mismo, en el análisis que lleva a cabo un actor racional para evaluar la decisión de delinquir no sólo debe tenerse en cuenta la utilidad esperada de la actividad delictiva en sí, sino de otras actividades que podrían realizarse en lugar de aquella. En efecto, aun cuando los beneficios esperados de una actividad delictiva sean mayores que los costes esperados, esta persona cometerá el delito sólo si la utilidad esperada por él de la conducta delictiva excede la utilidad que pueda obtener utilizando su tiempo y otros recursos en otras actividades (legales o ilegales)<sup>149</sup>. De este modo, puede afirmarse, como hipótesis, que si en un período determinado dos actividades fueran mutuamente excluyentes, un individuo escogería entre ambas comparando la utilidad esperada asociada a cada una<sup>150</sup>.

Los **beneficios netos** asociados con una actividad ilegal dependen de las ganancias brutas obtenidas y de varios costes. Por **ganancias brutas** se entiende el valor de la "producción" (output) de la actividad delictiva: los *beneficios monetarios y psíquicos directos* que obtiene de cometer determinado tipo de delito<sup>151</sup>, así como los *beneficios reputacionales*. Los **costes** por su parte, pueden clasificarse en<sup>152</sup>:

---

<sup>148</sup> Acerca de la distinción entre *teoría de la disuasión* y *teoría de la elección racional*, AKERS, R.; "Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken", pp. 654, 655.

<sup>149</sup> BECKER, G.; "Crime and Punishment: An Economic Approach", p. 176. STIGLER, G.; "The Optimum Enforcement of Laws", *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, Nro.3 (May-Jun. 1970), p. 530.

<sup>150</sup> Sigo a EHRLICH, I.; "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement", p. 490. También ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 492.

<sup>151</sup> Se afirma que esta ganancia bruta estará, particularmente en el caso de delitos que suponen una ganancia material, en relación con la destreza y la habilidad del infractor

- El *coste esperado de las sanciones formales: la amenaza de pena y otras sanciones jurídicas negativas, así como la responsabilidad civil derivada del delito*;
- El *coste esperado de las sanciones informales*: el así llamado *coste moral*, que viene determinado por las convicciones éticas de cada individuo y que refieren al coste de no ser consecuente con ellas<sup>153</sup> y el *coste reputacional*<sup>154</sup> y todos sus efectos (incluyendo la reducción futura de ingresos en actividades legales en razón de las dificultades de ingresar al mercado laboral como producto de la estigmatización social que supone la imposición de pena);
- Los *costes de oportunidad del tiempo del delincuente* (es decir, los beneficios que pueda obtener en actividades alternativas);
- Los que se originan en la obtención de los *instrumentos que se utilizarán en la comisión del delito* (armas, máscaras, alquiler de casas, pago a colaboradores, etc.).

Concepto clave en relación a los costes y beneficios del delito es el de “*valor esperado*”: tanto los beneficios como algunos de los costes que resultan de la comisión de delitos son magnitudes variables e inciertas. Así, por ejemplo, en relación con las sanciones legales previstas, el *valor*

---

para cometer delitos, más los inputs tales como el tiempo utilizado, los servicios prestados por los otros partícipes en su hecho y otros recursos utilizados en la actividad ilegal. EHRlich, I.; "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement", p. 490. POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 219. Por su parte, Posner habla de beneficios *tangibles* e *intangibles*: ejemplo de los primeros es el caso de los delitos que dan origen a una ganancia pecuniaria y de los segundos la satisfacción del deseo sexual en la violación. POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 219.

<sup>152</sup> Elaboro esta descripción a partir de las propuestas de diversos autores. Ver; EHRlich, I.; "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement", p. 490, GRASMICK, H.G./BURSIK, R.J.; "Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model", p. 45 y ss.; PATERNOSTER, R./SIMPSON, S., "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", pp. 43, 44; POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 219. SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, p. 305.

<sup>153</sup> ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 505. Estos costes morales varían tanto con los distintos tipos de delito como con las circunstancias de su comisión. Conf. CLARKE, R./CORNISH, D., "Rational Choice", p. 27.

<sup>154</sup> Un detallado análisis en el AED de los costes reputacionales con base en las normas sociales y sus interrelaciones con las normas jurídico-penales en POSNER, E.; *Law and Social Norms*, pp. 18, 19, 89-111. También sobre los costes reputacionales derivados de la imposición de sanciones jurídico-penales ver BERMEJO, M.G.; "Aflicción Directa e Indirecta en el Concepto de Pena", en *Homenaje a Carlos S. Nino, Alegre/Gargarella/Rosenkrantz* (Coord.), Facultad de Derecho-UBA/La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 183 y ss. También SHAVELL, S.; *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2004, p. 543. También acerca de los costes reputacionales derivados de la infracción de normas legales, SUNSTEIN, C.; "Behavioral Analysis of Law", *The University of Chicago Law Review* N° 64 (1997), pp. 1186, 1187.



*esperado de una sanción se obtiene multiplicando su magnitud por la probabilidad de imposición*<sup>155</sup>. Lo propio puede decirse de los beneficios esperados del delito, que también son un valor esperado sujeto a incertidumbre ya que, por ejemplo, las ganancias obtenidas pueden ser descubiertas y decomisadas por el Estado.

La decisión de delinquir así como el número total de delitos (la denominada “oferta criminal”) están inversamente relacionados con la pena como coste esperado. En relación con la cuestión de si un individuo será disuadido en mayor medida por un aumento en la severidad de la pena o en la probabilidad de condena, debe responderse apelando a la actitud frente al riesgo del individuo en cuestión<sup>156</sup>.

Si el individuo es *neutral frente al riesgo*, la magnitud de su respuesta ante un valor esperado no variará aunque la probabilidad de imposición aumente o disminuya o lo haga la severidad de la pena: de este modo, si el valor esperado de la pena es de 1 año, le dará igual que esto se deba a que la pena es de 5 años con una probabilidad de condena de 20% o de 2 años con una probabilidad de condena de 50%. Por el contrario, si el individuo

---

<sup>155</sup> STIGLER, G.; “The Optimum Enforcement of Laws”, p. 527.

<sup>156</sup> Existen tres posibles actitudes frente al riesgo: se neutral, ser averso y tener preferencia por el riesgo:

a) Una persona es *neutral* ante el riesgo cuando se muestra indiferente entre distintas combinaciones de probabilidad/resultado con el mismo valor esperado. Así, esta persona otorgará el mismo valor a recibir 100 euros con seguridad que tener un 50% de posibilidades de ganar 200 euros (y un 50%, claro, de no ganar nada) o tener un 25 % de posibilidades de ganar 400 euros (y un 75 % de no ganar nada).

b) Un individuo es *averso* al riesgo cuando prefiera un valor seguro a una combinación azarosa, aun cuando esta última combinación tenga un mayor valor esperado. En general, estos sujetos prefieren combinaciones probabilidad/resultado que sean poco azarosas (es decir, aquellas en que la probabilidad sea la más alta posible). Ejemplo: el sujeto que es adverso al riesgo preferirá 90 euros seguros a cualquiera de las combinaciones del párrafo anterior en que el valor esperado es 100. La profusión del seguro y su extensión a innumerables ámbitos de la vida de las personas muestran que este fenómeno se da en forma masiva: quien celebra un contrato de seguro sabe que *con seguridad* perderá una cantidad de dinero (la prima), pero lo hace para cubrirse en el *eventual* caso de que se produzca el evento asegurado.

c) Un sujeto tiene *preferencia* por el riesgo cuando se prefiere una combinación azarosa de menor valor esperado a un valor seguro o, en general, cuando se prefieren combinaciones de probabilidad/resultado en las que la probabilidad sea baja y la eventual ganancia elevada. El caso de los compradores de lotería permite ejemplificar esta modalidad: quien compra una lotería cambia dinero seguro (el que gasta en comprar el billete) por la baja probabilidad de ganar mucho dinero. Todo conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, pp. 493-494. Esta “actitud ante el riesgo” no se debe entender como un rasgo psicológico general y, por lo tanto, la misma persona puede mostrar tanto preferencia como aversión al riesgo en diferentes facetas de la vida.

es *averso al riesgo* preferirá la alternativa con resultado más seguro, es decir la pena de 2 años con 50% de probabilidad de condena, de modo que será disuadido en mayor medida por la alternativa no preferida por él, es decir, por la de 5 años con un 20% de probabilidad de condena. Por último, quien tiene *preferencia por el riesgo*, se verá más disuadido por la alternativa menos deseada, es decir 2 años con un 50% de probabilidades de condena<sup>157</sup>. *A lo largo del presente trabajo operaré siempre con el supuesto de neutralidad frente al riesgo*<sup>158</sup>, salvo en aquellos casos en los que se diga explícitamente lo contrario. Así mismo, partiré del supuesto de **individuos informados** que conocen los costes, beneficios y probabilidades asociados con el delito<sup>159</sup>.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que las actividades legales e ilegales no sean mutuamente excluyentes, de modo tal que los delincuentes tengan incentivos para participar en ambas actividades con el objetivo de cubrirse parcialmente contra los riesgos relativamente mayores que suponen una actividad delictiva a tiempo completo<sup>160</sup>. Así, por ejemplo, ocultar el origen delictivo de los bienes provenientes de actividades delictivas permite diversificar el riesgo que supone un actividad criminal, al invertirse una parte del capital “sucio” en actividades legales, de modo tal que los bienes, una vez blanqueados, no se encuentran sometidos al riesgo de pérdida que supone el decomiso estatal: de este modo, se aumenta el valor esperado de los bienes como ganancia derivada de delito<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> Sobre la actitud frente al riesgo en derecho penal ver BECKER, G.; “Crime and Punishment: An Economic Approach”, pp. 178. EHRLICH, I.; “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement”, p. 493. EHRLICH, I.; “Crime, Punishment, and the Market for Offenses”, en *Journal of Economic Perspectives Volumen 10 Nro. 1 (Invierno 1996)*, p. 52. MALAMUD GOTI, J., *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p.67; ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, pp. 494-95. Sobre la variación en la disuasión en la imposición de multas cuando el individuo es adverso al riesgo, ver POLINSKY, M./SHAVELL, S.; “The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitud of Fines”, pp. 880-891.

<sup>158</sup> Así, opera con el mismo supuesto, SHAVELL, S.; *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 473.

<sup>159</sup> También parten del supuesto de un individuo racional, informado y neutral frente al riesgo, COOTER, R/ULEN, T.; *Law and Economics*, p. 462. A pesar de las matizaciones a que someteré este supuesto (racionalidad limitada, déficits de información, preferencia por el riesgo) el tipo de delito que se estudia caracterizado por la profesionalidad, la orientación a los beneficios económicos y aparente neutralidad moral típica de la delincuencia económica y empresarial permiten aplicar el supuesto de racionalidad plena con mayor capacidad explicativa y predictiva.

<sup>160</sup> EHRLICH, I.; “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement”, p. 491.

<sup>161</sup> En efecto, la peculiar función económica del BdeC consiste en transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen delictivo en poder de adquisición

También debe considerarse que el delincuente puede reducir la probabilidad de ser detenido y condenado gastando recursos en encubrir su actividad ilegal<sup>162</sup>. Los bienes obtenidos como producto de la actividad delictiva no sólo son “ganancia” sino también “prueba” del delito. La ocultación del origen delictivo de los bienes que supone el BdeC cumple no sólo la función de asegurar las ganancias, sino también la de ocultar la vinculación de los bienes con el delito, de modo tal que no puedan servir como prueba de la comisión del mismo.

### **3. Las propiedades de las situaciones delictivas que estructuran la elección del infractor**

Todo lo afirmado no supone aceptar que los márgenes de racionalidad de los individuos son similares en todo tipo de delitos e independientes de las particularidades de cada actor y de las circunstancias. Por el contrario, CORNISH/CLARKE, quienes analizan el delito desde el supuesto conductual de racionalidad de los agentes, afirman que los procesos de decisión y los factores que se tienen en cuenta pueden variar sustancialmente tanto en las distintas etapas de la decisión de cometer un delito como entre distintos delitos<sup>163</sup>.

La teoría de la elección racional afirma que los delitos en concreto se eligen y cometen por razones específicas que son producto de las características tanto del delito como del infractor. Por ello, para analizar la decisión de delinquir deben analizarse aquellas propiedades de los delitos que son percibidos por el infractor como especialmente relevantes conforme los fines que persigue, su experiencia, motivaciones, habilidades, etc.

Estas características de los delitos que permiten analizar la decisión de cometer una infracción se denominan “*propiedades que estructuran la elección*” (*choice-structuring properties*)<sup>164</sup>. El objetivo que persigue el infractor al cometer un hecho punible tiene un lugar destacado en el análisis de las propiedades de los delitos: así, por ejemplo, obtener dinero es una finalidad compartida por una variedad de hechos punibles que van desde

---

efectivo. Conf. MASCIANDARO, D.; “Il Riciclaggio in Economia Aperta: Teoria e Caso Italiano”, en *Il Riciclaggio del Denaro Nella Legislazione Civile e Penale*, Corvese/Santoro (Eds.), Dott. A. Giufrè Editore, Milan, 1996, p. 194.

<sup>162</sup> EHRLICH, I.; “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement”, pp. 491-492.

<sup>163</sup> CORNISH, D./CLARKE, R.; “Understanding crime displacement: an application of rational choice theory”, en *Criminology* (1987), p. 933.

<sup>164</sup> Todo conf. CORNISH, D./CLARKE, R.; “Understanding crime displacement: an application of rational choice theory”, p. 935.

el hurto o el robo hasta complejos delitos económicos, como el *insider trading*, la evasión de impuestos o el BdeC.

Poder identificar estas propiedades comunes entre distintos tipos de delitos resulta de suma utilidad al momento de evaluar los efectos de desplazamiento de una a otra actividad delictiva. En efecto, puede suponerse que si un individuo ha decidido cometer un delito con la finalidad de obtener beneficios económicos e identifica que resulta demasiado complejo robar en inmuebles desplazará su objetivo a bienes muebles con poca protección, como los automóviles, pero no se verá motivado a cometer un delito de daños, de lesiones o de agresión sexual. Para identificar la dirección del desplazamiento, será necesario recurrir al análisis empírico que permitirá completar el contenido de cada una de estas propiedades con información proveniente de la realidad<sup>165</sup>.

### III. AED normativo en Derecho penal

#### 1. El ACB en la prevención del delito

En el punto referido al análisis positivo del Derecho penal se ha hecho referencia a los *costes y beneficios privados* del delito; es decir, a la cuestión positiva de qué son costes y beneficios para el interviniente en la actividad delictiva, que deberán ser ponderados por el individuo según sus propias preferencias para decidir si comete o no un delito.

Por el contrario, en el análisis normativo del Derecho penal se hace referencia a los *costes y beneficios sociales*, y la determinación de qué cuenta como un coste o beneficio social depende de cuestiones normativas<sup>166</sup>. Así, el análisis de eficiencia en este ámbito debería tener en cuenta tanto los beneficios sociales esperados asociados con la realización de

---

<sup>165</sup> Todo conf. CORNISH, D./CLARKE, R.; “Understanding crime displacement: an application of rational choice theory”, pp. 937-941.

<sup>166</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 541. Un ejemplo paradigmático es el caso de las ganancias del delincuente. Si bien es de gran importancia considerarlas como “beneficio privado” en el análisis positivo para poder identificarlas e intervenir sobre ellas (por ejemplo, por medio del decomiso de las ganancias monetarias) y desincentivar la conducta delictiva, en el análisis normativo existen muy buenas razones para no tomar en cuenta dichas ganancias como “beneficio social” en el análisis normativo. Sobre la discusión de considerar las ganancias del delincuente como beneficio social ver ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, pp. 540 y ss. Así mismo, MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.; *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, p. 55 y ss.

conductas como los costes sociales causados por ella. Desde esta perspectiva, el problema de política penal para la sociedad será diseñar un sistema de consecuencias jurídicas y seleccionar una probabilidad de detención y condena tales que maximicen el bienestar social<sup>167</sup> o, en otros términos, que los beneficios sociales superen los costes sociales.

La función de coste social total de GARY BECKER basada en la *función social de bienestar* prescribe que deben considerarse, por un lado, el *daño ocasionado por los delitos* y, por otro, los *costes de prevención* (detención y condena de los delincuentes y el coste social de la pena -aquí se incluye, por ejemplo, el coste que supone mantener a un individuo en la cárcel-). En esta particular versión del ACB vinculado a la eficiencia en sentido Kaldor Hicks se incluyen al menos: a) el coste social por cada delito cometido y la cantidad de delitos, b) el coste de detener y condenar a los responsables, c) la pena impuesta a cada uno de los condenados y d) el tipo de pena impuesta en cada caso<sup>168</sup>.

En efecto, el AED considera dos tipos de costes sociales asociados al delito: por un lado, *los costes que la delincuencia hace recaer directamente sobre la sociedad* (y, particularmente, sobre las víctimas) y, por otro, los *costes derivados de la asignación de recursos económicos, personales y materiales destinado a la prevención del delito*<sup>169</sup>. La finalidad consiste en reducir los costes sociales producidos por el delito y por las medidas que se adoptan para su prevención: se trata, en suma, de lograr una asignación eficiente de los recursos sociales en la prevención del delito minimizando ambos tipos de costes sociales<sup>170</sup>.

En efecto, desde una perspectiva normativa, puede decirse que el objetivo de la aplicación de la ley por parte del Estado (*Public Law Enforcement*) es minimizar el daño social agregado (o per cápita) de la actividad criminal. Esto se debe a que la probabilidad y la severidad de la pena implican costes marginales positivos, en los que sería óptimo incurrir sólo si la probabilidad y severidad de la pena tiene como consecuencia una reducción marginal del delito<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> Conf. SHAVELL, S.; "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent", p. 1236.

<sup>168</sup> Todo conf. BECKER, G.; "Crime and Punishment: An Economic Approach", pp. 180-181.

<sup>169</sup> Conf. MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.; *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, pp. 46, 47.

<sup>170</sup> Conf. COOTER, R/ULEN, T.; *Law and Economics*, pp. 451, 470.

<sup>171</sup> EHRlich, I.; "Crime, Punishment, and the Market for Offenses", p. 54. STIGLER, G.; "The Optimum Enforcement of Laws", p. 527.

Se trata en suma de responder a la cuestión de cuántos delitos deberían permitirse y cuántos criminales deberían dejar de ser castigados<sup>172</sup>. En efecto, si la cuestión fuera sólo lograr una mayor disuasión, la probabilidad de condena podría elevarse a cerca de 1 y la pena podría elevarse hasta superar la ganancia. Sin embargo, al momento de diseñar la política criminal debe tenerse en cuenta que el incremento en la probabilidad de condena supone asumir costes.

Se afirma que los costes más fáciles de documentar son los gastos estatales en la prevención del delito y el castigo de los infractores. Los gastos llevados a cabo por los individuos y las organizaciones privadas (empresas) para prevenir el delito pueden ser más difíciles de estimar que los estatales. Sin duda, los más difíciles de estimar son los valores de las pérdidas producto de la comisión del delito (daños a la propiedad y daños a las víctimas)<sup>173</sup>. Debería agregarse que la dificultad es mayor cuando nos encontramos con bienes jurídicos colectivos con procesos causales o relacionales complejos de estimar (daños al medio ambiente, al sistema financiero, efectos a largo plazo, etc.)<sup>174</sup>.

Para minimizar los costes mencionados desde el punto de vista de la eficiencia en sentido instrumental se puede actuar utilizando distintas medidas que afecten tanto a los incentivos negativos como a los positivos: el objetivo será lograr una distribución de los recursos tal que el último euro gastado en una medida arroje el mismo saldo preventivo que el gastado en los demás. Si este no fuera el caso, convendrá transferir recursos de un programa a otro<sup>175</sup>.

## **2. La pena ideal (análisis normativo-técnico): aumentar la severidad de la pena vs. aumentar la probabilidad de imposición**

La cuestión de la relación existente entre la severidad de la pena y la probabilidad de condena ya fue analizada desde la perspectiva positiva del AED, en la que se consideró a la pena como un coste esperado por el

---

<sup>172</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I.; “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, p. 56.

<sup>173</sup> COOTER, R/ULEN, T.; *Law and Economics*, pp. 481-483.

<sup>174</sup> En relación con el presente objeto de estudio, las dificultades para estimar el daño social del BdeC (Parte Segunda) resultan paradigmáticas, a lo que se agrega que una importante parte del sistema de prevención de este delito se encuentra montado sobre las funciones de control de sujetos privados –individuos o empresas– tales como notarios o entidades financieras (Parte Tercera).

<sup>175</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I.; “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, p. 56.

delincuente potencial y se describió su capacidad disuasoria según la actitud frente al riesgo del infractor.

Pero dicha relación tiene también sumo interés para los análisis normativos. Aumentar la probabilidad de condena supone incurrir en numerosos costes: tecnología, policía, tribunales, etc. Por ello, se parte de que la alternativa eficiente consiste en aumentar la gravedad de la pena, de modo tal que se puede obtener el mismo coste esperado de pena a un menor coste de inversión en recursos dirigidos al control del cumplimiento de la ley y condena. *Si el análisis se detuviera en este punto la sanción ideal sería aquella cuya gravedad tiende al infinito y cuya probabilidad de imposición tiende a cero*<sup>176</sup>. Sin embargo, además del argumento de principio de que tales penas pueden adquirir un carácter draconiano que violente el principio de proporcionalidad (lo que supone en su versión estricta un límite deontológico –y, por ende, externo a la teoría- a la severidad de las penas)<sup>177</sup>, existen al menos cuatro tipos de argumentos internos a la teoría que permiten limitar la severidad que se imputa al AED y que analizaré a continuación: la forma de la sanción (privación de libertad vs. multa), la disuasión marginal, el descuento del futuro y el mayor efecto disuasorio del incremento de probabilidad de imposición de la pena que de la severidad de la misma.

---

<sup>176</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I.; “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, p. 59.

<sup>177</sup> Si bien los trabajos del AED normativo en esta cuestión se suelen orientar al análisis de la sanción óptima, no descartan la existencia de argumentos de justicia que puedan limitar la severidad de la pena. Así, Polinsky y Shavell dicen: “*Aunque este trabajo no toma en cuenta consideraciones de justicia, es obvio que éstas son relevantes al momento de determinar la probabilidad y multa deseada. Por ejemplo, imponer multas que superan largamente los costes externos impuestos por el infractor a la sociedad puede ser concebido como injusto, o detener sólo a una pequeña fracción de aquellos que imponen externalidades puede ser arbitrario*”. En POLINSKY, M./SHAVELL, S.; “The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitud of Fines”, p. 881. Interesante es el argumento de Shavell que incorpora la idea de proporcionalidad en la respuesta penal pero desde una perspectiva bienestarista (eficiencia en sentido Kaldor-Hicks): refiriéndose a consideraciones retributivas vigentes en la moral positiva como límite a las normas penales, este autor afirma que “*si debido a nuestro sentido de la pena correcta en sentido retributivo las sanciones debieran ser menos severas que la magnitud convencionalmente óptima incrementar la disuasión requeriría invertir más recursos para identificar a los infractores (...) La preferencia por la retribución modera el uso de esta estrategia (el incremento de la severidad en lugar de la probabilidad) porque estas preferencias aumentan los costes de incrementar las penas por encima de cierto nivel*”, conf. SHAVELL, S.; *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 641.

## A. La forma de la sanción: privación de libertad vs. multa

Para determinar la sanción óptima hay que considerar los diferentes costes que acompañan a las mismas: mientras que mantener a un sujeto en la cárcel le cuesta dinero al Estado –y se lo hace perder al condenado y su familia- obligarle a pagar una multa engrosa las arcas públicas<sup>178</sup>. De este modo, *prima facie* existe preferencia por las sanciones patrimoniales o, más específicamente, pecuniarias (por ej. multa penal o administrativa) en lugar de recurrir a penas privativas de libertad.

Sin embargo, hay casos en los que no resulta eficiente apelar a sanciones pecuniarias. En estos casos, el Estado debe amenazar a los infractores con penas no pecuniarias (verbigracia, la pena de prisión). Los criterios propuestos para determinar en qué casos el Estado debe apelar a sanciones no pecuniarias pueden resumirse en los siguientes:

- 1) *Los activos del infractor*: cuanto más pequeños sean los recursos económicos del infractor, menos posible resulta que la pérdida de éstos tenga más peso que los beneficios que espera obtener de cometer el delito y, como consecuencia, más pequeña es la posibilidad de disuadirlo con sanciones económicas<sup>179</sup>.
- 2) *La probabilidad de que el infractor evada la imposición de la pena*: como se ha explicado, cuanto más baja es la probabilidad de imposición de pena (y, como contracara, más alta la probabilidad de evadirla) más alta debe ser la pena para mantener el valor esperado de la misma. Pero cuanto más se incrementa el monto de la pena (su gravedad) más posible es que supere los recursos económicos del infractor, de modo que tal que no haya efecto disuasorio (y, por ello, deba apelarse a penas no pecuniarias).
- 3) *Las ganancias esperadas de la comisión del delito*: cuanto más grandes los beneficios esperados del delito, más alta debe ser la sanción económica para disuadirlo y, nuevamente, es probable que exceda los recursos del infractor.
- 4) y 5) Los dos factores adicionales son la *gravedad del daño* y la *probabilidad de que éste ocurra*: estos dos factores son importantes porque son los que indican el daño (social) esperado que ocurrirá si la conducta no es disuadida.

---

<sup>178</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I.; “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, p. 60.

<sup>179</sup> La consecuencia de que finalmente sean quienes cuentan con menos recursos económicos quienes cumplan penas de prisión, mientras que los demás miembros de la sociedad (los ricos, preferentemente) puedan evitarla pagando una multa, abre la puerta a una crítica a este aspecto del modelo desde perspectivas éticas, particularmente en lo que se refiere al principio de igualdad frente a la ley.



Si la combinación de estos factores indica que la probabilidad de que se fracase en la disuasión es alta y el daño esperado (magnitud del daño x probabilidad de que ocurra) es suficientemente alto, entonces el recurso a sanciones no pecuniarias puede ser deseable, a pesar de que su utilización supone un mayor coste social<sup>180</sup>.

## B. Disuasión marginal

Así mismo, el aumento de la gravedad de las penas es criticado también desde una perspectiva interna a la teoría en razón de que puede perjudicar lo que se denomina “*disuasión marginal*”<sup>181</sup>. Incrementar la sanción en relación con la dañosidad social esperada de una conducta provee incentivos, a los individuos que no han podido ser disuadidos, para que cometan delitos que sean menos lesivos.

Esto sucede de dos maneras: o bien se incentiva al individuo a elegir, ya desde el inicio, una conducta menos lesiva (así, por ejemplo, se busca que el individuo que ya ha decidido vengarse de su enemigo lo haga golpeándolo y no matándolo) o bien, una vez ya iniciada la comisión de actos delictivos, se pretende evitar que se incremente el nivel de daño realizado (así, por ejemplo, que en el curso de un robo con armas no se mate a los presentes y testigos del hecho)<sup>182</sup>.

De este modo, si no se ha podido disuadir al sujeto de cometer un delito, se espera disuadirlo de que incremente el daño en su comisión. Para ejemplificarlo, si un delito de gravedad media se castiga con una pena

---

<sup>180</sup> Todo conf. SHAVELL, S.; “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, pp. 1236, 1237.

<sup>181</sup> STIGLER, G.; “The Optimum Enforcement of Laws”, p. 527. El origen del concepto “disuasión marginal” se hallaría en este trabajo de Stigler; conf. MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.; *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, p. 87, nota al pie n° 8. Ver también SHAVELL, S.; *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 518 y ss. Vold/Bernard/Snipes recuerdan que el concepto “disuasión marginal” se opone al de “disuasión absoluta”, agregando que con el término disuasión marginal se hace referencia a la cuota de disuasión adicional que se obtiene al establecer una pena de severidad superior para un delito comparándola con otra pena de inferior severidad: así, por ejemplo, se niega la existencia de disuasión marginal en la relación pena de muerte/pena privativa de libertad si se afirma que “*hay poca o ninguna evidencia empírica que apoye que la pena de muerte obtenga una disuasión superior al efecto logrado con las penas privativas de libertad de larga duración*”. Conf. VOLD, G./BERNARD, TH./SNIPES, J.; *Theoretical Criminology*, p. 202 y nota al pie n° 22.

<sup>182</sup> Conf. SHAVELL, S.; “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, pp. 1245, 1246.

muy elevada podría haber casos en que se incentive a cometer delitos más graves (en lugar de disuadir de cometer delito alguno). Se trata del caso en que un sujeto que ya se ha decidido a delinquir (las penas no lo disuaden lo suficiente) se encuentra en la situación de que con la comisión del delito más grave no tiene nada que perder y quizás sí algo que ganar: por ejemplo, si la pena establecida para el robo con armas es la misma que para el homicidio en concurso con aquel delito, es racional (en sentido instrumental) que el delincuente que comete el robo mate a los presentes, ya que su eliminación disminuye la probabilidad de ser condenado (al eliminar a los testigos del hecho), a la vez que no incrementa el coste esperado de la severidad de la pena (siempre partiendo del supuesto de que la severidad del castigo sea la misma para el robo con armas que para el robo con armas y el homicidio)<sup>183</sup>.

Por ello, se afirma que la severidad de la pena y la probabilidad de imposición (el coste esperado de la pena) deben incrementarse en relación directa con la gravedad del delito<sup>184</sup>. De este modo, se orienta la actividad delictiva a la comisión de delitos menos lesivos y, por ende, se obtiene una disminución en el daño social total.

### C. El “descuento del futuro”

La investigación empírica ha demostrado que entre los seres humanos se da el fenómeno conocido como “descuento del futuro”<sup>185</sup>, consistente en la atribución en el presente de una menor utilidad (positiva o negativa) a los eventos futuros, tanto menor cuanto más alejados en el tiempo se encuentren: la duración de una pena privativa de libertad se alarga añadiendo años, de modo que si existe una tasa de descuento el sujeto atribuirá una desutilidad cada vez menor a los años sumados, haciendo que el coste esperado del delito no se incremente de modo proporcional al de la gravedad de la pena.

Con una tasa de descuento del 10%, una pena de 10 años de duración supone una desutilidad que es sólo 6,1 veces mayor que la que representa una pena de 1 año, y no las 10 veces que sería de esperar si no existiera tasa de descuento. En estas circunstancias, el atractivo de la fórmula baja

---

<sup>183</sup> Conf. ORTIZ DE URBINA, I.; “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, p. 61.

<sup>184</sup> STIGLER, G.; “The Optimum Enforcement of Laws”, p. 530.

<sup>185</sup> Se trata de una asunción convencional de la economía que las personas descuentan tanto los costes como los beneficios respecto del valor presente. Conf. SUNSTEIN, C.; “Behavioral Analysis of Law”, p. 1193.

probabilidad/alta gravedad se ve reducido en el caso de sanciones cuyo cumplimiento de prolonga en el tiempo<sup>186</sup>.

Más aún, POLINSKY/SHAVELL han sugerido que los delincuentes potenciales pueden operar con tasas de descuento inusualmente altas, de modo tal que los años en prisión que se hallan lejanos en el futuro sufrirán una tasa de descuento muy elevada. Esto significa que la aversión es muy fuerte para la penas cercanas en el tiempo pero que declina sustancialmente (de una forma que no es constante) con el paso del tiempo, de modo tal que las penas cortas tendrán así mucho mayor efecto que las penas de larga duración: la adición de años en una sentencia tendrá un pequeño efecto disuasorio adicional<sup>187</sup>.

En efecto, si los delincuentes no se interesan por el futuro y se concentran en el corto plazo un sistema de penas con alta probabilidad de imposición aún cuando leves tendrá un efecto disuasorio superior que un sistema de penas severas pero poco frecuentes: así, si los infractores descuentan el futuro con tasas muy altas un incremento de la pena de, por ejemplo, 20 años a 25 o 30 podría tener un efecto irrisorio sobre el nivel de actividad delictiva<sup>188</sup>.

#### **D. El mayor efecto disuasorio de la (percepción de) probabilidad de condena que de la severidad de la pena**

En relación con los efectos disuasorios de la pena los estudios criminológicos parecen presentar cierto consenso acerca de la verificación empírica de la hipótesis de que existe un mayor efecto disuasorio de la probabilidad de condena que de la severidad de la misma<sup>189</sup>. Es decir, si bien según la doctrina clásica del AED lo relevante es el coste esperado de la pena, siendo irrelevante si éste se obtiene por medio de un incremento de la severidad o de la probabilidad de imposición de la

---

<sup>186</sup> Todo conf. ORTIZ DE URBINA, I.; “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, p. 62.

<sup>187</sup> Todo conf. JOLLS, CH./SUNSTEIN, C./THALER, R.; “A Behavioral Approach to Law and Economics”, pp. 1539, 1540.

<sup>188</sup> Conf. SUNSTEIN, C.; “Behavioral Law and Economics: A Progress Report”, *American Law and Economics Review* V1 N1/2 (1999), p. 131. De este modo, los delincuentes muestran claramente *preferencia por el riesgo* en contraposición con el supuesto de economía convencional que considera que la aversión es la actitud subjetiva predominante con respecto al riesgo. Conf. MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.; *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, p. 40.

<sup>189</sup> Conf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 510 y ss. SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, p. 270 y ss.

misma -es decir, sería irrelevante si el coste esperado de 2 años de prisión se obtiene por medio de una pena de 10 años de prisión con una probabilidad de un 20% o una pena de 4 años con un 50% de probabilidad-, los estudios empíricos respaldan que la alternativa de aumentar la probabilidad -es decir, optar por una pena de 4 años con un 50% de probabilidad- tiene un mayor efecto disuasorio.

Más aún, la racionalidad limitada sugiere que las personas cometen errores sistemáticos al computar los costes y beneficios del delito: así, en el marco de los estudios de la corriente del *Behavioral Law and Economics* se afirma que los individuos tienden a juzgar la probabilidad de eventos inciertos (como ser detenido por la comisión de un delito) conforme a cuán disponibles esas instancias se encuentren para la mente humana, lo que puede depender de factores que no se hayan relacionados con la probabilidad real de ser descubierto: de este modo lo que resulta relevante es la percepción subjetiva de la probabilidad más que la probabilidad real y la política que se prescribe es incrementar la disuasión haciendo más visible y recordable la presencia de la policía aún cuando ello no suponga un incremento de la probabilidad real de aprehensión<sup>190</sup>.

#### IV. Sumario y orientación

En este Capítulo II he aplicado los presupuestos teórico del AED positivo y normativo al Derecho penal para mostrar de qué modo este subsistema jurídico provee a la evitación de conductas que causan daño social y bajo qué condiciones resulta eficiente su utilización.

En relación con la decisión de delinquir, es decir el *análisis positivo*, he afirmado que el Derecho penal se vale, para desincentivar conductas, de la imposición de sanciones jurídicas negativas, de modo tal que los sujetos deban considerar entre los costes esperados de su acción los que provienen de la pena amenazada. Este coste esperado es igual a la gravedad de la pena multiplicada por la tasa de probabilidad de su imposición.

---

<sup>190</sup> Conf. JOLLS, CH./SUNSTEIN, C./THALER, R.; “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en p. 1538. Con base en que los individuos poseen información imperfecta acerca de la probabilidad de ser sancionados, así como en que la probabilidad es siempre variable dependiendo de las circunstancias de la infracción y en que los individuos suelen sufrir dificultades en la evaluación e interpretación de las probabilidades, parece también sugerir que debe considerarse la percepción de la probabilidad de ser sancionado más que la probabilidad real. Conf. SHAVELL, S.; *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 481.

Desde el supuesto conductual del AED, una persona comete un delito porque los beneficios esperados del mismo exceden los costes esperados. Pero, como se ha explicado, no sólo debe tenerse en cuenta la utilidad esperada de la actividad delictiva en sí, sino de otras actividades que podrían realizarse en lugar de aquella. En efecto, aun cuando los beneficios esperados de una actividad delictiva sean mayores que los costes esperados, esta persona cometerá el delito sólo si la utilidad esperada por él de la conducta delictiva excede la utilidad que pueda obtener utilizando su tiempo y otros recursos en otras actividades (legales o ilegales). Así mismo, se analizaron las críticas que se han llevado a cabo a la idea de racionalidad humana con base en la idea de racionalidad limitada.

Por otra parte, al momento de considerar el *análisis normativo* del Derecho Penal se ha hecho referencia a los *costes y beneficios sociales* de la imposición de pena. En relación con esta cuestión, he hecho referencia a la *función de coste social total del delito*, la cual manda otorgar el debido peso tanto al *coste social derivado del daño ocasionado por los delitos* así como a los *costes de prevención* orientados a la detención y condena de los delincuentes.

Así, en este ámbito, se ha dicho, el ACB se traduce en un método para formular una medida de daño social producto de los delitos y encontrar aquel gasto en recursos y pena que minimice el coste social del delito: es decir, se debe encontrar la *sanción óptima*. Así mismo, he hecho mención a la posibilidad de aplicar restricciones éticas al ACB en el diseño de la política penal que imponen restricciones a ciertas consecuencias indeseables del modelo. También se han considerado ciertas restricciones internas a la teoría asociadas al concepto de Análisis Coste-Eficacia: la preferencia por las sanciones pecuniarias, la disuasión marginal, el descuento del futuro y la evidencia empírica del mayor efecto disuasorio del incremento de la probabilidad de condena en lugar de la severidad de la pena.

Pero los responsables de diseñar programas de prevención del delito no sólo se sirven de la pena para disuadir a los infractores. Por el contrario, los recursos con que cuentan incluyen desde la política social hasta instrumentos jurídicos no punitivos o técnicas de intervención directa. Así mismo, en los últimos años se percibe una descentración del Estado en relación con la actividad de prevención y un incremento de las responsabilidades de sujetos privados en la misma.

Estas particularidades pueden predicarse tanto de la política criminal dirigida a la prevención de delitos comunes como a la de delitos

complejos como es el caso de los delitos económicos, el crimen organizado o la delincuencia empresarial. El próximo capítulo trata de estas cuestiones y considero que alcanzará, junto con lo ya expresado en este capítulo y el precedente, para poner las bases del marco teórico del presente trabajo de investigación.

### **Capítulo III**

## **Análisis Económico de la Política Criminal en la Prevención de Delitos Económicos**

### **I. Introducción**

En el Capítulo II me referí al Análisis Económico del Derecho penal. En su aspecto positivo me referí a la decisión de delinquir y las respuestas esperadas de los individuos a la amenaza de sanciones jurídicas negativas. En análisis normativo expliqué que mientras que el ACB (análisis normativo-ético) contempla la ponderación global de los costes derivados de la actividad de blanqueo y de los costes sociales derivados del sistema de prevención para determinar el nivel óptimo de prevención, el Análisis Coste-Eficacia (análisis normativo-técnico) indica -una vez establecido el nivel óptimo de prevención- cuáles son los medios menos costosos para lograr el fin deseado.

Pero al momento de analizar tanto el aspecto positivo de la cuestión como el normativo se hizo mención sobre todo a la utilización de la pena y la persecución penal como instrumentos político-criminales. Y es que, a pesar de que la política criminal puede incidir en diversas variables sociales, en general el AED parece haberse centrado en la cuestión de la sanción como coste esperado.

En el presente capítulo pretendo exponer las distintas alternativas de intervención pública y privada dirigidas a la prevención del BdeC. Para ello expondré algunas cuestiones básicas. En primer lugar, expondré las razones por las cuales el supuesto conductual de racionalidad de los individuos casa bien con el análisis positivo de los delitos económicos. Luego describiré algunos conceptos clave de la política criminal y la prevención del delito. Por último, analizaré las distintas alternativas regulatorias disponibles para la prevención de delitos económicos y distinguiré aquellas que pueden resultar eficientes para prevenir el BdeC.

## II. La prevención del delito: algunas distinciones fundamentales

### 1. ¿Política criminal o política penal?

La pena, tal como se ha argumentado en el capítulo II, sirve a fines preventivos. Esto ha llevado a que cierto sector doctrinal identifique la prevención del delito con el efecto disuasorio de la pena, agotando la política de prevención del delito en la política penal: prevención a través del castigo<sup>191</sup>.

Sin embargo, la pena sólo comprende parcialmente las posibilidades de prevención del delito y, por tanto, no las agota<sup>192</sup>. Por ello, actualmente se entiende por prevención del delito todo tipo de medidas públicas y privadas que tienen por objeto la atenuación de la dimensión y gravedad de la criminalidad<sup>193</sup>.

El propio GARY BECKER indicaba ya en el trabajo fundacional de su *Función de Coste Social del Delito*, que al momento de realizar el análisis positivo y normativo de la política criminal deben considerarse no sólo los instrumentos punitivos sino también otros que no lo son. Así, por ejemplo, indica que, al considerar los costes de prevención, deben tenerse en cuenta los gastos privados en alarmas, seguridad privada u otras medidas de autoprotección, realizados por las víctimas potenciales<sup>194</sup>.

Sin embargo, esto no supone necesariamente un abandono del Derecho Penal como forma de intervención. Esto dependerá de un análisis caso

---

<sup>191</sup> Conf. KAISER, G.; *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 10ª Ed., Müller Verlag, Heidelberg, 1997, pp. 74-75. KAISER, G.; “Brauchen wir in Europa neue Konzepte der Kriminalpolitik?”, en *ZRP N° 4 (2000)*, p. 156. MEIER, B.D.; *Kriminologie*, 2ª Ed., Beck, München, 2005, p. 232. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, pp. 502-503. KLETZEN, A.; “Country Reports – France”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (*Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*; 102), pp. 119-120.

<sup>192</sup> Conf. KAISER, G.; *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, p. 75. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 270.

<sup>193</sup> MEIER, B.D.; *Kriminologie*, p. 270. Anthony Ogus identifica acertadamente que existe una tendencia a enfocarse excesivamente en el derecho penal pasando por alto o devaluando los efectos de incentivo generados por otros instrumentos legales, lo que resulta problemático considerando los altos costes administrativos del proceso penal. Conf. OGUS, A.; “What Legal Scholars can learn from Law and Economics”, p. 387.

<sup>194</sup> Indica la necesidad de cuantificar tanto los gastos del Estado como los gastos privados BECKER, G.; “Crime and Punishment: An Economic Approach”, p. 171.



por caso de los resultados obtenidos con diferentes estrategias de intervención y la evaluación de los resultados. En el ámbito del Derecho penal económico se entiende que razones preventivas recomiendan que las formas de intervención no penales operen como un complemento de las jurídico-penales en lugar de sustituirlas, acumulándose así ambas estrategias de prevención<sup>195</sup>.

Como uno de estos complementos en la prevención de delitos económicos aparecen las regulaciones administrativas centradas en la prevención del riesgo de la comisión de delitos, de modo que no pueden obviarse los costes en que incurre el Estado para controlar el cumplimiento de dichas normas y sancionar la infracción de las mismas<sup>196</sup>.

También deben incluirse los gastos en que deben incurrir sujetos privados para proteger intereses propios, de terceros o de la sociedad. No deben olvidarse, tampoco, aquellos costes que provienen de la aplicación de normas o regímenes autorregulatorios.

De este modo, el ACB de la política criminal debe incluir además de los costes del sistema de persecución penal los siguientes costes de prevención:

- a) los costes de las agencias de la administración asignadas a dictar, controlar y sancionar el cumplimiento de las normas administrativas;
- b) los costes de autoprotección de las víctimas potenciales;
- c) los costes de las medidas de colaboración que se imponen a ciertos sujetos privados, tales como contar con sistemas de control interno,

---

<sup>195</sup> Así, Bernd Schünemann dice: “Con base en la experiencia existente hasta el momento en nuestro Derecho Penal Económico, no puede negarse que una prevención suficientemente eficaz de conductas que causan un daño social insoportable en la vida económica no puede lograrse ni a través de la imposición de sanciones penales ni a través de estrategias extrañas al Derecho Penal por sí solas, sino, solamente, a través de un engranaje práctico de las formas de lucha posibles en estos niveles”. SCHÜNEMANN, B.; “Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität“, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 629-30. Se afirma que el Derecho Penal es un medio ineficaz en la lucha contra la criminalidad empresarial por diversas razones: a) en primer lugar, el riesgo de descubrimiento del hecho es bajo, b) el riesgo de condena, aun cuando la conducta sea descubierta, también es bajo, c) existen alternativas más eficaces, tales como las medidas laborales o civiles, d) el número de denuncias es bajo. PASTOR MUÑOZ, N.; “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho Penal o autorregulación empresarial?”, en *In Dret* 4/2006, p. 6.

<sup>196</sup> De hecho, Becker indica que en la función de coste social del delito muchos gastos pueden estar subvaluados, ya que él no incluye los gastos de muchas agencias estatales que controlan el cumplimiento de la legislación, como las normas laborales. BECKER, G.; “Crime and Punishment: An Economic Approach”, p. 171.

- evitar la realización de ciertos riesgos o informar de irregularidades al Estado; y
- d) Los costes que suponga la implementación de un sistema de autorregulación para la prevención del delito.

En todo caso, se trata de que se haga una evaluación amplia de costes y beneficios considerando todas las alternativas de intervención posible. En efecto, tal como se ha analizado, el Análisis Institucional Comparado exige considerar las distintas posibilidades de intervención estatal ante un problema, teniendo en cuenta no sólo los costes y beneficios esperables de la intervención penal sino también los de sus posibles alternativas, incluyendo la no intervención<sup>197</sup>.

## 2. Legislación penal y legislación administrativa

En la actualidad puede verificarse una suerte de división funcional de tareas entre dos formas de legislación. Una de ellas aún se encuentra centrada en la competencia legislativa estatal: la *legislación penal*, que es aquella que declara una actividad como delictiva. La otra, denominada *legislación administrativa*, tiene como finalidad incrementar la regulación de ciertas formas de conductas y así disminuir los costes sociales esperados de la misma, usualmente a través de la comunicación de incidentes, organismos de control e inspección o licencias para ciertas actividades peligrosas.

Si bien las normas penales en materia de BdeC han sido relativamente influidas por organismos supranacionales, es en la legislación administrativa en donde más se ha notado el influjo tanto de organismos internacionales (verbigracia, la Organización de las Naciones Unidas) o regionales (como la Unión Europea o la Organización de los Estados Americanos), las que han comenzado a desarrollar competencias en el ámbito de la prevención del delito.

---

<sup>197</sup> Por ello, esta perspectiva de análisis se relaciona con el *principio de ultima ratio* en Derecho Penal. Hacer operativo el *principio de ultima ratio* obliga a poner en relación el Derecho penal con otros medios de intervención y a considerar positiva la sustitución del Derecho penal cuando la regulación que entre en su lugar (a) *consiga unos resultados similares* en cuanto a la protección de los intereses en juego o (b) *aun logrando una menor protección* ésta se consiga con una menor lesión de otros intereses/con un ahorro de los costes de la protección. En suma, se afirma, la sustitución del Derecho penal será deseable cuando conduzca a una ordenación más eficiente de la materia, teniendo en cuenta los costes y beneficios de la intervención del sistema de justicia criminal frente a otros sistemas. Conf GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I.; *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, p. 159.

Esta intervención responde a la necesidad de armonización regulatoria para impedir que organizaciones delictivas utilicen las diferencias entre las legislaciones nacionales para evitar la persecución penal con sus consecuentes efectos de desplazamiento y atracción. Las Directivas europeas que regulan el BdeC son un ejemplo de este origen supranacional de la legislación regulatoria, como bien puede observarse en las tres Directivas que la Unión ha dictado sobre esta cuestión con su consecuente transposición a las legislaciones nacionales<sup>198</sup>.

Si bien estas cuestiones serán abordadas con detalle *infra*, conviene adelantar que este entorno normativo heterorregulatorio se combina en la prevención del BdeC con instrumentos autorregulatorios de intervención promovidos por el Estado: se trata así de una novedosa combinación entre regulación pública y autorregulación que plantea importantes problemas en el análisis positivo (de qué modo afectan a la conducta de los regulados), en el análisis normativo (por las dificultades en el desarrollo del ACB) y en el plano dogmático (por la interpenetración entre normas legales y normas autorregulatorias).

### 3. La evaluación de la política criminal

La literatura sobre políticas públicas utiliza una serie de conceptos técnicos para el diseño y evaluación de aquéllas que remiten a términos ordinarios comunes a la solución de problemas humanos: definición, predicción, prescripción, descripción y evaluación. El lenguaje técnico traduce estas palabras del lenguaje ordinario con dos tipos de conceptos, uno de ellos relacionado con el análisis de las políticas públicas (*Policy-Analytic Procedures*) y otro con el proceso de elaboración de las políticas (*Process of Policy Making*):

- Definición: Estructuración del Problema o Establecimiento de una Agenda;

---

<sup>198</sup> Todo conf. SHAPLAND, J.; “Country Reports – England and Wales”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102), pp. 86-87. Directiva Europea 91/308/CEE del 10 de junio de 1991 sobre prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales (primera Directiva) -DO L 166 de 28.6.1991, p. 77/83-; Directiva Europea 2001/97/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 4 de diciembre de 2001 para modificar la primera Directiva (segunda Directiva) -DO L 344 de 28.12.2001, p. 76/82-; Directiva Europea 2005/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 2005 para la prevención de la utilización del sistema financiero para operaciones de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo (Tercera Directiva) -DO L 309 de 25.11.2005, p. 15/36-.

- Predicción: Previsión (*Forecasting*) o Formulación de Políticas;
- Prescripción: Recomendación o Adopción de Políticas;
- Descripción: Seguimiento (Monitoring) o Implementación;
- Evaluación: Evaluación de las políticas implementadas<sup>199</sup>.

Sin embargo, no puede aseverarse que toda la literatura utilice los mismos conceptos con un sentido uniforme. Más aún, los estudios en el ámbito de la política criminal analizados presentan una utilización algo divergente de estos conceptos. En todo caso, estos conceptos se refieren a los distintos pasos que sigue el proceso de elaboración de una política pública (de la que la política criminal es una especie) desde que el problema (verbigracia, el BdeC) es incluido en la agenda pública hasta que la misma es evaluada *ex post* para conocer si se han logrado los objetivos deseados y en qué medida.

En efecto, los estudios sobre política pública incluyen en primer lugar un análisis del proceso de incorporación del problema en la agenda pública (Estructuración del Problema o Establecimiento de una Agenda); luego, una etapa de elaboración de predicciones (Previsión o Formulación de Políticas) que implica analizar los futuros estados de cosas que podrían ocurrir como consecuencia de adoptar distintas alternativas de intervención (incluyendo no hacer nada, es decir, preservar el *statu quo*) lo que supone llevar a cabo lo que denominamos un Análisis Institucional Comparado –esto incluye tanto un análisis positivo acerca de los efectos sobre la conducta humana esperada como un análisis normativo acerca del grado de logro de los objetivos y la existencia de efectos no deseados-; en tercer lugar, la etapa de elaboración de prescripciones acerca de cuál es la política más recomendable (Recomendación o Adopción de Políticas) de acuerdo con las estimaciones llevadas a cabo en la etapa anterior de predicción y considerando así los costes y beneficios esperados; en cuarto lugar, el seguimiento (Implementación) provee conocimientos acerca de la forma en que se implementa una política y las dificultades que pueden encontrar<sup>200</sup>; y, por último, la evaluación retrospectiva de la política

---

<sup>199</sup> Todo conf. DUNN, W. N.; *Public Policy Analysis: An Introduction*, pp. 14-17.

<sup>200</sup> El análisis de la *Implementación* de una política pública incluye qué actores participan en la aplicación de los instrumentos (verbigracia, instrumentos regulatorios), qué grado de influencia tienen estos actores en diversos sub-procesos y de qué modo se lleva a cabo la cooperación entre los participantes. Conf. DE BRUIJN H.A./HUFEN, H.A.M.; “The traditional approach to policy instruments”, en *Public Policy Instruments. Evaluating the Tools of Public Administration*, Guy Peters/van Nispen (Eds.), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 1998, pp. 17, 23. Existe una clara relación entre los estudios de implementación de las políticas y el análisis organizacional. En efecto, se afirma que cuando la evaluación de las políticas comenzó a evidenciar errores se planteó la cuestión de si estos errores eran el resultado de un incorrecto diseño de la política o si, por el

implementada que consiste en un análisis ex post acerca de las discrepancias existentes entre las expectativas creadas en la elaboración de predicciones y las consecuencias reales de la política<sup>201</sup>.

En el ámbito de la política jurídica, la evaluación legislativa se ha definido como “(...) *el conjunto de técnicas dirigidas al análisis empírico de los efectos de la legislación*”<sup>202</sup>. Al momento de analizar y evaluar los efectos de la legislación, deben considerarse tanto los *efectos deseados* como los *efectos no deseados*. Esto significa que al momento de evaluar los costes y beneficios de la legislación no sólo debe tenerse en cuenta si, por ejemplo, se ha logrado cumplir con la finalidad indicada en la ley de reducir cierto tipo de criminalidad, sino, también, si en la persecución de este propósito se han originado efectos no deseados y que merecen una valoración negativa.

Este análisis debe incluir tanto la legislación penal como la legislación administrativa -así como todo instrumento de intervención-, que conforman un todo para el logro de los fines, debiéndose tener en cuenta que cuanto más compleja y diferenciada sea la regulación en cuestión más difícil puede ser predecir sus efectos, en razón de las diferentes interacciones entre las normas que la conforman<sup>203</sup>.

En relación con los efectos no deseados de la política criminal en general y de la legislación en particular pueden mencionarse:

---

contrario, se trata de buenas políticas que habían sido mal implementadas. La atención en la implementación de las políticas llevó a un interés en las organizaciones que las implementaban y a la relación existente entre complejidad de las políticas y complejidad organizacional. Todo conf. FRIEDMAN, B. L.; “Policy Analysis as Organizational Analysis”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 482.

<sup>201</sup> Todo conf. DUNN, W. N.; *Public Policy Analysis: An Introduction*, p. 17 y ss. También sobre la formulación y evaluación retrospectiva (ex post) de políticas, DYE, T.R.; *Understanding Public Policy*, p. 340 y ss; 355 y ss. Estas diferentes etapas constituyen un ciclo de las políticas públicas (*policy life cycle*) que es circular: una vez que la evaluación ex post de una política pública evidencia que deben hacerse correcciones porque no se han llegado a conseguir los resultados deseados se inicia nuevamente la etapa de identificación de alternativas de intervención para eventualmente llevar a cabo modificaciones. Sobre este modelo circular ver, PARSONS, W.; *Public Policy. An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis*, Edward Elgar, Aldershot/Brookfield, 1995, pp. 77 y 546.

<sup>202</sup> Conf. ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, p. 52.

<sup>203</sup> Conf. KILCHLING, M./BRAUN, E.; “Country Reports - Germany” , en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102), pp. 149, 169.

- a) La *legislación* es a veces una precondition para la comisión de delitos ya que *provee oportunidades*. Tanto las regulaciones complicadas como las diferencias en las estructuras de implementación producen incentivos para realizar *prácticas fraudulentas*;
- b) Así mismo, los efectos de interacción entre diferentes subsistemas de normas y regulaciones pueden *acelerar o ralentizar la expansión de ciertos tipos de delitos*;
- c) La legislación puede crear *incentivos para la comisión de cierto tipo de delitos* (así, por ejemplo, los casos en que una regulación crea incentivos para el surgimiento de un mercado negro);
- d) Así mismo, se puede producir lo que se denomina *efectos de desplazamiento*: en ocasiones la legislación produce las consecuencias esperadas pero al precio de desplazar fenómenos negativos a otros ámbitos sociales o países<sup>204</sup>;
- e) También se hace referencia a los *efectos de atracción*: la legislación puede producir diferencias en relación con la situación legal entre distintos países, regiones o ámbitos de actividad, lo que puede atraer la actividad hacia aquellos que provean un entorno menos riesgoso para el delincuente;
- f) El *efecto readaptación* consiste, por su parte, en la reorganización de la actividad delictiva por parte de los delincuentes para adaptarse a los cambios en el entorno, aprendiendo de ellos<sup>205</sup>.

Identificados estos efectos no deseados, debe procurarse una respuesta jurídica adecuada para evitarlos. Como ejemplo destacado para el presente trabajo, KILCHLING/BRAUN indican que el paquete de intervención en el ámbito de la prevención del crimen organizado,

---

<sup>204</sup> Conf. SCHÜNEMANN, B.; "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität", p. 636. García-Pablos de Molina y Serrano Maíllo refieren a diversos supuestos de desplazamiento: *a) Temporal*: la comisión del delito se pospone a otro momento que el infractor estime menos arriesgado, *b) Espacial*: el delito se ejecuta en otro lugar que implique un menor peligro de ser detectado, *c) De Objetivo*: el infractor escoge otro objeto menos protegido, *d) Táctico*: se modifica la planificación inicial (es decir, cometer el mismo delito pero de manera diferente), *e) De tipo de delito*: se lleva a cabo un delito diferente del inicialmente previsto, *f) Del Ofensor*: cuando un nuevo delincuente sustituye al que ha sido detenido o ha desistido de su delito (lo que suele ser común en las actividades delictivas organizadas). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 549, nota al pie n° 1911. SERRANO MAÍLLO, A.; *Introducción a la Criminología*, p. 303.

<sup>205</sup> Todo conf. ALBRECHT, H.J.; "Synthesis Report", en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102), pp. 11-13. También KAISER, G.; *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, p. 79.

conformado por las regulaciones para la prevención del BdeC y el decomiso de las ganancias, son un ejemplo de intento de armonización legal en Europa para evitar efectos no deseados<sup>206</sup>.

Pero también deben considerarse efectos secundarios positivos como la *difusión de beneficios*, es decir los efectos de una política de prevención específica que se extienden más allá de la situación, contexto, personas y momento cronológico de la intervención misma<sup>207</sup>. Así, por ejemplo, en la biblioteca de una Universidad se protegieron los libros mediante un sistema de seguridad electrónico y como resultado se redujo el hurto tanto de libros como de cintas de música, aunque éstas no habían sido protegidas<sup>208</sup>: este ejemplo resulta interesante en relación con el BdeC ya que se puede sostener la hipótesis de que la implementación de medidas en algunas entidades o en ciertos sectores de la economía para prevenir este delito podría tener un efecto de difusión de los beneficios en relación con otras entidades o sectores que no los han implementado o lo han hecho en menor medida.

Algunos autores, a quienes seguiré en este sentido, utilizan el concepto “evaluación” de forma amplia incluyendo diversos pasos del análisis ex ante y ex post de la política pública, lo que permite simplificar el lenguaje utilizado. Así, se afirma que la evaluación de los efectos puede realizarse ex ante, de modo tal que los efectos de la legislación propuesta son evaluados de antemano antes de su entrada en vigencia, mientras que la evaluación ex post tiene como finalidad examinar los efectos de la legislación vigente<sup>209</sup>. De este modo, la evaluación puede llevarse a cabo conforme a tres modalidades, tanto de forma independiente como combinada:

- *Evaluación prospectiva*: procedimiento ex ante para evaluar los posibles efectos de diferentes alternativas legislativas o regulatorias;
- *Evaluación acompañante*: procedimiento simultáneo para evaluar los efectos de un proyecto legislativo o regulatorios;

---

<sup>206</sup> KILCHLING, M./BRAUN, E.; “Country Reports - Germany”, p. 148.

<sup>207</sup> Conf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 550. Se trata, en suma, de la contracara del desplazamiento delictivo, conf. CLARKE, R.; “Introduction”, en *Situational Crime Prevention. Successful Case Studies*, 2ª Ed., Clarke (Ed.), Harrow and Heston, Guildersland/New York, 1997, p. 32.

<sup>208</sup> Conf. SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, p. 304.

<sup>209</sup> FIJNAUT, C./VAN DAELE, D./GOOSSENS, F./VAN DYCK, S.; “Country Reports - Belgium”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102), p. 31.

- *Evaluación retrospectiva*: procedimientos ex post para evaluar los efectos de la legislación vigente<sup>210</sup>.

En relación con la evaluación ex ante se afirma que en el ámbito del crimen organizado y de los delitos económicos, en razón de la mayor racionalidad de los agentes en este ámbito delictivo, se podrá *predecir con mayor éxito si las normas serán obedecidas por los sujetos* o, si por el contrario, la ley es ineficaz para ello (por ejemplo, por permitir que los sujetos actúen en fraude a la ley)<sup>211</sup>.

En caso de que la norma jurídica no sea eficaz deben analizarse las razones, para saber si resulta necesario, por ejemplo, incluir sanciones negativas (penas) o positivas (premios) para mejorar la eficacia de las normas<sup>212</sup>. Así mismo, evidentemente, esto supone una evaluación de los efectos disuasorios de la pena y otras sanciones jurídicas negativas y la consideración de la mayor influencia del incremento en la probabilidad de condena (certeza) que de la severidad de las penas<sup>213</sup>.

Así mismo, en relación con el análisis normativo, debe mencionarse que tanto el Análisis Coste-Beneficio como el Análisis Coste-Eficacia pueden ser utilizados tanto para recomendar una política al momento de realizar una evaluación ex ante como para llevar a cabo una evaluación ex post y conocer, así, si los costes y beneficios realmente obtenidos de una política coinciden con aquellos que eran los esperados conforme la evaluación ex ante<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> Conf. KILCHLING, M./BRAUN, E.; “Country Reports - Germany”, pp. 167-68.

<sup>211</sup> Conf. KILCHLING, M./BRAUN, E.; “Country Reports - Germany”, pp. 175-76.

<sup>212</sup> Conf. ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, p. 45.

<sup>213</sup> Un esclarecedor y sucinto análisis de los estudios empíricos llevados a cabo desde los años 60 del siglo próximo pasado para contrastar empíricamente la hipótesis del efecto disuasorio de las penas en VOLD, G./BERNARD, TH./SNIPES, J; *Theoretical Criminology*, p. 197 y ss.

<sup>214</sup> Conf. DUNN, W. N.; *Public Policy Analysis: An Introduction*, pp. 294, 303. En efecto, si bien el ACB es usualmente considerado como un procedimiento de análisis ex ante es fácilmente adaptable y utilizable en el análisis ex post. Conf. SMITH, K. B.; “Economic Techniques”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 737.



### III. Análisis positivo en los delitos económicos: el delincuente racional

#### 1. Racionalidad de los agentes en los delitos económicos

Existe un generalizado consenso en que el supuesto conductual de la teoría de la elección racional puede aplicarse con mayor capacidad explicativa y predictiva en el caso de los sujetos que cometen delitos económicos y delitos de empresa así como en el de los que participan en el crimen organizado que en aquellos que lo hacen en delitos comunes, ya que se trata de un tipo de criminalidad orientada a la obtención y maximización de beneficios lo que la vuelve una actividad más predecible que otras actividades delictivas<sup>215</sup>.

Además de ello, el hecho de que los intervinientes sean, en muchas ocasiones, especialistas en la actividad, les permite evaluar con mucha mayor certeza los resultados de las decisiones que toman y considerar con menor margen de error los costes y beneficios esperados, lo que acota el

---

<sup>215</sup> En efecto, Clarke/Cornish afirman que aun los críticos de la teoría de la elección racional que rechazan su aplicación general a todos las conductas delictivas conceden que en el crimen organizado y en los delitos de cuello blanco la conducta delictiva es racional; conf. CLARKE, R./CORNISH, D, "Rational Choice", p. 38. En el ámbito de los analistas económicos del derecho, lo propio sostiene Anthony Ogus al decir: "Aun cuando no todo infractor potencial llevará a cabo una transacción entre los beneficios y costes en este sentido, muchos lo harán intuitivamente, particularmente en relación con los así llamados delitos de cuello blanco (*white collar crime*) y en la delincuencia empresarial (*business crime*)", en OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, p. 15. En Europa este consenso acerca de la racionalidad de este tipo de infractores puede observarse tanto en la literatura jurídica y criminológica española como en la alemana. Así, en la doctrina española: en relación con la criminalidad organizada, AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, Edersa, Madrid, 2000, p. 71; respecto de los delitos económicos y corporativos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, pp. 264 -nota al pie n° 733-, 269, 505 -nota al pie n° 1737-, 548; GARRIDO, V./STANGELAND, P./REDONDO, S.; *Principios de Criminología*, p. 198; SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, pp. 276, 277. PASTOR MUÑOZ, N.; "La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho Penal o autorregulación empresarial?", p. 6. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; "Eficiencia y Derecho Penal", p. 102. En la doctrina alemana: ALBRECHT, H.J.; "Synthesis Report", p. 8; ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, Guerrero Peralta (Trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 30-33. BARTON, S.; "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", en *StV N° 3 (1993)*, p. 157. HETZER, W.; "Der Geruch des Geldes – Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche", en *NJW N° 51 (1993)*, pp. 3298, 3299. HUND, H.; "Ist die Sicherung illegaler Gewinne die 'Achillesferse' der Organisierten Kriminalität?", en *ZRP 1996 N° 1*, p. 3. KILCHLING, M./BRAUN, E.; "Country Reports - Germany", pp. 175, 176. En relación con la comisión de delitos económicos, SCHÜNEMANN, B.; "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität", p. 630.

margen de desviación en las predicciones que se realizan con el supuesto de información perfecta de los agentes.

Las actividades mercantiles y las conductas dirigidas a cometer delitos económicos comparten una serie de propiedades que pueden ser útiles para justificar la utilización del supuesto conductual de racionalidad en los delitos económicos y en el crimen organizado.

## **2. BdeC: similitudes con la actividad mercantil**

Existe consenso acerca de que la teoría de la elección racional explica y predice adecuadamente la conducta humana en el ámbito de las actividades mercantiles. THOMAS ULEN adjudica esta diferencia entre la racionalidad humana en el ámbito mercantil y en otros ámbitos a tres razones: *frecuencia*, *commensurabilidad* y *transparencia* de las transacciones que suceden en el mercado<sup>216</sup>.

Analizaré cada una de estas particularidades de la conducta en el mercado pretendiendo encontrar aquellas propiedades comunes con la actividad delictiva en los delitos económicos, el crimen organizado y, particularmente, con el BdeC. Así mismo, consideraré la maximización de la renta como un elemento común a ambos tipos de actividad y la neutralidad moral de las conductas como una propiedad distintiva de las conductas comerciales y de ciertos delitos económicos.

### *a) Frecuencia y estandarización de conductas*

Las elecciones en el ámbito mercantil son frecuentes y rutinarias, de modo tal que las personas tienen la oportunidad de aprender a través de la repetición y estandarización de transacciones; aun en las circunstancias en que la transacción en cuestión no es tan usual –la compra de una casa– quien compra por primera vez tiene la oportunidad de aprender de los otros compradores.

Por el contrario, las decisiones no mercantiles son tan poco comunes que no hay oportunidad de aprender de la repetición y hacer correcciones. Y aunque se pueda consultar a otros, las circunstancias en estos ámbitos están tan particularizadas que es muy difícil transferir experiencias (por ejemplo, en el amor, el matrimonio, etc.).

---

<sup>216</sup> Sigo a ULEN, T.; "The Growing Pains of Behavioral Law and Economics", en *51 Vand. L. Rev.* 1998, pp. 1759-60.

Por lo general los delitos económicos suelen ser cometidos por organizaciones (empresariales o delictivas), lo que les permite acudir a una división funcional de tareas que permite gestionar la toma de decisiones y procesar la información del entorno de forma más eficiente. La continuidad en la actividad así como el alto grado de especialización que las organizaciones suelen acumular permite identificar propiedades comunes con la actividad comercial que desarrolla cualquier organización.

Así, por ejemplo, los delitos con motivación económica que se caracterizan como precedentes del BdeC en diversas normas internacionales, se presentan como delitos controlados por organizaciones altamente especializadas y experimentadas en la actividad (crimen organizado, tráfico de drogas, armas o personas, corrupción política organizada, etc).

La actividad de BdeC, a su vez, es desarrollada en general por expertos en diversos mercados (banca, valores, mercado inmobiliario, etc.). Éstos pueden actuar a) con conocimiento del origen delictivo del capital que administran (dolo directo), b) con dolo eventual, c) con desconocimiento voluntariamente buscado de dicho origen delictivo (“ignorancia deliberada”) que suele ser una decisión racional cuando de una operación económica pueden derivarse responsabilidades jurídicas (en caso, claro, de que dicha ceguera voluntaria no sea objeto de sanción) y d) de forma imprudente. De este modo, proveen de oportunidades a otros que quieren aprovechar el entorno organizacional de la actividad para blanquear su capital.

*b) Commensurabilidad; la presencia del dinero y la mayor facilidad para determinar el coste de oportunidad*

Las elecciones en la actividad comercial están mediadas a través del dinero, facilitando la conmensurabilidad. En efecto, en estas transacciones no existe el problema para el agente, como ocurre en otros ámbitos, de comparar peras con manzanas, ya que la elección casi siempre involucra la entrega de dinero por parte del comprador.

El comprador sabe o puede aprender el precio de mercado de otros bienes o servicios y puede computar el coste de oportunidad (puede hacer una estimación del valor comparativo de conductas alternativas, como comprar un auto en lugar de acciones en la bolsa). Las elecciones en contextos no mercantiles, como puede ser la decisión de casarse o tener hijos, carecen de esta facilidad.

Lo propio sucede en muchos delitos económicos. El caso típico es el de la empresa que debe optar entre adoptar sistemas de control interno de sus outputs (contaminación, pago de impuestos o BdeC) bajo la amenaza de recibir sanciones pecuniarias. La ponderación racional de la empresa contabilizará los costes de los sistemas de control y el de las sanciones. Algo más complejo puede resultar el caso en que se involucran no ya sanciones pecuniarias sino privativas de libertad, pero, tal como se ha visto, dicha ponderación es posible.

En relación con el BdeC, tanto las actividades delictivas que dan origen al capital sucio como los servicios de BdeC son traducibles a dinero. La motivación económica parece determinante en la mayoría de los delitos vinculados al crimen organizado (delitos previos) y, claro está, también en el BdeC (doloso o imprudente).

*c) Transparencia: mayor facilidad para evaluar las consecuencias*

*Las elecciones en el mercado son transparentes*, salvo cuando son complejas y reservadas a especialistas. Esto significa que, frecuentemente, hay una única mejor decisión (óptima). Por el contrario, las decisiones no mercantiles son difíciles de comprender y pueden tener una variedad de consecuencias apropiadas (*suitable outcomes*).

En el BdeC las elecciones acerca de las consecuencias de las conductas que se adecuan a los estándares de prevención y las que no lo son pueden ser evaluadas por los intervinientes, que suelen ser expertos en la actividad, también de forma relativamente transparente.

*d) Maximización de la renta*

Existe otra propiedad común, ya mencionada, entre las actividades mercantiles y los delitos con motivación económica: en ambos casos los individuos buscan maximizar su renta. Por ello, la carencia de información acerca de las reales preferencias de los sujetos no parece aquí tan importante para predecir la conducta de los individuos y, de este modo, orientar la evaluación ex ante.

En efecto, el supuesto de que los participantes en el tráfico mercantil pretenden maximizar su renta resulta poco problemático ya que la renta es un medio para satisfacer otros deseos, de cuyo contenido se puede prescindir<sup>217</sup>. Del mismo modo, quien comete delitos para obtener

---

<sup>217</sup> ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 504.

beneficios económicos puede satisfacer con las ganancias la más amplia variedad de preferencias o deseos. Así, quien blanquea capitales puede hacerlo con el fin de utilizar sus honorarios para pagar el sueldo de sus empleados, para invertir en bienes, para viajar o para pagar un costoso tratamiento médico para su hijo.

e) *Neutralidad moral: ¿propiedad distintiva de la actividad mercantil?*

Hay sólo una particularidad de las conductas desarrolladas en el tráfico mercantil que, a priori, permite distinguirlas de las conductas delictivas. El tráfico mercantil es una actividad legal, de modo que la influencia de los valores del sujeto sobre su conducta también resulta menos problemática<sup>218</sup>.

Esta diferencia puede observarse con claridad al comparar la actividad comercial con la que se desarrolla en el ámbito del crimen organizado. En efecto, la mayoría de las actividades del crimen organizado son, de algún modo, actividades tradicionalmente individualizadas como delictivas (tráfico de armas, de personas, de drogas, corrupción política, etc.).

Sin embargo, en la actividad específica de BdeC la distancia con el delito precedente (los profesionales en la mayoría de los casos desconocen el origen preciso del dinero y no forman parte de la organización criminal) así como con el resultado lesivo (la relación del BdeC con el daño esperado del mismo es remoto) y el carácter estandarizado de su actividad, que suele suceder en el marco de actividades rutinarias, permite que la acción sea percibida como neutral desde el punto de vista moral, tanto por el propio autor del BdeC como por los ciudadanos. De este modo, en caso de no existir una prohibición específica de blanquear capitales (distinta de la prohibición del delito precedente), el blanqueador no deberá considerar los costes jurídicos ni deberá soportar los costes morales y reputacionales derivados de su conducta<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, p. 504.

<sup>219</sup> En la Tercera Parte de este trabajo podrá observarse que la ausencia de costes morales y reputacionales puede explicarse por la existencia de “*técnicas de neutralización*” que le permiten al infractor contar con *pseudo-justificaciones o pseudo-exculpaciones vigentes en ciertos ámbitos sociales*. Paradigmático resulta el caso en que el blanqueo se lleva a cabo en empresas (verbigracia, entidades financieras) ya que a la propia aparente neutralidad del blanqueo se le agregan las específicas técnicas de neutralización típicas de las organizaciones empresariales. Acerca de las técnicas de neutralización, ver el artículo fundacional de la teoría, SYKES, G./MATZA, D.; “Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency”, en *American Sociological Review* Vol. 22 N° 6 (Dic. 1957), pp. 664-670. Para un excelente y actualizado análisis del estado de la cuestión, ver MARUNA, S./COPES, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, en *Crime &*

En efecto, el BdeC parece distinguirse de otros delitos que pueden hallarse motivados por beneficios económicos, como el hurto, la apropiación indebida, la estafa o el robo, en el hecho de que aquí sólo existe una transacción comercial con el cliente que no puede diferenciarse en sí de otras conductas del tráfico comercial sino por el hecho (muchas veces desconocido por el blanqueador) de que el capital con el que se transa tiene origen delictivo, careciendo la conducta de las particularidades de esos otros delitos, como pueden ser la desapropiación, la violencia o el engaño.

### **3. Racionalidad de los agentes y blanqueo de capitales**

Con base en lo anterior puede afirmarse que las particularidades que presenta la actividad de BdeC permiten asimilarla a las conductas infractoras de regulaciones económicas: a) no se presentan como conductas claramente reprobables desde un punto de vista moral ya que, en todo caso, pueden asemejarse a conductas comerciales agresivas, b) son realizadas por personas de un nivel socio-económico relativamente alto, c) son conductas deliberadas y calculadas, d) son parte de un patrón de conductas comerciales más que hechos episódicos y e) implican usualmente conductas de grupo<sup>220</sup>. Así mismo, el BdeC puede comprenderse como una actividad delictiva que está motivada, como cualquier conducta en el ámbito mercantil, por la obtención de beneficios económicos y, al mismo tiempo, la maximización de utilidad en el caso de los delitos económicos y, particularmente, en el caso del BdeC resulta plausible<sup>221</sup>.

Los delitos que usualmente se describen como precedentes del BdeC son delitos que tienen una motivación económica (tráfico de drogas, de armas, de personas, corrupción, etc.), de modo tal que gozar de los beneficios de éstos es el incentivo determinante de aquellas conductas delictivas. En suma, si el delito no provee beneficios económicos no se comete. Pero, además, quien blanquea dicho capital, usualmente un tercero experto en algún sector económico (financiero, inmobiliario, etc.) o práctica jurídica (abogados expertos en sociedades mercantiles),

---

*Just.* N° 32 (2005), pp. 221-309.

<sup>220</sup> Destaca estas particularidades de las conductas infractoras de regulaciones económicas KADISH, S.; "Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations", *U. Chi. L. Rev. Vol. 30 N° 3 (1962-1963)*, p. 426.

<sup>221</sup> Acerca de la aplicación de la teoría de la elección racional para explicar la conducta de los blanqueadores y sus consecuencias político-criminales, crítico PRITWITZ, C.; "Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik", en *StV 9/93*, pp. 499, 500.

también percibe honorarios por prestar sus servicios, de modo que también el beneficio económico opera como razón determinante de la acción. El carácter experto del blanqueador así como el hecho del cobro de honorarios asemejan el BdeC, desde el punto de vista de la racionalidad de los intervinientes, a cualquier práctica mercantil.

Así mismo, el BdeC suele ocurrir en el contexto de una actividad empresarial o profesional y no puede distinguirse *prima facie* de la actividad comercial usual en la empresa. De este modo, quienes actúan no sufren coste reputacional y moral si no existe una sanción jurídica que identifique a dichas conductas como merecedoras de reproche.

## **IV. Estrategias regulatorias y prevención de delitos económicos**

### **1. Introducción**

El concepto “regulación pública” (o “regulación” a secas) presenta, al menos, dos significados distintos. En sentido estricto, se reserva el uso de dicho concepto para la intervención legal por medio del Derecho administrativo, cuyo cumplimiento es asegurado por organismos especializados de la administración pública: así hice referencia antes a la “legislación administrativa” como complementaria de la “legislación penal”. En sentido amplio, por el contrario, el concepto regulación se utiliza para referir a todas las ramas del Derecho (civil, administrativo, penal, etc.) que cumplen una función regulatoria, al ser diseñadas para incentivar o desincentivar conductas<sup>222</sup>. En lo que sigue utilizaré el concepto en su sentido amplio.

Como se verá luego, el hecho de que existan diversos instrumentos regulatorios no significa que el Estado deba optar por uno u otro de modo alternativo. Por el contrario, la intervención estatal puede realizarse combinando diversos instrumentos de modo tal que actúen de forma complementaria<sup>223</sup>. En lo que sigue analizaré aquellos que por sus particularidades pueden resultar de interés en la prevención del BdeC.

---

<sup>222</sup> Conf. KAGAN, R.; “Regulators and Regulatory Processes”, en *The Blackwell Companion to Law and Society*, Sarat (ed.), Blackwell Publishing Ltd., Oxford, 2004, p. 212.

<sup>223</sup> Ogas afirma que existe una tendencia desde la perspectiva jurídica a focalizar excesivamente en el derecho penal devaluando el efecto incentivo que proveen otros instrumentos jurídicos, lo que resulta negativo si consideramos que en términos de costes administrativos el proceso penal es particularmente caro. Por ello, propone una perspectiva integral que considere una diversidad de instrumentos jurídicos tanto penales,

## 2. Análisis positivo y normativo de las estrategias regulatorias

### A. Introducción

Como ya se ha dicho, todos los individuos se enfrentan con una serie de restricciones físicas, económicas, legales y psicológicas que limitan las acciones posibles que pueden realizar: las acciones coherentes con esas restricciones constituyen su *conjunto de oportunidad*. Así mismo, los individuos cuentan con deseos o preferencias que operan como criterio de selección de esas acciones posibles evaluándolas conforme a una *función de utilidad* que se orienta a la maximización de bienestar del individuo<sup>224</sup>.

Al analizar cada una de las alternativas de intervención deben considerarse tanto el efecto que las mismas tienen en la conducta de los individuos racionales -análisis positivo- como los costes en que se debe incurrir para asegurar los efectos deseados (*enforcement costs*) -análisis normativo- lo que incluye: a) los costes de controlar el cumplimiento de las normas (*monitoring*), b) los costes del proceso orientado a determinar las sanciones u otras consecuencias jurídicas (*sanction processes*), c) los costes de imponer las sanciones (*sanction imposition*)<sup>225</sup> así como los beneficios sociales en términos de reducción de los costes sociales derivados de la actividad infractora.

---

como administrativos o civiles. Ver OGUS, A.; “What Legal Scholars can learn from Law and Economics”, pp. 385-388. Anthony Ogus lleva a cabo una clasificación de los incentivos externos que proveen diversos instrumentos jurídicos para comparar la eficiencia de éstos en relación con las sanciones penales y la persecución penal, considerando el tipo de consecuencia jurídica, el área del Derecho a que pertenece, el encargado de hacerlas cumplir y el criterio de evaluación. El autor considera así: la multa, la prisión, los trabajos en beneficio de la comunidad, el decomiso, la responsabilidad civil por daños, los daños punitivos, la restitución, la nulidad contractual, las sanciones administrativas, la imposición de impuestos, la exclusión del mercado, las sanciones reputacionales formales (impuestas como sanción administrativa) como la publicación de las sanciones (estrategia “name and shame”) y las sanciones informales derivadas de la existencia de normas sociales. Ver OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, pp. 106-138. En este sentido, afirmando que en la realidad, en la relación entre estrategias sancionadoras y estrategias fundadas en incentivos económicos hay un *continuum*, BRAITHWAITE, J., “The limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, *Law and Society Review*, Vol. 16, Nro. 3 (1981-2), p. 483.

<sup>224</sup> Conf. ELSTER, J.; *Tuercas y Tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, pp. 23 y 31.

<sup>225</sup> Conf. OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, p. 108 y ss.



Así, por ejemplo, en relación con los costes de controlar el cumplimiento (*monitoring*), los costes en relación con las normas jurídico-penales y administrativas diferirá sustancialmente de los costes de controlar el cumplimiento de las normas sociales ya que las primeras requieren funcionarios públicos especializados mientras que las últimas las realizan los ciudadanos en el desarrollo de sus actividades. Así mismo, existen economías de escala como en los casos en que quien controla se halla en una relación permanente con el controlado (por ejemplo, contractual), como ocurre en el ámbito de la prevención del BdeC con los bancos respecto de sus clientes, comparado con, por ejemplo, la policía que debe controlar una gran cantidad de ciudadanos. En lo que se refiere a los costes de determinar la sanción (*sanction processes*) resulta evidente que los costes del proceso penal son superiores que los administrativos sobre todo si se consideran el coste esperado de los errores judiciales que tienen consecuencias más gravosas (condena de inocentes a pena de prisión) que los administrativos (pago de dinero por inocentes). Por último, los costes de la ejecución de las sanciones (*sanction imposition*) varían según el tipo de consecuencia jurídica: mientras que la pena de prisión supone importantes costes económicos de manutención de los condenados la pena de multa supone un ingreso para el erario público<sup>226</sup>.

Siguiendo con estos conceptos, clasificaré los instrumentos en aquellos que restringen directamente las oportunidades legales de cometer delitos (2.B.) y aquellos otros que se dirigen a modificar los resultados de cada una de las oportunidades existentes (2.C.), de modo tal que la conducta maximizadora de utilidad sea la adecuada a Derecho<sup>227</sup>.

Dentro de estos últimos, distinguiré, por un lado, entre aquellos que tienen como finalidad disminuir la utilidad esperada por el agente de la conducta delictiva (2.C.a.), aquellos otros que se dirigen a aumentar los costes esperados de la conducta delictiva (2.C.b.), y, por último, la utilización de incentivos económicos -positivos o negativos- (2.C.c.).

---

<sup>226</sup> Conf. OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, pp. 108-113.

<sup>227</sup> Propone una acción preventiva que combine distintas estrategias que modifiquen tanto las oportunidades como los costes o beneficios esperados del delito en el ámbito de la criminalidad organizada, partiendo del supuesto conductual de racionalidad instrumental en este tipo de actividad delictiva, HUND, H.; "Ist die Sicherung illegaler Gewinne die 'Achillesferse' der Organisierten Kriminalität?", p. 4.

## **B. Estrategias restrictivas del conjunto de oportunidad**

Las oportunidades que provee el entorno en el que actúan los individuos son una causa de que éstos cometan actos delictivos. Las oportunidades provienen de diversos tipos de entornos: entornos físicos o ambientales, entornos institucionales (normas sociales o legales) o entornos organizacionales.

En los delitos comunes como los robos, hurtos o violaciones suele hacerse hincapié en los entornos físicos: la oscuridad de ciertas calles, el diseño arquitectónico de ciertas construcciones, la posibilidad de proveerse de armas, etc. En los delitos económicos tienen un valor analítico más relevante las oportunidades que provee, por un lado, el entorno legal y, por otro, ciertos entornos organizacionales de algunas actividades empresariales y profesionales.

Las respuestas a estos dos tipos de oportunidades son distintas: en relación con las oportunidades del entorno legal la respuesta suele hallarse en la derogación o modificación de dichas normas legales, mientras que en el ámbito del entorno organizacional en la utilización de técnicas de prevención situacional del delito que consisten en un rediseño del entorno organizacional inmediato.

En este punto trataré de las oportunidades que provee el entorno legal, mientras que la referencia al entorno organizacional de las empresas, punto clave del presente trabajo de investigación, se desarrollará más abajo en el título sobre prevención situacional del delito.

### **a. Derogación o modificación de regulaciones o institutos jurídicos que proveen oportunidades para cometer delitos**

Existen instituciones jurídicas o regulaciones que proveen oportunidades para la comisión de delitos. En efecto, tanto las regulaciones complicadas como las diferencias en las estructuras de implementación de las mismas producen incentivos para realizar prácticas fraudulentas.

Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN propone la derogación de las subvenciones, las que, según su opinión, poseen una construcción económica falta de sentido y poseen efectos criminógenos<sup>228</sup>. Resulta evidente que la supresión de las subvenciones vuelve imposible la

---

<sup>228</sup> Conf. SCHÜNEMANN, B.; "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität", p. 635.

comisión del delito de estafa de subvenciones y, por ende, los tipos penales del § 264 del StGB y de los arts. 308 y 309 del CP deberían ser derogados.

Así mismo, la legislación puede producir diferencias en relación con la situación legal en diversos países, lo que puede proveer condiciones más favorables para la actividad criminal en un país que en otro. Este fenómeno se vincula con los denominados *efectos de desplazamiento*, casos en los que la legislación desplaza fenómenos negativos a otros ámbitos sociales o países y *efectos de atracción*, es decir casos en que una regulación más permisiva atrae al propio territorio dicha actividad.

Así, las diferencias existentes en el contenido e implementación de la regulación preventiva del BdeC en distintos países proveen oportunidades para que los blanqueadores aprovechen las lagunas político-criminales para su actividad, con la consecuencia de los mencionados efectos de desplazamiento y atracción. La armonización legal a nivel internacional y en Europa se presenta como una de las estrategias diseñadas para reducir dichos efectos<sup>229</sup>.

#### **b. Derogación o modificación de institutos jurídicos que se utilizan como instrumentos para la comisión de delitos**

Otra alternativa para restringir las oportunidades de cometer delitos económicos consiste en suprimir o modificar ciertos institutos jurídicos que se utilizan como instrumentos para aquel fin. SCHÜNEMANN propone los ejemplos de algunas formas societarias como las Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GMBH: Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) o las Sociedades en Comandita (*KG: Kommanditgesellschaft*) que constituyen instrumentos privilegiados para la comisión de delitos económicos como, por ejemplo, el delito de insolvencias (*Konkursdelikte*), así como los casos del secreto bancario y del secreto tributario que son utilizados para ocultar el rastro dejado por las ganancias obtenidas del delito<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Todo conf. ALBRECHT, H.J.; "Synthesis Report", p. 11-13.

<sup>230</sup> Conf. SCHÜNEMANN, B.; "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität", p. 635. Lo propio afirman sobre el secreto bancario, BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R.T./WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal N° 34 y 35 (Número 8 de la Serie Técnica del PNUFID), ONU (Organización de las Naciones Unidas), Viena (Austria), 1999, p. 2.

Si bien los mencionados institutos no podrían ser suprimidos sin afectar sustancialmente a la economía de mercado<sup>231</sup>, sí podrían ser modificados. Así, por ejemplo, el secreto bancario puede adoptar diversas formas, tener diversos orígenes y cumplir diversas funciones que lo justifiquen más o menos.

Así, por un lado, existe el caso de las “cuentas completamente anónimas”, cuyo titular no puede conocer nadie en el banco, salvo que el propio cliente facilite los datos: este nivel de secreto bancario representa un instrumento privilegiado para el BdeC y sólo Austria hasta hace unos pocos años ofrecía este tipo de cuentas, por lo que fue sometida a una fuerte presión para que las suprimiera.

Por otro lado, se encuentran las cuentas cifradas –sólo el personal superior del banco sabe quién es el titular- en las que el cliente (por ejemplo, bajo presión de las agencias de investigación su propio país) puede solicitar del banco que levante la protección y divulgue información. Se afirma que éstas constituyen una amenaza menor para el BdeC<sup>232</sup>.

Así mismo, existen algunas formas societarias que son centrales para la ocultación de bienes de origen delictivo, como es el caso de las *Internacional Business Corporations (IBC)*. Según BLUM/LEVI/NAYLOR/WILLIAMS casi la totalidad de los sistemas de blanqueo se valen de estas entidades como parte del entramado para ocultar la propiedad de los bienes. Se trata de entidades que permiten ocultar la identidad de los propietarios el tiempo que permiten comprar, poseer y vender bienes y servicios<sup>233</sup>.

### **c. Legalización**

La legalización de una actividad es también una forma de política criminal. En efecto, bajo ciertas circunstancias la legalización de una actividad puede evitar una serie de efectos perniciosos de la ilegalidad, como la creación de mercados negros o de actividades de crimen organizado vinculadas a ella. La conveniencia de legalizar el BdeC ha sido

---

<sup>231</sup> Conf. SCHÜNEMANN, B.; “Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität“, pp. 635-36.

<sup>232</sup> Todo conf. BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R.T./ WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, p. 25.

<sup>233</sup> Conf. BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R.T./WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, pp. 88-89.

una cuestión discutida en los círculos académicos, si bien con resultados desparejos. Esta cuestión se tratará en la Parte Segunda del presente trabajo.

## **C. Estrategias que alteran los resultados de las oportunidades**

### **a. Aumento de los costes de la conducta delictiva**

#### **aa. La imposición de sanciones jurídicas negativas**

##### *a) Introducción*

En el Capítulo II -Análisis Económico del Derecho Penal- he desarrollado extensamente el análisis de esta forma de intervención jurídica que consiste en prohibir o mandar cierto tipo de conductas por medio de reglas o estándares, cuyo incumplimiento deriva en la imposición de sanciones jurídicas negativas administrativas o penales<sup>234</sup>.

Esta estrategia es la más característica al momento de pensar la prevención de conductas lesivas de bienes jurídicos de terceros o de la sociedad. En particular, hay pocas áreas en las que esta estrategia no sea el baluarte de la prevención contra las actividades dañosas de las empresas<sup>235</sup>. Las cada vez más extensas regulaciones administrativas y la permanente expansión del Derecho penal a nuevos ámbitos de intervención evidencian la anterior afirmación.

Como se verá en las partes siguientes del presente trabajo, esta forma de intervención legal denominada en la literatura anglosajona “mandato y control” (*command and control*) ha sido la columna vertebral de la estrategia de prevención del BdeC, tanto en lo que se refiere al Derecho penal como al Derecho administrativo sancionador. La tipificación del delito de BdeC (doloso e imprudente) así como la regulación administrativa de deberes de colaboración (en materia de vigilancia y reporte de operaciones sospechosas) a profesionales y agentes del mercado respaldados por sanciones administrativas, explican la parte sustancial de la estrategia de prevención diseñada por los organismos internacionales y reflejada en las leyes nacionales.

---

<sup>234</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, p. 35. BRAITHWAITE, J., “The limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, p. 482.

<sup>235</sup> BRAITHWAITE, J., “The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, p. 502.

De este modo, el régimen legal vigente, reflejo de una tendencia internacional en la materia, ha impuesto a sujetos privados el deber de gestionar diversas técnicas de prevención situacional dirigidas a evitar que terceros, tales como clientes, o empleados y directivos en el caso de personas jurídicas, puedan aprovechar las oportunidades que ciertas actividades económicas o profesionales proveen para blanquear capitales de origen delictivo.

La legislación busca desincentivar la actividad de blanqueo tanto por medio de sanciones penales como administrativas. La legislación penal se dirige a todos los ciudadanos (deber general), quienes deben organizar sus interacciones de forma tal que no cometan actos de BdeC dolosos o imprudentes. Por otra parte, la legislación administrativa regula de forma centralizada una serie de deberes que deben cumplir ciertos sujetos privados (deberes especiales) cuya actividad provee especiales oportunidades para el blanqueo, quienes deben organizar su actividad conforme a estas reglas y estándares, bajo amenaza de recibir sanciones administrativas impuestas por la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, sin perjuicio de que se pueda imponer, además, a las personas físicas la pena por el delito de BdeC del art. 301 del CP y a las personas jurídicas las consecuencias accesorias del art. 129 del mismo<sup>236</sup>.

*b) Razones a favor de apelar a esta estrategia.*

Existen buenas razones, que se analizan a continuación, para apelar a las sanciones jurídicas negativas en la prevención de conductas lesivas.

- *Amenaza grave a intereses individuales o colectivos:*

Se afirma que en los casos en que la amenaza a los intereses individuales o colectivos es grande se debe optar por esta estrategia de intervención<sup>237</sup>. En efecto, bajo estas circunstancias parece apropiado aceptar cierta ineficiencia empresarial (producto de la imposición de reglas y estándares) para proveerse de garantías contra este tipo de daños.

Como ya se ha dicho, las actividades de crimen organizado y los delitos económicos se encuentran entre estas actividades con capacidad de causar daños sociales graves. Si esta forma de intervención es eficiente o no deberá analizarse en cada caso concreto.

---

<sup>236</sup> Conf. Art. 302.2.a) CP.

<sup>237</sup> BRAITHWAITE, J., "The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct", p. 489.

- *Costes reputacionales y morales como estrategia de disuasión:*

Así mismo, la estrategia de imponer sanciones jurídicas negativas tiene el efecto de manifestar condena y estigmatización por la actividad, de modo tal que al coste propio de la sanción se agrega el efecto disuasorio que suponen los costes reputacionales y morales, lo que permite distinguirla, por ejemplo, de un impuesto<sup>238</sup>. En efecto, la estrategia de incentivos económicos, por ejemplo, al no imponer estándares o reglas y dejar la evaluación de los riesgos a la propia empresa, no puede cumplir esta función, de modo que impide que se incluyan elementos morales en la evaluación de la conducta de la entidad<sup>239</sup>.

Ya dentro de la propia estrategia, deben distinguirse las particularidades del Derecho penal frente a las del Derecho administrativo sancionador, que indican que los costes reputacionales son superiores en el caso de la imposición de una pena que cuando se impone una sanción administrativa. En efecto, la pena posee una capacidad expresiva de reproche de la que carecen otros tipos de sanciones jurídicas negativas que puede explicarse del siguiente modo: la pena es un acto comunicativo que expresa censura o reproche social por la infracción jurídica realizada<sup>240</sup>.

El Derecho penal aporta, frente al Derecho administrativo, su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Ello hace más difícil para el infractor la utilización de las técnicas de neutralización del juicio de disvalor (reproches de parcialidad, politización) de que aquél se sirve con frecuencia frente a la actividad sancionadora de las administraciones públicas<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, pp. 41-44.

<sup>239</sup> BRAITHWAITE, J., "The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct", p. 490.

<sup>240</sup> En un artículo fundacional para las tesis expresionistas de la pena, Joel Feinberg afirma que "(...) la pena es un instrumento convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación y de juicios de desaprobación y reprobación", FEINBERG, J., "The Expressive Function of Punishment", en *A reader on Punishment*, Duff/Garland (Eds.), Oxford University Press, Nueva York, 1994, p. 74. En el mismo sentido, dice Dan Kahan que "(...) la comunidad expresa la condena al criminal y reafirma su compromiso con los valores que la propia acción del criminal ha negado". KAHAN, D., "Between Economics and Sociology: the New Path of Deterrence", en *Mich. Law Review* N°95 (1996-1997), p. 2483.

<sup>241</sup> Conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001, p. 155.

Además, ciertas particularidades del juicio penal presentan características que evidencian la intención del legislador de imponer dichos costes morales y reputacionales; en palabras de SILVA SÁNCHEZ: “(...) *la dimensión pública del Derecho penal, la sacralidad que se le asocia, la distancia que generan las formas rígidas (lenguaje, vestuario, escenario) con respecto a la cotidianeidad constituyen un importante factor de prevención*”<sup>242</sup>.

Así mismo, no puede descartarse que distintos tipos de pena se vinculen a formas cualificadas de expresión de reproche, tal como parece ocurrir con la pena privativa de libertad en comparación con otras alternativas penales. En este sentido sostiene DAN KAHAN que: “*La pena de prisión, sin lugar a duda, expresa indignación moral en razón del lugar sagrado que tienen la libertad en nuestra cultura. Las alternativas convencionales, en contraste, envían una señal mucho más ambigua.*”<sup>243</sup>.

De este modo, parece observarse la existencia de un *continuum* en relación con los costes reputacionales y morales que podría extenderse, de menor a mayor, desde la imposición de sanciones administrativas de menor gravedad (como la publicación de la infracción) impuestas por infracciones leves y atribuidas de modo objetivo hasta la pena privativa de libertad, vinculada a infracciones de mayor entidad y sujeta a garantías más estrictas como el principio de culpabilidad.

Estos costes reputacionales y morales deberán ser tenidos en cuenta también en el análisis coste-beneficio de la política criminal. En efecto, como se verá, puede resultar eficiente intervenir en instancias previas en los procesos de producción de riesgos delictivos (con instrumentos de gestión de los mismos), de modo tal de imponer a las empresas o profesionales, en caso de infracción, sanciones leves que les permitan orientarse con bajos costes reputacionales, en lugar de hacerlo cuando la infracción ha sido grave y el coste reputacional y moral sea muy alto, pudiendo privarlo del valor de su nombre en el mercado. La prevención del BdeC por medio de la legislación administrativa intenta cumplir con este objetivo.

- *Costes de la toma de decisiones:*

Así mismo, las reglas y estándares cumplen la función de transmitir señales claras acerca de lo prohibido y permitido, de modo que facilitan las decisiones gerenciales en la organización y la toma de decisiones

---

<sup>242</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La Expansión del Derecho Penal*, p. 77.

<sup>243</sup> KAHAN, D., “Between Economics and Sociology: the New Path of Deterrence”, p. 2483.



individuales: el “*instala la máquina D*”, típico de la imposición de imperativos por medio de reglas, es un mandato mucho más claro que el “*no seas causa de una contaminación de la sangre*” típico de las regulaciones por incentivos económicos o de la responsabilidad objetiva de la reparación civil. La estrategia de incentivos económicos, por ejemplo, no puede cumplir esta función, de modo que vuelve mucho más sofisticado el gerenciamiento del problema para la entidad o profesional<sup>244</sup>.

Al momento de predecir y evaluar las consecuencias de la regulación deberá tenerse en cuenta la sofisticación y capacidad de los sujetos obligados por las normas. Así, por ejemplo, en el ámbito de la regulación del BdeC podrá observarse que los sujetos obligados por las normas administrativas son expertos en sus áreas específicas. Pero, sin embargo, existen asimetrías importantes entre grandes empresas multinacionales (grandes bancos) y pequeñas firmas nacionales (pequeñas entidades financieras, abogados, notarios, etc.) que deben ser contempladas.

- *Costes de detección para el regulador:*

También debe considerarse que el control estatal es más fácil en el caso de esta estrategia que bajo los estándares de rendimiento (*performance*) típicos de la regulación por incentivos económicos. Así, por ejemplo, en el caso en que varias industrias arrojan sus desechos en el mismo río, pueden resultar prohibitivos los costes de identificar qué cuota de daño corresponde a cada una, mientras que si se han establecido normas que imponen estándares o reglas el Estado podrá identificar a los responsables auditando cada una de las empresas: la imposición de reglas y estándares facilita la actividad de control e imposición de sanciones.

c) *Inconvenientes que plantea esta estrategia.*

Se afirma que esta estrategia tiene una propensión a producir normas complejas, reglas inflexibles y que lleva a una sobre-regulación e intrusión en el gerenciamiento de las entidades<sup>245</sup>.

La sobreinclusión, es decir la aplicación de las normas legales a una cantidad amplia e innecesaria de conductas, las cuales pueden ser beneficiosas para la sociedad, y que da origen, por ello, a la sobredisuasión es una de las versiones potencialmente ineficientes del mandato y control. Lo propio puede decirse de las regulaciones

---

<sup>244</sup> Todo conf. BRAITHWAITE, J., “The limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, p. 490.

<sup>245</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, p. 37.

intromisivas en el gerenciamiento de las organizaciones, las que a la vez que pueden lograr fines preventivos crean costes sociales.

Las normas para la prevención del BdeC suelen indicar el diseño de sistemas informáticos y otros sistemas de control interno que deben cumplir con ciertos estándares de calidad. Pero dependiendo del tipo de sujeto obligado (tamaño de la entidad, cantidad de clientes, etc.) se pueden requerir sistemas de distinta complejidad y una adaptación a las particularidades de cada caso para definir un nivel eficiente de *enforcement*, lo que puede resultar complejo de compatibilizar con la práctica general de producir normas de carácter general<sup>246</sup>. Si esta adaptación no se produce, los costes en que debe incurrir una entidad como resultado de establecer mecanismos de reporte de operaciones, capacitación de empleados, etc., afectarán, sobre todo, a las firmas más pequeñas y marginales<sup>247</sup>.

#### *d) Posible combinación con la autorregulación.*

Algunos de los problemas ocasionados por esta forma de intervención pueden ser atenuados con el expediente de lograr una combinación de esta estrategia con la autorregulación de los propios sujetos obligados a colaborar. Como se verá luego, estas combinaciones posibles entre regulación sancionadora estatal y autorregulación son vías que han sido experimentadas en el ámbito de la prevención del BdeC.

### **bb. Derecho de daños**

SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU afirman atinadamente que “*los accidentes son demasiado numerosos y graves como para no tratar de reducir su número y gravedad por todos los medios posibles, incluyendo el Derecho de daños*”<sup>248</sup>. Esta afirmación vincula el Derecho de daños con una de sus funciones más destacadas por el AED pero menos reconocidas en el Derecho continental europeo: la *función preventiva*<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> Como se verá, este problema pretende resolverse por medio de formas de autorregulación que permitan el diseño de estándares muy generales por parte del Estado, mientras que la concreta aplicación de éstos se deja a los sujetos obligados.

<sup>247</sup> SMITH, G.; “Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering”, en *U. Pa. J. Int 101 (1992-1993)*, p. 139.

<sup>248</sup> SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T.; *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 110.

<sup>249</sup> Para una descripción de las resistencias iniciales a reconocer la función preventiva en

En efecto, la doctrina asigna al Derecho de daños diversas funciones, tales como la función demarcatoria, la compensatoria, la distributiva, la satisfactiva y la función preventiva<sup>250</sup>. Aquí me ocuparé de la función preventiva, que es la que resulta más interesante como instrumento de imposición de costes al delincuente que permitan modificar la relación coste-beneficio de la comisión de delitos, disuadiendo al mismo de cometerlos.

Esta perspectiva supone asumir que el Derecho de daños opera no sólo *ex post* sino también *ex ante*, es decir que pretende prevenir los daños esperados de las conductas y no solo repararlos una vez ocurridos. Esta función consiste en disuadir a los potenciales infractores asignando derechos a las víctimas potenciales de la conducta lesiva para demandar la reparación del daño. Se trata con ello de minimizar los costes de los accidentes, incentivando comportamientos eficientemente precavidos<sup>251</sup>. El nivel eficiente de disuasión sería aquel que asegure que el causante del daño invierta dinero en evitar el daño hasta el punto donde los costes de evitación excedan el valor de los daños causados por su conducta<sup>252</sup>.

Esta estrategia regulatoria presenta algunas dificultades. En relación con sus fines preventivos, encuentra ciertas barreras que dificultan el cumplimiento de esta función: costes de transacción prohibitivos para las víctimas, las dificultades probatorias de la relación de causalidad e imputación entre la conducta y el resultado lesivo y, por último, la

---

el Derecho de daños y su paulatina aceptación, ver SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T.; *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, pp. 117-124. También partiendo del efecto disuasorio de la responsabilidad civil, SCHMIDTCHEN, D.; “Wozu Strafrecht? Another View of the Cathedral”, en *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag für Heike Jung, Radtke/Müller/u.a.* (Ed.), Nomos, Baden-Baden, p. 123. Hace unos años Schünemann reconocía ya este proceso de cambio y la utilidad de esta nueva perspectiva para la prevención del delito, en SCHÜNEMANN, B.; “Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität”, p. 646.

<sup>250</sup> La *función demarcatoria* permite delimitar las fronteras de los ámbitos de la libertad de actuación, la *función compensatoria* consiste en indemnizar a la víctima por los daños que ha sufrido como consecuencia de un ilícito civil cuando la imputación se fundamenta en la culpa del responsable, la *función distributiva* consiste en distribuir *ex ante* (incentivando, por ej., la contratación de seguros) o *ex post* (forzando mediante la condena a indemnizar a la víctima) la estimación económica del daño, la *función satisfactiva* consiste en buscar la satisfacción o reparación para el dañado por lo que el agente del daño ha hecho. Ver SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T.; *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, pp. 103-111.

<sup>251</sup> SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T.; *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, p. 110.

<sup>252</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, p. 51.

contratación de seguros que traslada los costes esperados hacia la empresa de seguros. Veamos estas cuestiones en el BdeC.

El primer inconveniente es que los costes que deben afrontar las víctimas para llevar a cabo acciones judiciales pueden resultar prohibitivos y, por ello, un desincentivo de realizarlas. De ello se deriva que si la probabilidad de que la acción legal se lleve a cabo es muy baja el efecto disuasorio también lo será<sup>253</sup>.

En el caso del BdeC, se presenta la dificultad de que éste suele ser considerado como uno de los, así llamados, “delitos sin víctima”, ya que el daño de la conducta del blanqueador no recae directamente sobre los derechos de un individuo. Pero incluso cuando se acepte, tal como argumentaré luego, que el BdeC es un incentivo para la comisión de delitos que dan origen al dinero sucio, la posibilidad de identificar víctimas concretas será en la mayoría de los casos prácticamente imposible: piénsese, por ejemplo, en el caso del blanqueo de bienes provenientes del tráfico de drogas. Además, el fenómeno del blanqueo global, en el cual el dinero se blanquea en territorios distintos a aquellos en donde se ha cometido el delito que da origen al capital, aumenta aún más los costes de transacción para que las víctimas realicen acciones judiciales.

Por último, la contratación de seguros por parte de los causantes potenciales de daños puede limitar o bloquear el efecto disuasorio de la responsabilidad civil. Si un individuo racional sabe que no deberá responder por los efectos lesivos de su conducta (porque lo hace el seguro en su lugar) desaparece el efecto disuasorio del coste esperado que supone la satisfacción de la responsabilidad civil, no teniendo entonces que ponderar en su función de utilidad dichos costes<sup>254</sup>. A este efecto del seguro pueden realizarse dos cuestionamientos: por un lado, puede objetarse que la responsabilidad derivada de delitos dolosos no puede ser asegurada y, por otro, que las primas de los seguros no permanecerían insensibles sino que subirían. Respecto de la primera cuestión, es cierto que en los casos de blanqueo doloso no resultaría aplicable el Derecho de seguros, pero cabe recordar que el delito de BdeC también ha sido tipificado en su modalidad imprudente donde sí podría operar el seguro; en relación con la segunda cuestión, para proveer una respuesta certera deberíamos analizar el efecto disuasorio que tiene el incremento de las primas ante actividades que originan grandes beneficios económicos y

---

<sup>253</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, p 52.

<sup>254</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, p. 52.

compararlo (para verificar si es menor o igual) con la expectativa de reparación económica de los daños.

Una cuestión adicional es la conveniencia de optar por este instrumento en caso de que los daños esperados sean graves ya que cuando la probabilidad de daño es alta y la magnitud del daño pueda ser tan grande que el causante no tenga recursos suficientes para reparar económicamente a las víctimas es preferible, desde el punto de vista de la eficiencia, la regulación preventiva<sup>255</sup>. Por ello el juez POSNER dice: “(...) *podríamos recurrir al sistema de responsabilidad civil para disuadir a los restauradores de servir alimentos echados a perder; pero no lo hacemos, y requerimos, por el contrario, que los restaurantes obtengan una licencia y se sometan a inspecciones. La diferencia se encuentra entre la regulación ex post y ex ante. Cuanto mayores sean las consecuencias si la disuasión falla, y por ende cuanto más severa sea la sanción óptima ex ante, más fuerte será el argumento económico a favor de la regulación ex ante*”<sup>256</sup>. De este modo, cuando los daños esperados de la actividad son de gran magnitud no resulta eficiente apelar a la responsabilidad civil.

Al BdeC se le puede atribuir un potencial lesivo que argumenta en favor de una regulación ex ante. Como se verá, esta es la estrategia que han seguido las normas de la Unión Europea y las normas nacionales de los Estados miembro como consecuencia de su transposición.

En todo caso, la aplicación de esta estrategia en el ámbito de la prevención del BdeC no se encuentra ni teórica ni prácticamente explorada. Por lo expresado, el Derecho de daños no ocupará en el presente trabajo un lugar preponderante.

## **b. Disminución de los beneficios de la conducta delictiva.**

En este apartado pretendo presentar las funciones preventivas de dos institutos jurídicos que, al privar al infractor de los beneficios económicos de la infracción legal, tienen efecto disuasorio: el decomiso y la acción reivindicatoria. Del mismo modo que ocurre con las sanciones jurídicas negativas el efecto disuasorio de estos institutos dependerá de cuál sea la probabilidad de que efectivamente se ejecuten.

---

<sup>255</sup> Conf. POSNER, R.; “The Law and Economics Movement”, p. 8.

<sup>256</sup> Conf. POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, p. 239.

## aa. Decomiso

La doctrina y la jurisprudencia definen el decomiso penal como *la pérdida definitiva de los efectos, objetos y ganancias relacionados con una infracción delictiva*<sup>257</sup>. Este instituto tiene una doble justificación: por un lado, en el efecto disuasorio que tiene privar a los delincuentes de los beneficios económicos esperados del delito (es decir, se trata de que el “crimen no resulte rentable” –*crime doesn't pay*-) y, por otro, en la peligrosidad y carácter ilícito de ciertos objetos (como ocurre con las armas de guerra o las drogas tóxicas).

El CP en el Título VI –De Las Consecuencias Accesorias- de su Libro I regula de modo general el instituto del decomiso. En el artículo 127.1 se regulan los tres tipos de decomiso que se conocen: el *decomiso de las ganancias del delito (fructum sceleris)*; el *decomiso de los instrumentos del delito (instrumentum sceleris)* es decir de los instrumentos utilizados en la comisión del delito; el *decomiso de los efectos del delito (objectum sceleris)*, es decir de los bienes sujetos a la comisión de delito<sup>258</sup>. Así mismo, el artículo 127.2 refleja los dos modelos de decomiso también reconocidos a nivel internacional: el *decomiso de bienes* y el *decomiso de valores equivalentes a estos bienes, en caso de que aquellos no puedan ser hallados*.<sup>259</sup>.

El *decomiso de las ganancias* provenientes directamente de las actividades delictivas así como de sus bienes sustitutivos será estudiado con particular interés en el presente trabajo, ya que constituye una herramienta principal en la disuasión de conductas delictivas motivadas en la obtención de

---

<sup>257</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, A.; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004, p. 5. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas (Convención de Viena) (1988) la define como *la privación permanente de la propiedad por orden de un tribunal u otra autoridad competente*, mientras que la Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo, identificación, embargo y decomiso de productos del delito (1990) define el decomiso, en su art. 1.d, como *una pena o medida, ordenada por un tribunal, que persigue los beneficios en relación con un delito o delitos y que resulta en la privación final de la propiedad*. En GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*, Cambridge: Grotius Publication Limited, Cambridge, 1992, pp. 76 y 177.

<sup>258</sup> El artículo 127.1 del Código Penal dice: “*Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*”. En relación con los tipos de decomiso ver STESSENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 30.

<sup>259</sup> El art. 127.2 del Código Penal dice: “*Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsable del hecho.*”

beneficios económicos. Como se verá, el efecto disuasorio de este instituto estará en relación con la eficacia estatal en el descubrimiento y apropiación por parte del Estado de dichos bienes: a mayor probabilidad de decomiso menores los beneficios económicos esperados del delito.

Sin embargo, el decomiso no es una herramienta jurídica exclusiva del Derecho penal, ya que se encuentra prevista en otras ramas del ordenamiento jurídico, como el ordenamiento administrativo y civil<sup>260</sup>.

El decomiso administrativo es utilizado por el legislador español y europeo en diversas oportunidades como un instrumento disuasorio que pretende privar de los beneficios económicos de cierta actividad o impedir que la actividad en cuestión tenga lugar. Se trata de hechos que si bien no son delictivos, y por ello no puede aplicarse la regulación del decomiso del CP, sí pueden calificarse como infracciones administrativas.

A modo de ejemplo, cabe citar la Ley 3/1996, de 10 de enero, de medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, que en su art. 21 indica: -“Sanción de Comiso”- de su Régimen Sancionador (Capítulo IV – Sección 1ª – Infracciones): *“Sin perjuicio de la multa que proceda imponer conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, las infracciones serán sancionadas con el comiso de las sustancias químicas catalogadas y del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción. La Resolución de la Administración determinará razonadamente, a estos efectos, la cuantía del beneficio ilícito obtenido”*<sup>261</sup>.

En relación con la legislación civil, puede mencionarse el art. 1648 del Código Civil español, que regula el decomiso, que dice:

*“Caerá en comiso la finca, y el dueño directo podrá reclamar su devolución:*

- 1. Por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos.*
- 2. Si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato o deteriora gravemente la finca.”*

---

<sup>260</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, A.; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, p. 2.

<sup>261</sup> Esta ley es producto de la regulación europea en la materia, que ha llevado a los Estados de la Unión Europea a adoptar el Reglamento (CEE) 3677/90, de 13 de diciembre (LCEur 1990, 1444), por el que se establecen una serie de medidas con el fin de impedir el desvío de estas sustancias para la fabricación ilícita de drogas fuera del territorio aduanero de la Unión Europea. Este Reglamento fue desarrollado, aplicado y modificado por ulteriores Reglamentos comunitarios, como son el 900/92, de 31 de marzo (LCEur 1992, 1091), 3769/92, de 21 de diciembre (LCEur 1992, 4021), y 2959/93, de 27 de octubre (LCEur 1993, 3323).

La enfiteusis o censo lleva consigo la disociación del dominio entre el dominio directo, correspondiente al propietario, y el útil, el de la persona que usa y aprovecha la finca. La falta de pago del canon por parte del titular del dominio útil puede llevar consigo el decomiso de ese dominio por el titular del dominio directo, que vuelve a la situación de la propiedad anterior a la institución de la enfiteusis.

Sin embargo, como puede observarse, el decomiso civil tiene una aplicación muy limitada. En el ámbito penal la restitución por parte de quien tiene los bienes de modo ilegal puede cumplir una función más amplia de protección de los derechos de los titulares y, así mismo, tener mayor efecto disuasorio, tal como ocurre con la reparación civil de los daños.

Como se verá en la Tercera Parte de este trabajo, en los últimos años, y de la mano de las normas internacionales contra la corrupción, se ha comenzado a observar interés en la regulación del decomiso civil de las ganancias como una acción independiente del procedimiento penal y orientada a identificar, embargar y restituir al Estado solicitante los bienes depositados en terceros países por los funcionarios corruptos. Como producto de ello, en el Derecho comparado (Estados Unidos, Reino Unido, Colombia) puede encontrarse una sofisticada regulación del decomiso civil que viene teniendo un papel fundamental en la recuperación de activos de la corrupción administrativa<sup>262</sup>.

## **bb. Acción reivindicatoria**

La acción reivindicatoria también tiene un efecto disuasorio en razón de que, al igual que el decomiso, priva al infractor o al tercero de mala fe de aquellos bienes muebles que hayan obtenido de la actividad delictiva. La diferencia con el decomiso penal y administrativo es que la acción reivindicatoria la plantea el propio afectado y presenta similitudes, en este sentido, con el decomiso civil referido *supra*.

---

<sup>262</sup> Así, sobre ello, JORGE, G.; “El decomiso del producto del delito”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 72, 73 y 88 y ss., con un análisis comparado de las legislaciones de EEUU, Reino Unido y Colombia. También sobre los procedimientos civiles de decomiso que permiten estándares de prueba menos exigentes, OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, p. 123.



El Código Civil español regula en sus artículos 348 [Derecho de propiedad y acción reivindicatoria]<sup>263</sup> y 464 [Posesión de bienes muebles de buena fe igual a título]<sup>264</sup> esta vía jurídica para que el propietario recupere la posesión de sus bienes muebles. Así mismo, los artículos 1955 [Prescripción en bienes muebles]<sup>265</sup> y 1956 [Prescripción en bien mueble hurtado o robado]<sup>266</sup> regulan la prescripción adquisitiva de la propiedad.

Sin embargo, el efecto disuasorio de este instituto jurídico es muy limitado ya que, en primer lugar, depende de la acción civil del afectado, quien puede no estar interesado en ello (por ejemplo, porque el seguro ya ha pagado por él) y, en segundo lugar, sólo resulta aplicable a un universo limitado de delitos. Su utilidad para el BdeC es escasa ya que por un lado, y al igual que ocurre con la responsabilidad civil, no siempre resulta identificable una víctima de este delito y, por otro, el blanqueo supone en general una sustitución de bienes por otros por lo que resultaría sólo útil en casos marginales.

Pero al igual que ocurre con la responsabilidad civil o el decomiso civil en aquellos casos en que pueda identificarse a la víctima del delito, sí podrá apelarse a la restitución de los bienes blanqueados. Así, por ejemplo, en el caso de actos de corrupción política en que se pueda identificar al Estado afectado, éste podrá solicitar la devolución del dinero a las arcas públicas por parte de quien ha blanqueado el capital<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene una acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”

<sup>264</sup> “La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella (...)”

<sup>265</sup> “El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición. En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el artículo 464 de este Código”.

<sup>266</sup> “Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta.”

<sup>267</sup> En el año 2006 la juez de Zürich Cornelia Cova bloqueó 30 millones de dólares (unos 24 millones de euros) del ex jefe de los servicios secretos peruanos Vladimiro Montesinos. Las autoridades de Berna también han intervenido fondos del ex dictador haitiano Jean-Claude Duvalier y del congoleño Mobutu Sese Seko. Suiza está acelerando el largo y complejo proceso, iniciado hace 10 años, para bloquear las cuentas de los

### c. Regulación por incentivos económicos

#### a) Introducción

Con esta estrategia regulatoria se pretende inducir a los potenciales causantes de daño social a no realizar la conducta lesiva apelando a la imposición de impuestos así como al otorgamiento de subvenciones o subsidios. A diferencia de la estrategia sancionadora ya analizada, la estrategia económica se centra en los resultados últimos de la actividad regulada (o *estándares de performance*).

En estos casos, lo que importa es que la entidad sujeta a control cumpla con ciertos resultados, verbigracia cierto nivel de contaminación medioambiental. Si no lo hace deberá, por ejemplo, pagar un impuesto en proporción al daño social (contaminación por encima de lo permitido), en lugar de recibir una sanción por la infracción de deberes. Otra diferencia importante con el modelo sancionador es que en la regulación por incentivos económicos la culpabilidad de la entidad no juega rol alguno<sup>268</sup>.

La utilización de instrumentos económicos presenta ventajas y desventajas. Unas y otras dependerán básicamente o bien de particularidades del instrumento en sí (incapacidad para expresar desaprobación) o bien del contexto al que se aplica (dificultades en el caso de daños graves y diferidos en el tiempo).

#### b) Ventajas de implementar esta estrategia

Existen algunas ventajas de esta estrategia, tal como la menor intrusión en la organización interna de la empresa<sup>269</sup>. Por ello, es más adecuada que la estrategia sancionadora para incentivar, por ejemplo, la innovación tecnológica. En efecto, si la regulación manda que se cumpla con ciertos

---

dictadores y restituir los fondos a los países de donde provienen. Hasta el año 2006 se habían devuelto 1.546 millones de dólares (1.230 millones de euros) y se mantenían bloqueados otros 1.600 millones. El caso más sonado fue la entrega a Nigeria, en 2005, de más de 700 millones de dólares del ex dictador Sani Abacha. Fuente: “*Suiza devuelve fondos robados por los tiranos*”. Diario *El País* del 19 de octubre de 2006. Sobre el caso Abacha puede verse una amplia y detallada explicación en MONFRINI, E.; “El caso Abacha”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 253-272. Un breve resumen puede encontrarse en LEVI, M.; “Blanqueo de dinero: La banca privada se vuelve menos privada”, en *Banca Comercial N° 166 (Marzo 2002)*, pp. 1, 2.

<sup>268</sup> BRAITHWAITE, J., “The limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, pp. 482, 485.

<sup>269</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, pp. 41-44.

estándares de seguridad, no hay ningún incentivo para que las compañías implementen otras técnicas de calidad superior, mientras que si se responde por el daño causado sin que se establezcan requisitos tecnológicos se mantienen los incentivos para mejorar la tecnología<sup>270</sup>.

Esta estrategia ha sido utilizada en el ámbito de la regulación medio ambiental, tanto por medio de la creación de impuestos según las emisiones contaminantes como por medio de la creación de un mercado de derechos de contaminación que las empresas pueden comprar y vender libremente en el mercado<sup>271</sup>.

De este modo, si puede lograrse mantener la actividad lesiva en cotas aceptables y disuadir suficientemente las conductas por encima de dicha actividad, los incentivos económicos pueden resultar óptimos en relación con la estrategia sancionadora estatal.

*c) Inconvenientes de implementar esta estrategia*

Sin embargo, esta estrategia presenta diversos problemas que se analizan a continuación :

- *Dificultades para predecir los efectos:*

Resulta complejo predecir los efectos de los incentivos, y su determinación puede tener requisitos de información tan severos como los que se encuentran en la estrategia sancionadora<sup>272</sup>.

- *Daños graves o catastróficos y diferidos en el tiempo:*

Así mismo, no resulta un instrumento idóneo para regular aquellas actividades en las que o bien los daños esperados son graves o catastróficos (verbigracia, escapes de radiación de plantas nucleares) o diferidos en el tiempo (por ej., enfermedades graves producto de una larga actividad laboral con exposición a productos nocivos para la salud).

Cuando los resultados son diferidos en el tiempo, se presentan problemas, por un lado, de carácter probatorio (probar la vinculación entre la conducta empresarial y el daño causado es muy complejo) y, por

---

<sup>270</sup> BRAITHWAITE, J., "The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct", p. 482.

<sup>271</sup> BRAITHWAITE, J., "The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct", p. 484.

<sup>272</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, pp. 41-44.

otro, disuasorio: los gerentes de una empresa pueden diferir el pago de impuestos por los daños para que deban pagarlos 20 años después otros gerentes, una vez que ellos se hayan retirado<sup>273</sup>.

- *Costes reputacionales y morales:*

Así mismo, esta estrategia no tiene el efecto de manifestar condena y estigmatización por la actividad, de forma tal que carecerá del efecto disuasorio que suponen los costes reputacionales y morales<sup>274</sup>.

- *Complejidad en el control:*

También debe considerarse que el control estatal es más fácil en el caso de la estrategia sancionadora que bajo los estándares de rendimiento (*performance*) típicos de la regulación por incentivos económicos. Así, por ejemplo, en el caso en que varias industrias arrojan sus desechos en el mismo río, pueden resultar prohibitivos los costes de identificar qué cuota de daño corresponde a cada una, mientras que si se han establecido normas que imponen estándares o reglas el Estado podrá identificar a los responsables auditando cada una de las empresas. De este modo, los costes de detección serán menores en el caso de la regulación sancionadora.

- *La trampa de la disuasión: las dificultades para resolverla en el marco de esta estrategia:*

Un problema interesante en relación con la regulación del BdeC es lo que en el ámbito de la criminalidad de empresa se ha dado en llamar la “trampa de la disuasión” (*deterrence trap*): es difícil establecer una sanción lo suficientemente alta como para que sea a la vez disuasoria y susceptible de ser cobrada. Así, por ejemplo, si una compañía espera ganar un millón de euros por la comisión de un acto delictivo y la posibilidad de que se le imponga una multa es 1/20, entonces, para que la sanción sea disuasoria deberá ser de al menos 20 millones de euros. Si el patrimonio de la empresa es menor a 20 millones, no disuadirá lo suficiente, ya que considerando los costes y beneficios esperados de la conducta será racional cometer el delito.

Así mismo, si la empresa no resulta disuadida, comete el delito y luego resulta condenada, el daño social en términos de despido de personal

---

<sup>273</sup> BRAITHWAITE, J., “The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, pp. 488, 489.

<sup>274</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, pp. 41-44.

puede ser muy importante (a lo que hay que sumar casos especiales en que se afecta los intereses de terceros, como en el caso de quienes depositan sus ahorros en entidades financieras)<sup>275</sup>.

En el caso de las personas físicas, esta trampa puede sortearse, como ya se ha explicado más arriba, por la vía de imponer de forma subsidiaria sanciones privativas de libertad, cosa que resulta imposible con las personas jurídicas. Para el caso de las personas jurídicas, BRAITHWAITE propone apelar a la imposición de estándares de especificación típicos de la estrategia sancionadora, en instancias previas a la causación del daño, evitando los estándares de rendimiento (*performance*) característicos de la regulación por incentivos económicos: *“Si en lugar de sancionar a una corporación por matar personas con una droga que no resulta segura, se la sanciona por infringir una regla que indica que deben informarse al Estado los descubrimientos adversos acerca de la droga, las sanciones que se requieren son mucho más bajas. Muchas infracciones de los estándares de especificación no llevarán, por supuesto, a una infracción de los estándares de rendimiento. (...) La disuasión de infracciones a los estándares de especificación puede ser más significativa, porque el control se logra por medio de una multitud de pequeñas sanciones impuestas por infracciones poco graves, en lugar de una sanción muy grave por unas pocas infracciones muy graves”*<sup>276</sup>.

## **D. Heterorregulación, autorregulación, corregulación**

### **a. Introducción**

En los últimos años tanto la actividad como la propia organización interna de las empresas han sido objeto de una creciente regulación tanto por medio de normas jurídicas como de normas dictadas por las propias entidades del sector privado. Las normas de prevención del BdeC son una manifestación de la complejidad regulatoria que pueden alcanzar estas normas cuando interactúan entre sí al establecer los deberes de colaboración en la prevención de este delito por parte del sector privado.

Para comprender en profundidad este fenómeno no alcanza con aproximarse a las normas jurídico-penales que identifican el hecho punible de BdeC o a las normas jurídico-administrativas que establecen un marco regulatorio de los deberes administrativos a los que se encuentran sujetos las entidades financieras y otras empresas, así como

---

<sup>275</sup> Conf. BRAITHWAITE, J., “The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, p. 491.

<sup>276</sup> BRAITHWAITE, J., “The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, p. 491.

los profesionales liberales: estas normas representan, en todo caso, la manifestación de una estrategia regulatoria, la “*heterorregulación jurídica*”. La heterorregulación jurídica se complementa con otras normas heterorregulatorias y autorregulatorias sin cuya presentación y análisis no puede comprenderse el modo en que termina de definirse el contenido de los deberes de colaboración.

## **b. Heterorregulación y autorregulación**

Las normas jurídicas (*heterorregulación jurídica*), es decir los instrumentos normativos empleados por el legislador y la Administración cuando quieren incidir en una actividad o en la organización de las empresas, constituyen, como se ha dicho, una parte fundamental del sistema de prevención y castigo del BdeC: así, el artículo 301 del CP en sus modalidades dolosa e imprudente resulta aplicable tanto a los individuos en su rol general de ciudadanos como en sus roles de directivos o empleados de empresas, mientras que la Ley 19/1993, modificada por la Ley 19/2003, regula un marco de deberes jurídico-administrativos que deben cumplir tanto profesionales como empresas (y sus directivos) bajo amenaza de sanción.

Sin embargo, esta perspectiva heterorregulatoria no estaría completa sin mencionar otro tipo de normas que carecen de carácter jurídico (*heterorregulación no jurídica*) que pueden tener tanto un *carácter técnico* como *ético*. Las normas de prevención del blanqueo dictadas por organismos internacionales de carácter técnico, externos al sector empresarial y sin potestades normativas (es decir, no vinculantes) pero que poseen gran capacidad de influencia: las Recomendaciones que dicta el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) poseen este estatus. Se trata de una *heterorregulación técnica* que establece estándares que permiten analizar la calidad de los sistemas de prevención establecidos por los sujetos obligados, del mismo modo que las normas ISO en otros contextos. Pero, al mismo tiempo, estas normas parecen presentar un *contenido ético* al establecer el compromiso del sector privado en la protección de bienes sociales frente a fuentes de peligro extrañas a su propia organización (el capital de origen delictivo que pretende ser blanqueado) aun a costa de la finalidad empresarial de maximización de beneficios.

Al mismo tiempo, este complejo normativo se integra con normas de *carácter autorregulatorio*, es decir normas dictadas o bien directamente por los propios sujetos obligados a cumplirlas (directivas internas de la empresa) o bien por asociaciones de estas empresas (normas de

asociaciones de bancos o cajas de ahorro). Debe aquí distinguirse entre la autorregulación técnica y la autorregulación ética. La *autorregulación técnica* responde a la voluntad de adoptar una serie de pautas o parámetros que guíen la ejecución y funcionamiento de la actividad empresarial: en cierto modo, la denominada *lex artis*, concepto que en la doctrina jurídico-penal suele aparecer asociada a la actividad médica, ha adquirido una relevancia considerable también en el ámbito de la actividad empresarial pues el ritmo del desarrollo técnico y tecnológico desaconsejan una regulación jurídica. Las normas derivadas de la *autorregulación ética* consisten en normas asociadas a un cambio de filosofía empresarial en la que ésta apuesta por un modelo de “responsabilidad social de la empresa” que sea consciente de las consecuencias de las decisiones de la propia empresa sobre el entorno social, promoviendo el respeto por parte de éstas de los valores e intereses considerados socialmente valiosos.

Ahora bien, resulta necesario contar con más elementos de análisis acerca del fenómeno de la autorregulación y sus combinaciones con la heterorregulación para poder considerar, luego, la utilidad de apelar a una u otra estrategia regulatoria o a alguna de sus diversas combinaciones.

### **c. Autorregulación y corregulación (autorregulación regulada)**

#### **aa. Introducción**

El fenómeno de la autorregulación se ha tornado de interés en los últimos años, a partir de las dificultades de la Administración para responder a las exigencias sociales (y soportar los costes de éstas), y para afrontar sus limitaciones de conocimiento acerca de un entorno social en complejidad creciente<sup>277</sup>.

Por ello, el Estado contemporáneo parece hacer de algunas de las variantes de la autorregulación, como la constitución de asociaciones de autorregulación, la autorregulación regulada, la elaboración de Programas de Cumplimiento (*Compliance Programs*) o los Manuales de Procedimiento (*Codes of Practice*) una de sus estrategias principales de intervención<sup>278</sup>. Por ello, puede decirse que autorregulación privada y regulación pública ya no son dos realidades enfrentadas, sino dos círculos cuyos puntos de

---

<sup>277</sup> ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 108.

<sup>278</sup> Conf. BRAITHWAITE, J., “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, en *Criminology and Social Theory*, Garland/Sparks (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 50.

intersección son cada vez más numerosos; esto es, no constituyen categorías conjuntamente exhaustivas ni mutuamente excluyentes<sup>279</sup>.

El rasgo característico de la autorregulación, y que permite diferenciarla de supuestos afines, es que los sujetos de los que proceden las manifestaciones y resultados de la autorregulación son, inequívocamente, sujetos privados<sup>280</sup>. El sujeto privado del que provienen los resultados de la organización pueden ser tanto una empresa individual como una asociación de empresas o profesionales.

Estos dos tipos de sujetos privados se autorregulan en dos sentidos distintos: en relación con la empresa individual, se hace referencia al fenómeno por el cual dicha entidad regula su organización interna estableciendo divisiones funcionales de tareas entre distintas áreas, empleados, directivos, etc. y al cumplimiento de normas éticas o técnicas por éstos, lo que se realiza en la elaboración de un *Compliance Program*; por otro lado, se hace referencia a asociaciones empresariales o profesionales que dictan normas externas que regulan la actividad de sus asociados sin intervención del Estado.

En el primer caso, los sujetos privados dictan normas de organización interna para prevenir, por ejemplo, accidentes laborales, daños medioambientales o la utilización de la entidad para el BdeC. Se trata aquí de normas internas que buscan, en general, cumplir con mandatos impuestos por normas legales de carácter general incorporándolas en su propia organización (*Compliance Program*). Así mismo, la entidad controla el cumplimiento de dichas normas por parte de los directivos y empleados y los sanciona en caso de incumplimiento. En el segundo caso, las empresas o los profesionales se integran en asociaciones o confederaciones de empresas o profesionales (también sujetos privados) que dictan normas que regulan la profesión o actividad, dictando normas, controlando su cumplimiento y/o imponiendo sanciones<sup>281</sup>.

Desde la perspectiva del Análisis Coste-Eficacia puede decirse que las ventajas de la autorregulación hacen referencia a una mayor eficiencia del sistema que se refleja tanto en la disminución e internalización de costes como en la mayor eficacia del sistema para el logro de los fines

---

<sup>279</sup> Conf. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.; “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, en *Autorregulación y Sanciones*, Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 121.

<sup>280</sup> ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*, p. 103.

<sup>281</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, p. 39.



regulatorios<sup>282</sup>. Sin embargo, estas ventajas deben observarse a contraluz de las críticas recibidas. En relación con la eficacia y eficiencia de esta estrategia se ha dicho, por ejemplo, a) que el coste para la administración de aprobar las reglas puede ser considerable (en los modelos de correulación), b) que las normas dictadas por los organismos de autorregulación pueden ser diseñadas para satisfacer sólo sus propios intereses y c) que éstas pueden estar afectadas también por los problemas del modelo sancionador (legalismo, complejidad de estándares, etc.)<sup>283</sup>.

Sin embargo, la mayoría de las ventajas o desventajas del sistema no son predicables de forma general de todas las formas de autorregulación: la variedad de formas que ésta puede adoptar y que permiten su interrelación con la intervención estatal impiden hacer una evaluación definitiva si no se cuenta con información empírica sobre los efectos de su aplicación caso por caso<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> Así, se afirma en relación con la autorregulación que:

- Los costes de información para la formulación e interpretación de estándares son más bajos.
- Los costes de modificación de dichas reglas y estándares también son más bajos, ya que éstos son menos formalizados.
- Los costes de control y aplicación (*enforcement*) son más bajos.
- Los costes que debe soportar el Estado son menores, ya que los costos administrativos son internalizados por los propios agentes del mercado. Conf. OGUS, A.; “Rethinking Self-Regulation”, en *A Reader on Regulation*, Baldwin/Scott/Hood (Eds.), Oxford University Press, New York, 1998, pp. 376, 377.

En relación con la eficacia de las normas y su capacidad para lograr los fines regulatorios, se hace referencia a:

- Alto nivel de compromiso de las firmas y asociaciones con sus propias normas.
- La elaboración de las normas por parte de agentes bien informados.
- Adecuación entre la regulación y los estándares que las firmas aceptan como alcanzables.
- Mayor eficacia en la detección de violaciones a las normas y en la imposición de condenas.
- Mejor comprensión de las normas por parte de los destinatarios.
- La posibilidad que presentan las normas de un rápido ajuste ante los cambios de circunstancias. Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, p. 40.

<sup>283</sup> Conf. BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, pp. 40-41.

<sup>284</sup> En palabras de Manuel Atienza: “(...) podría decirse que existen situaciones sociales en las cuales lo que la racionalidad exige es la desregulación o bien la introducción de mecanismos de autorregulación (...). Pero en la mayoría de las ocasiones, habrá que proceder a una evaluación legislativa, entendiendo por tal, en un sentido amplio, el conjunto de técnicas dirigidas al análisis empírico de los efectos de la legislación (...)”. ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, p. 52. Sobre esta variedad de combinaciones entre autorregulación y regulación pública desde la perspectiva de la teoría de sistemas, BLACK, J., “Constitutionalising Self-Regulation, en *The Modern Law Review* N° 59 (1996), p. 24 y ss.

Sin embargo, esta asociación (o asociaciones)<sup>285</sup> no debe actuar necesariamente de forma totalmente independiente del Estado. En efecto, la distinción conceptual entre la autorregulación y la regulación pública no significa en absoluto que ambas deban operar de forma aislada o que la existencia de la primera suponga una negación de la última. Por el contrario, como respuesta a la imposibilidad de afrontar la regulación de un entorno social complejo con los instrumentos jurídicos tradicionales se ha despertado el interés por los efectos públicos (es decir, en el sistema jurídico) de la autorregulación, dando lugar a lo que se ha llamado “*la capilar interrelación, la total promiscuidad si se quiere, con que lo público y lo privado se presentan en torno a la autorregulación*”<sup>286</sup>.

En efecto, la autorregulación no es necesariamente un modelo antitético de la regulación pública, sino que existen entre ellos todo un espectro de variables que contienen diferentes grados de interrelación con el sistema jurídico<sup>287</sup> y que se realizan en restricciones legales o en la participación externa tanto en lo que se refiere al diseño de las normas o al control de su cumplimiento. Así, por ejemplo, las reglas y estándares dictados por las asociaciones empresariales o profesionales pueden variar en relación con su fuerza legal: las alternativas van desde aquellas que adquieren fuerza legal (es decir, se integran al sistema jurídico) hasta las que son de cumplimiento puramente voluntario<sup>288</sup>.

Estas diferentes combinaciones han recibido diversos nombres en la literatura académica y en los documentos gubernamentales: “enforced-self regulation”<sup>289</sup>, “collaborative governance”, “management based regulation”<sup>290</sup>, “principle based regulation”<sup>291</sup>, “corregulación”<sup>292</sup>, y el

---

<sup>285</sup> Los regímenes de autorregulación pueden variar en relación con su carácter monopolístico: pueden aplicarse a todos los agentes de un determinado mercado o, alternativamente, pueden ser adoptados sólo por un grupo de agentes (o aun por un solo agente) que compiten con otros en el mercado, existiendo la posibilidad de competencia entre regímenes autorregulatorios, tal como se observa en el caso suizo de regulación para la prevención del BdeC. Conf. OGUS, A.; “Rethinking Self-Regulation”, pp. 376, 377. Para un análisis del caso Suizo de autorregulación para la prevención del BdeC, ver CAPUS, N.; “Selbstregulierung als neue Steuerungsmethode der schweizerischen Geldwäschebekämpfung”, en *ZStW* N° 114 (2002), pp. 114 y ss.

<sup>286</sup> ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*, p. 160.

<sup>287</sup> SINCLAIR, D.; “Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies”, en *Law and Policy Vol 19 N° 4 (Octubre 1997)*, p. 533.

<sup>288</sup> Todo conf. OGUS, A.; “Rethinking Self-Regulation”, pp. 376, 377.

<sup>289</sup> BRAITHWAITE, J.; “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control”, en *Michigan Law Review* N° 80 (1981-1982), p. 1466 y ss. También en BRAITHWAITE, J.; “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, p. 50.

<sup>290</sup> DONAHUE, J. D./ZECKHAUSER, R.J.; “Public-Private Collaboration”, p. 496.

<sup>291</sup> Conf. BLACK, J.; “Forms and Paradoxes of Principle Based Regulation”, en *LSE Legal*

que, siguiendo la doctrina alemana, se ha ido consolidando en España: “autorregulación regulada”<sup>293</sup>. Las diferentes denominaciones reflejan las particularidades de los diferentes sistemas jurídicos, por lo que para evitar confusiones seguiré la de *autorregulación regulada* que ha seguido la doctrina española<sup>294</sup>.

#### **bb. El contenido de la autorregulación: normativa, declarativa, resolutive**

En la actualidad la desintervención pública viene acompañada por la complementariedad o la sustitución, en primer lugar, de reglamentaciones públicas por reglamentaciones privadas (códigos de conducta, normas técnicas, protocolos y buenas prácticas) –autorregulación normativa- y, en segundo lugar, de controles públicos por controles realizados por sujetos privados. A su vez, estos controles privados pueden manifestarse, por un lado, en documentos que certifican el cumplimiento de determinadas normas (certificados técnicos, sellos, etiquetas o marcas) –autorregulación declarativa- y, por otro, en resoluciones arbitrales o sanciones disciplinarias que son manifestación de la autorregulación resolutive<sup>295</sup>.

Así, las expresiones de la autorregulación pueden clasificarse según el contenido de la misma, es decir según el tipo de *output* que ésta produce, en autorregulación normativa, autorregulación declarativa y autorregulación resolutive:

- *Autorregulación normativa*: la autorregulación se orienta a la producción de normas: normas técnicas, reglas del arte (*lex artis*) y códigos éticos<sup>296</sup>.

---

*Studies Working Papers* N° 13/2008 (23 de septiembre de 2008), disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1267722](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1267722) (visitada el 6 de enero de 2008).

<sup>292</sup> *Libro Blanco de la Gobernanza Europea (Comisión Europea)*. Puede consultarse en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf) (visitada el 17 de febrero de 2009).

<sup>293</sup> Para un análisis de las diferentes denominaciones y sus relaciones con las particularidades de cada entorno legal, ver DARNACULETA I GARDELLA, M. M.; *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pp. 324-333.

<sup>294</sup> Así, DARNACULETA I GARDELLA, M. M.; *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*; ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*.

<sup>295</sup> Conf. DARNACULETA I GARDELLA, M. M.; *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, p. 78

<sup>296</sup> Las *normas técnicas* han tenido un espectacular desarrollo producto del aumento de la complejidad técnica vinculada a la especialización de los diferentes sectores industriales. El proceso de autorregulación de normas técnicas se vuelve relevante para el Derecho en

- *Autorregulación declarativa*: la autorregulación se orienta al control del cumplimiento de las normas con la finalidad de declarar que los controlados adecuan su actividad a las normas; de este modo se emite información de referencia como ocurre en el caso de las declaraciones de calidad y la información sobre riesgos tecnológicos y económicos.
- *Autorregulación resolutive*: también consiste en una actividad de control del cumplimiento de normas pero aquí la autorregulación no se orienta a dar información sobre el grado de cumplimiento de las normas sino a resolver un conflicto alrededor de ellas, como ocurre en el caso de los mecanismos arbitrales o de las sanciones disciplinarias<sup>297</sup>.

Estos tres planos de la autorregulación pueden darse en estado puro: los organismos de autorregulación pueden dictar las normas y establecer los procedimientos para el control de su cumplimiento y, en su caso, indicar e imponer las sanciones establecidas por su infracción. Sin embargo, la regulación para la prevención y el castigo del BdeC resulta ser un caso testigo de un proceso más complejo de interpenetración entre normas

---

los casos en que se produce una unificación de criterios que dota a dichas normas de una autoridad incontestable. En estos casos, la norma técnica será criterio de referencia para la Administración Pública para establecer los límites del riesgo permitido o para exigir la incorporación de unas técnicas o métodos a las instalaciones que deban adaptarse a la mejor tecnología disponible así como, en otros casos, será atendida por los tribunales para determinar el deber de cuidado exigible en vistas a determinar responsabilidades. Las *reglas del arte (lex artis)* son los métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en una actividad profesional y en la realización de una prestación. Éstas pueden observarse tanto en la refacción de una caldera como en una operación quirúrgica. En muchos casos no están expresadas por escrito y se conocen entonces recabando la opinión o dictamen de profesionales del sector de que se trate para que manifiesten los métodos y procedimientos generalmente aplicados y reconocidos como idóneos. No hay entonces una actividad previa organizada y procedimentalizada de autorregulación que produzca esta *lex artis*. Las normas técnicas se diferencian de la *lex artis* en que las primeras tienden a asemejarse a las normas jurídicas: se manifiestan por escrito, tienen por ello un enunciado rígido y aspiran a la seguridad y generalidad y suelen referirse a una realidad unitaria que no varía con el contexto (se trata, generalmente, de normas que definen un producto o una tecnología). La *lex artis*, por el contrario, no suele expresarse por escrito y, si así sucede, no opera como un régimen insoslayable sino como una referencia más precisa; así mismo, aparece condicionada por el entorno: no se le exige el mismo proceder al médico en un hospital de primer orden que en ausencia de esos medios. Los *códigos éticos* tienen la pretensión de ofrecer una regulación acabada de la conducta a observar en un radio de acción que viene determinado por una condición personal (la de funcionario, por ej.) o una organización (una empresa). Sigo a ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*, pp. 114-126.

<sup>297</sup> Acerca de las normas autorregulatorias como presupuesto de la imposición de sanciones disciplinarias y administrativas, ver DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.; “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, p. 123 y ss. y p. 137 y ss.

jurídicas y normas autorregulatorias que se manifiesta en algún grado de relevancia jurídica de la autorregulación: la *autorregulación regulada*. Esta interrelación entre heterorregulación y autorregulación puede dar lugar a diversos efectos de la autorregulación que se analizan a continuación<sup>298</sup>.

### cc. La autorregulación regulada (corregulación): la asunción de los poderes públicos de los resultados de la autorregulación

La autorregulación regulada engloba una diversidad de manifestaciones que se sitúan en un punto intermedio entre la regulación pública de carácter tradicional y la autorregulación libre. En efecto, frente a los tipos ideales que representan la regulación pública (heterorregulación jurídica) y la autoorganización social (autorregulación) aparece una alternativa que combina ambas perspectivas y que consiste en una autorregulación controlada e instrumentalizada por el legislador y por la Administración para el logro de fines de interés público: *la consideración pública de la autorregulación (autorregulación regulada) se manifiesta en una actividad reguladora del Estado tendente a instrumentalizar las normas y controles privados poniéndolos al servicio de fines públicos*<sup>299</sup>. Así, por ejemplo, las normas técnicas son normas de carácter privado, pero son los poderes públicos quienes regulan la capacidad y las características organizativas básicas de los sujetos a los que corresponde su aprobación y son también los poderes públicos quienes atribuyen ciertos efectos públicos a dichas normas<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> Así, por ejemplo, las *declaraciones de calidad* tienen como destinatario principal al mercado. Sin embargo, estas declaraciones pueden ser objeto de atención de los poderes públicos, de modo tal que el poder judicial se puede mostrar permeable a ellos, por ejemplo para establecer responsabilidades o, así mismo, el legislador o la administración. Ejemplo de las *informaciones sobre riesgos tecnológicos y económicos* son las ecoauditorías. Estas producen información que no sólo es de interés para la propia instalación y para otros sujetos privados sino también para las administraciones públicas, las que, por ejemplo, llegan a eximir de determinados controles administrativos a las instalaciones que se hayan sometido a ecoauditoría ambiental. Conf. ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*, p. 122 y ss.

<sup>299</sup> Por ello, en el ámbito del análisis de la política pública se habla de acciones de gobierno directas o “indirectas” para referir a acuerdos indirectos o de colaboración con el sector privado para la satisfacción de funciones públicas. DONAHUE, J. D./ZECKHAUSER, R.J.; “Public-Private Collaboration”, pp. 499, 500.

<sup>300</sup> Conf. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.; *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, pp. 75, 83, 84, 332-335. La autora manifiesta que en virtud de la novedad de esta estrategia de regulación puede decirse que el concepto de regulación regulada aún no está definido en todos sus contornos y es, por ello, un concepto que está abierto a posteriores revisiones derivadas de futuros estudios sobre el tema (p. 281).

## dd. Proceso ascendente y descendente

En el proceso *descendente* el Estado incentiva los procesos de autorregulación y, en algunos casos, se emplean medidas coactivas con el objeto de hacer efectiva y fiable la autorregulación, obligando, por ejemplo, a autorregularse bajo la amenaza de sanciones estatales en caso de incumplimiento. En el caso *ascendente* suele ser el mercado quien comienza el proceso de racionalización tomando como referencia de su funcionamiento a dichas pautas emanadas de los entes de autorregulación, mientras que el Estado busca ordenar o unificar criterios, autorizando, por ejemplo, a los entes para el cumplimiento de esas funciones, controlando sus medios y sus procedimientos o estableciendo cualquier otra condición<sup>301</sup>.

Podrá observarse *infra* que la regulación para la prevención del BdeC ha contemplado estos dos procesos. En los primeros años de la implementación de los sistemas de prevención del blanqueo parece haberse adoptado un *régimen ascendente* en el que el Estado pretendía por medio de las regulaciones administrativas unificar criterios en relación con las reglas técnicas de prevención que se originaban en asociaciones de autorregulación o en grupos de expertos; en una segunda etapa se ha ido consolidando un proceso descendente en el que el Estado ha establecido dentro del marco legal que impone a las empresas el deber de contar con un sistema de prevención del BdeC en su organización interna (*Compliance Programs* o Modelos de Organización) cuyo incumplimiento puede acarrear la imposición de sanciones administrativas o penales y que las empresas pueden implementar adecuando los criterios a las particularidades de la organización (gestión del riesgo).

## ee. Los efectos jurídicos de la autorregulación

El efecto de carácter privado más destacado de la autorregulación llevada a cabo por asociaciones empresariales o profesionales es el *efecto rescisorio*, que consiste en rescindir la relación con el miembro de la asociación que incumple las normas por ésta impuestas.

Sin embargo, existen también una serie de efectos jurídicos de la autorregulación que suponen no ya un efecto que sucede en la relación privada entre miembros de una asociación sino en el solapamiento entre el producto de la autorregulación (de carácter privado) y el sistema

---

<sup>301</sup> Todo conf. ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*, pp. 160-2.

jurídico. Desde esta perspectiva resulta interesante el modo y el grado en que el Derecho incorpora en las relaciones jurídicas las normas, declaraciones o resoluciones de sujetos privados.

En todas las manifestaciones de la autorregulación regulada la descarga del Estado no viene acompañada de una relajación de la intervención pública. Por el contrario, en aquellos ámbitos en los que el Estado cumple la función de garante de ciertos bienes sociales –salud, medio ambiente, etc.- la autorregulación regulada es una técnica que permite a los poderes públicos legitimar su actuación utilizando los propios argumentos de legitimación de la sociedad y estructurar las relaciones sociales con una intensidad desconocida históricamente<sup>302</sup>. Este es el efecto de mayor relevancia jurídica que puede tener la autorregulación y por el cual se le otorga pleno reconocimiento jurídico, de modo tal que el Estado la asume como propia.

Siguiendo a ESTEVE PARDO se pueden distinguir los siguientes efectos que puede alcanzar la autorregulación para los poderes públicos, atendiendo a la gradación en la intensidad de los efectos<sup>303</sup>.

- Efectos indiciarios: las referencias de la autorregulación pueden constituir indicios que tengan efecto tanto en procedimientos administrativos sancionatorios, en procesos judiciales o de responsabilidad patrimonial<sup>304</sup>.
- Efectos presuntivos: Un grado más arriba en los efectos jurídicos de la autorregulación se encuentran las presunciones legales producto de algún output de los sujetos privados. Las presunciones legales pueden ser positivas o negativas<sup>305</sup>.
- Efectos periciales: El efecto pericial de la autorregulación se ha advertido en relación con las normas técnicas. Si sabemos que las *normas técnicas*

---

<sup>302</sup> Conf. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.; *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, pp. 395, 396.

<sup>303</sup> Conf. ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*, pp. 127 a 158.

<sup>304</sup> Así, por ejemplo, el sometimiento de una instalación industrial a una ecoauditoría con resultados positivos, es un indicio en su favor si se produce un daño ambiental y se debate la causación del mismo. Un efecto genéricamente indiciario puede producirse con el mero reconocimiento formal de una entidad u organización autorreguladora por el Estado. Pero, en ambos casos, y como con todo indicio, si se aportan pruebas en contrario su eficacia probatoria se desvanece.

<sup>305</sup> Un ejemplo de *presunciones legales* es el caso de la armonización de normas industriales elaboradas por los organismos europeos, que no son vinculantes: si un fabricante recurre a otras soluciones técnicas no se deriva presunción de conformidad con la Directiva europea; le incumbe al fabricante la carga de la prueba de la conformidad de sus productos con las exigencias de la Directiva correspondiente, por el contrario si cumple con las normas industriales se presume que ha cumplido con las Directivas.

no son normas jurídicas se afirma que su descripción más adecuada es entenderlas como *dictámenes periciales anticipados*<sup>306</sup>.

- Efecto integrador: Con este concepto se hace referencia a los casos en que una etapa del procedimiento administrativo se remite a la autorregulación privada. Así, por ejemplo, los productos o métodos que gozan de una determinada acreditación de calidad pueden hacer innecesaria la intervención certificante de la Administración.
- Efectos sustitutorios: En ciertos casos, la autorregulación puede sustituir una completa intervención administrativa. Así, por ejemplo, cuando se establece un régimen de controles periódicos para determinadas actividades autorizadas y se contempla que quedan exentas de este régimen las actividades acogidas al sistema de ecogestión y ecoauditoría de la Unión Europea.

#### **ff. Heterorregulación, autorregulación y corregulación (autorregulación regulada) en la prevención del blanqueo de capitales**

La regulación para la prevención del BdeC atribuye a entidades financieras, notarios, abogados y otros sujetos privados funciones de control y vigilancia, para cuyo cumplimiento deben contar con sistemas de control interno cuya organización se deja librada a los propios sujetos obligados, limitándose el Estado a dictar directrices marco más o menos generales.

Como podrá observarse con más detalle *infra*, tanto en la legislación nacional como en la comparada puede observarse que la autorregulación regulada opera en la prevención del BdeC en dos niveles distintos:

1. Por un lado, los sujetos privados obligados a colaborar en la prevención deben elaborar Programas de Cumplimiento (*Compliance Programs*) para organizar la actividad preventiva en el seno de la organización y asignar los roles que cumple cada integrante de la misma que se analizará *infra* como un caso de prevención situacional.
2. Por otro lado, la autorregulación pretende *crear los incentivos adecuados para que la empresa aplique dichas técnicas, asignando funciones de supervisión y coordinación a asociaciones empresariales o profesionales*. La ley suiza de

---

<sup>306</sup> Por ello, gozan de presunción de validez, la que puede desvanecerse con otro dictamen más fundado o acertado. Si las normas técnicas no fueran provisionales y gozaran de una fuerza y validez incontrastable serían normas jurídicas. Ahora, si existe una única norma técnica europea se transforma entonces en una referencia ineludible e inobjetable.



“Lucha contra el Blanqueo de Capitales en el Sector Financiero”, que entró en vigencia en abril de 1998, impuso a las entidades financieras el deber de crear organizaciones de autorregulación con la función de controlar el cumplimiento de las medidas de prevención en el mercado financiero. Estas organizaciones debían solicitar su reconocimiento así como presentar su reglamento ante el Departamento de Finanzas Suizo. Los intermediarios financieros tenían que asociarse a una de estas organizaciones hasta el 31 de marzo de 2000 o subordinarse directamente al control del Estado<sup>307</sup>. En el mismo sentido, la Directiva Europea 2005/60/CE de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, indica en su artículo 37.5 que los Estados miembro podrán permitir que las funciones de *supervisar y tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los dispuesto en la Directiva por parte de los sujetos obligados a colaborar en la prevención del BdeC, sean realizadas por organismos autorreguladores*<sup>308</sup>. Estas asociaciones deberán disponer de recursos y poseer las competencias adecuadas, incluida la de obligar a aportar cualquier información que tenga relación con la supervisión del cumplimiento y la de realizar controles (art. 37.2). En España el Consejo General del Notariado, fundándose en razones de eficiencia (Análisis Coste-Eficacia), ha creado un Órgano Centralizado de Prevención “*para el reforzamiento, intensificación y canalización en la colaboración del notariado con las autoridades judiciales, policiales y administrativas responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales*” cuya Unidad de Análisis y Comunicación debe mantener actualizado un *Manual de Procedimientos de Prevención* del BdeC para los notarios<sup>309</sup>.

En el caso español se trata en ambos casos de una autorregulación regulada de *carácter descendente y normativo*: el Estado persigue e incentiva que las empresas y asociaciones dicten normas comunes a los miembros (asociaciones) o normas internas (empresas).

---

<sup>307</sup> Conf. CAPUS, N.; “Selbstregulierung als neue Steuerungsmethode der schweizerischen Geldwäschebekämpfung”, p. 114.

<sup>308</sup> Esto se limita a los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios y otros profesionales del Derecho cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente (art. 2 ap. 1.3 a) y b) de la Directiva Europea 2005/60/CE).

<sup>309</sup> Ver la Orden EHA/2963/2005, de 20 de setiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de Blanqueo de Capitales en el Consejo General del Notariado, Exposición de Motivos y arts. 1 y 6.

Una valoración *prima facie* de esta estrategia indica que existen buenas razones para apelar a la autorregulación de los sujetos obligados. Por un lado, y en relación con la organización interna de la empresa, la variedad de los ámbitos regulados (que van desde el sector financiero hasta el notariado), la diferente dimensión de los sujetos obligados a prevenir y la permanente variación de las estrategias de blanqueo que siguen los expertos en esta actividad, multiplican y complejizan el entorno sobre el que debe intervenir el legislador.

Como producto de ello resulta fútil crear un decálogo de operaciones sospechosas que permita a los sujetos obligados guiarse en su búsqueda. Las operaciones que hoy se utilizan para blanquear puede que mañana no sean más que una pieza de museo. Así mismo, resultará ineficiente crear un sistema estándar de control y vigilancia interno para todos los sujetos obligados, en razón de las diferencias existentes en el tamaño y actividad de los mismos (que va desde profesionales independientes a bancos multinacionales).

De este modo, la autorregulación permitiría una adaptación permanente a dicho entorno cambiante sin imponer los costes a la Administración de procesar dicha información. Creo que este estado de situación puede homologarse a los desafíos regulatorios que se viven en la actualidad en relación con el avance de la técnica, ámbitos en los cuáles la autorregulación cumple un papel cada vez más importante.

Por otro lado, la traslación a asociaciones empresariales o profesionales de funciones de control sobre sus miembros puede ser un complemento disuasorio eficiente a la utilización de sanciones penales y administrativas y sus respectivos organismos públicos de persecución.

## **V. El enfoque situacional: la prevención situacional del delito en la empresa**

### **1. Situaciones criminógenas y prevención situacional del delito**

La teoría de la elección racional ha sido utilizada en los estudios sobre la disuasión pero, posiblemente, ha tenido las más importantes implicaciones político-criminales en el área de la prevención situacional del delito, un grupo de técnicas diseñadas para reducir las oportunidades para delinquir<sup>310</sup>. En efecto, si bien la teoría de la elección racional

---

<sup>310</sup> CLARKE, R./CORNISH, D, “Rational Choice”, p. 33.

considera que el delito tenderá a producirse cuando los costes sean inferiores a los beneficios también puede verse en estas tesis, o al menos en algunas de sus modalidades, que la situación concreta en la que se encuentra un individuo le motiva a delinquir<sup>311</sup>: por ende, si las situaciones proveen una explicación de la decisión de delinquir la prevención del delito se orientará entonces a la identificación de dichas situaciones para intervenir en ellas.

La *prevención situacional del delito* nació como idea en la unidad de investigación del delito de la Home Office (agencia británica de prevención del delito)<sup>312</sup> cuando era dirigida por RONALD CLARKE<sup>313</sup>, quien ha definido este grupo de técnicas de prevención como una serie de “*medidas dirigidas a formas delictivas específicas que suponen el control, organización, diseño y manipulación del entorno inmediato, de la forma más sistemática y permanente posible, con el objetivo de reducir las oportunidades para la comisión de delitos e incrementar sus riesgos de acuerdo a la forma en que éstos son percibidos por los infractores*”<sup>314</sup>.

En efecto, la prevención situacional comprende una serie de medidas orientadas a reducir las oportunidades de delinquir que: a) están dirigidas a formas específicas de comisión de cada delito; b) incluyen la gestión, diseño o manipulación del entorno inmediato en la forma más sistemática y permanente posible y c) hacen que cometer el delito se vuelva más difícil y riesgoso o menos premiado o excusable tanto por el infractor como por otras personas<sup>315</sup>.

De lo dicho se desprende que el objeto de estudio de esta política criminal no es tanto el individuo infractor (o no, al menos, directamente)

---

<sup>311</sup> Conf. SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, p. 297. Si se acepta la distinción que proponen White/Heines entre niveles de análisis y explicación criminológica de carácter *individual, situacional y estructural*, pudiendo cada teoría combinar más de un nivel, puede decirse que el enfoque clásico de la elección racional se situaba en el primero (individual) mientras que el neoclásico se aprovecha tanto del nivel individual como del situacional. La clasificación de estos niveles de análisis en WHITE, R./HAINES, F., *Crime and Criminology. An Introduction*, 2ª Ed., Oxford University Press, South Melbourne, 2000, pp. 10-13.

<sup>312</sup> Para más información sobre la Home Office, sus competencias y actividades, ver su página web: <http://www.homeoffice.gov.uk> (visitada el 23 de junio de 2007).

<sup>313</sup> MEDINA ARIZA, J.J., “El control social del delito a través de la prevención situacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 2, 2º Época (Julio 1998), p. 289.

<sup>314</sup> CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention”, en *Crime and Justice: An annual Review of Research*, Vol. 19 (1995), p. 91. También en CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention: Its theoretical Basis and Practical Scope”, en *Crime and Justice: An annual Review of Research*, Vol. 4 (1983), p. 225.

<sup>315</sup> Conf. CLARKE, R.; “Introduction”, p. 4.

sino que su objetivo es la identificación de *situaciones criminógenas*, es decir circunstancias que proveen *oportunidades* para la comisión de delitos, con la finalidad de intervenir sobre ellas, para rediseñarlas de forma tal que dejen de proveer incentivos para la comisión de infracciones<sup>316</sup>. Los teóricos y prácticos de la prevención situacional entienden que así como el proceso de decisión e información varía según los tipos de delito, del mismo modo las técnicas de intervención propuestas deben adecuarse a cada tipo de delito y su eficacia debe evaluarse en cada caso concreto<sup>317</sup>.

Si bien las medidas de prevención situacional se emplearon inicialmente para controlar formas menores de delincuencia juvenil, como el vandalismo, hurto de tiendas o robo con fuerza en las cosas, en los últimos años los diseñadores de estos programas han ido ampliando el tipo de delitos sobre los cuales puede intervenir con estas técnicas, incluyendo los delitos de cuello blanco, como, por ejemplo, la evasión de impuestos<sup>318</sup>.

## 2. Técnicas de prevención situacional

Las técnicas de prevención situacional tienen como finalidad neutralizar situaciones que ofrecen un mayor atractivo al infractor (situaciones criminógenas). El objetivo consiste en identificar aquellos entornos físicos o sociales que ofrecen oportunidades para la comisión de delitos e intervenir sobre ellos. Estas oportunidades pueden tener origen tanto en cambios sociales, en los hábitos de la vida cotidiana o en el avance tecnológico, como en cualquier otra circunstancia del entorno natural o social.

---

<sup>316</sup> Conf. CLARKE, R.; "Situational Crime Prevention", pp. 92, 94.

<sup>317</sup> CLARKE, R.; "Situational Crime Prevention", pp. 98, 121. Sobre la relevancia de la oportunidad para las defraudaciones y los delitos de cuello blanco, FELSON, M./CLARKE, R.; "La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito", Díaz i Pont/Felip i Saborit (Trad.), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional*, Ortiz de Urbina/Ponce Solé (Eds.), Fundación Democracia y Gobierno Local/Diputació de Barcelona, Madrid, 2008, p. 206.

<sup>318</sup> Conf. MEDINA ARIZA, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", p. 305. Así mismo, una mirada más fina a las experiencias relatadas en la bibliografía especializada permite encontrar ejemplos como el de la utilización de control por imágenes sobre pasajeros y equipaje que permitió reducir los secuestros de aviones en la década del 70 del siglo pasado o los controles de migraciones para evitar el ingreso al territorio de personas no deseadas, casos que permiten vincular la práctica de la prevención situacional con casos distintos a los delitos patrimoniales de bagatela o a la delincuencia juvenil. Ejemplos en CLARKE, R.; "Situational Crime Prevention", pp. 113. y en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 542.

Como se ha dicho, estas técnicas de prevención persiguen la reducción de las oportunidades o medios disponibles para cometer el delito, por medio de una modificación del entorno en que éste puede suceder, ya sea aumentando los costes esperados y/o disminuyendo las ganancias esperadas del delito, de modo tal que los beneficios netos disminuyan o dejen de existir.

CLARKE clasifica estas técnicas de prevención en cuatro grupos<sup>319</sup>:

1) *Técnicas orientadas a aumentar el esfuerzo del infractor (real o percibido):*

- *Difícultar el acceso por parte del infractor al objetivo buscado.* En el caso de delitos comunes como el robo o el hurto, se suele hacer referencia a la colocación de candados, cerraduras, cámaras de filmación, etc.
- *Control de Accesos.* Se refiere a la colocación de obstáculos materiales (puertas), personales (porteros) o técnicos (claves o contraseñas para acceder a cuentas bancarias).
- *Control de instrumentos que facilitan cometer la infracción.* Se pretende controlar o impedir que los delincuentes potenciales puedan proveerse de objetos o instrumentos que se utilizan para la comisión de delitos. Un ejemplo clásico es el del acceso a armas para el caso de los robos.

2) *Técnicas orientadas a aumentar el riesgo para el infractor (real o percibido).*

- *Examen y control de entradas y salidas.* Con esta técnica se busca identificar a aquellos que no cumplen los requisitos para acceder o abandonar un espacio. A este fin sirven, por ejemplo, los procedimientos de Aduana e inmigración que pretenden impedir el acceso al territorio nacional de aquellos que no cumplen con los requisitos.
- *Vigilancia formal, videovigilancia y vigilancia por empleados.* Vigilancia formal hace referencia a la presencia de personal de seguridad privada o pública cuya presencia pretende disuadir. Por último, la vigilancia por empleados se refiere a la función supervisora por parte de éstos. Videovigilancia, por su parte, se refiere a la utilización de tecnología para cumplir los fines de vigilancia mencionados.

3) *Técnicas orientadas a reducir la ganancia del delito:*

- *Desplazamiento del objetivo.* Esto ocurre cuando se sustituye el dinero como medio de pago por otros objetos, lo que evita la concentración y manipulación de importantes sumas de dinero en gasolineras, supermercados y otros locales abiertos al público.

---

<sup>319</sup> Sigo a CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention”, pp. 110 y ss.

- *Identificación de la propiedad con signos indelebles.* Éstos alertan sobre el origen de la cosa sustraída de modo tal que o bien facilita su eventual recuperación o se dificulta la reventa en el mercado negro, con la correlativa devaluación del mismo.
- *Eliminación del beneficio.* Se inutiliza el uso o funcionamiento de la cosa sustraída volviéndola poco rentable para el infractor.

#### 4) *Técnicas que pretenden incrementar los costes morales y reputacionales de la conducta delictiva:*

- *Técnicas que pretenden establecer, explicar o clarificar reglas o normas de conducta.* Con estas técnicas se busca evitar la indefinición o ambigüedad normativa característica de algunos contextos. Evitar ambigüedades en las normas que deben cumplir los empleados favorece la atribución individual de responsabilidad y, por ello, aumenta el coste moral y reputacional de dichas conductas infractoras. Así mismo, esta clarificación puede tener un efecto disuasorio al bloquear la posibilidad de que el imputado por un hecho punible pueda ampararse en un error de prohibición con base en la vaguedad o ambigüedad de las normas que complementan el tipo penal o administrativo sancionador. Esta estrategia de intervención ha tomado una destacable relevancia en el ámbito empresarial, donde los códigos de conducta internos pretenden aclarar los deberes de los directivos y empleados en relación con ciertos delitos y evitar que éstos se cometan bajo el amparo de la aparente neutralidad de las conductas (técnicas de neutralización)<sup>320</sup>.

### 3. ¿Quién aplica las técnicas de prevención situacional?

Junto con los medios característicos del control social formal (ley, policía, tribunales, agencias regulatorias) y del control social informal (familia, escuela, normas morales) se suele hacer referencia a una tercera vía de control: las precauciones rutinarias. Por tales se entiende todo tipo de medidas cotidianas que los ciudadanos u organizaciones sociales adoptan para prevenir su propia victimización: la gente cierra sus casas con llave por la noche, los comercios instalan en ocasiones cámaras de

---

<sup>320</sup> Las técnicas de neutralización consisten en “*extensiones no reconocidas de las justificaciones legales, que se presentan bajo la forma de justificaciones para la desviación que son percibidas como válidas por el delincuente pero no por el sistema legal y la sociedad*”. Conf. SYKES, G./MATZA, D.; “Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency”, p. 666. Acerca de la remoción de las técnicas de neutralización vigentes en un cierto entorno como técnica de prevención situacional, CLARKE, R.; “Introduction”, pp. 4, 16, 17, 23, 24. Así, tal como se verá en el análisis de la aplicación de las normas de prevención del blanqueo al ámbito empresarial, dificultar que operen técnicas de neutralización puede ser una técnica eficaz de reducción de oportunidades para cometer delitos.

videovigilancia, los dueños de automóviles impiden el robo de éstos por medio de instrumentos que impiden mover el volante de aquéllos, etc. Algunos autores entienden que, ante la menor eficacia de los métodos de control formal e informal, las precauciones rutinarias irán adquiriendo una función cada vez más importante en la prevención del delito<sup>321</sup>.

En efecto, hacia mediados de los años 90 RONALD CLARKE decía: “(...) hasta el momento la mayor parte de la prevención situacional fue desarrollada en el sector público y la discusión sobre las dificultades de implementación se han centrado en las vías para lograr la necesaria coordinación entre agencias gubernamentales locales”. Y agregaba: “(...) pero actualmente se comienza a reconocer que mucha de la acción preventiva sólo puede ser llevada a cabo por el sector privado”<sup>322</sup>.

Desde los años noventa, cuando se comienza a integrar las precauciones rutinarias como un método de prevención del delito, se han producido importantes cambios en relación con éstas. De los ejemplos explicados se puede deducir que las precauciones rutinarias tenían como objetivo la autoprotección (quien tomaba las precauciones lo hacía para evitar su propia victimización) y tenían carácter puramente voluntario (el Estado no obligaba a tomar estas medidas).

Pues bien, de este modelo de *autoprotección voluntaria* se ha pasado a otro de *heteroprotección obligatoria*, en el cual el Estado impone a sujetos privados el deber de gestionar su ámbito de organización de modo tal que éste no provea oportunidades para que se cause un daño a terceros. FELSON/CLARKE han llegado a establecer una serie de principios en relación con el papel de los ciudadanos y las organizaciones sociales en la prevención del delito que evidencian esta tendencia: a) cada persona y organización tiene el deber cívico de adoptar medidas cotidianas de precaución contra el delito para reducir las tentaciones, b) todo negocio y organización tiene el deber moral y jurídico de proteger del delito al público y sus empleados y asociados cuando se encuentren utilizando sus servicios o instalaciones, y c) toda empresa o constructor tiene el deber cívico, y en ocasiones jurídico, de reducir las oportunidades criminales proporcionadas por sus bienes y servicios<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> Conf. MEDINA ARIZA, J.J., “El control social del delito a través de la prevención situacional”, p. 299. Para una consideración de las precauciones rutinarias desde la perspectiva del AED, ver COOTER, R/ULEN, T.; *Law and Economics*, pp. 475, 477.

<sup>322</sup> CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention”, pp. 135, 136.

<sup>323</sup> Conf. MEDINA ARIZA, J.J., “El control social del delito a través de la prevención situacional”, p. 301.

GARLAND denomina “*estrategia de responsabilización*” a este “(...) *intento de extender el alcance de las agencias estatales vinculándolas con prácticas de actores en el ‘sector privado’ y en ‘la comunidad’ (...)*”<sup>324</sup> y que parece, progresivamente, irse transformando en piedra angular de la política criminal<sup>325</sup>. De este modo, explica, en lugar de enfrentarse al delito de forma directa por medio de los instrumentos tradicionales (policía, tribunales y prisiones) se promueve una estrategia de acción indirecta en el que las agencias estatales generan acciones por parte de organizaciones y actores no estatales.

Esta estrategia de responsabilización permite edificar una “*red de control del delito*”, en donde la tarea del Estado no consiste en ordenar y controlar sino, más bien, en persuadir y organizar a otros actores para que realicen dichas funciones. Se habla así, de una forma de “*gobierno a distancia*” que introduce en la política criminal principios y técnicas de gobierno vigentes en otras áreas de las políticas públicas<sup>326</sup>.

En el caso de los delitos comunes se hace referencia a la “*asociación*” y a la “*ciudadanía activa*”, de modo tal que todos (ciudadanos, vecinos, comunidad, comerciantes, etc.) deben cooperar en la prevención del delito<sup>327</sup>. La traslación de este fenómeno a la prevención de delitos de empresa o económicos requiere cierta sofisticación de los mecanismos de cooperación entre el Estado y el sector privado y conlleva la aplicación de instrumentos de autorregulación más complejos.

---

<sup>324</sup> GARLAND, D.; *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Sozzo (Trad.), Gedisa, Barcelona, 2005, p. 211. También refiere a este fenómeno, pero centrándose en la autoprotección de las víctimas potenciales, ROSE, N.; “Government and Control”, en *Criminology and Social Theory*, Garland/Sparks (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 191, 192.

<sup>325</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.; “Hacia el Derecho Penal del ‘Estado de Prevención’. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal”, en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 322.

<sup>326</sup> GARLAND, D.; *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, pp. 211, 214 y 216. Paul Hirst también hace referencia a una “*compleja red de control*” (*complex web of control*), pero refiriéndose a las regulaciones estatales y sus órganos de control: “*La intervención de un gran número de inspectores públicos, trabajadores sociales, agencias medioambientales y reguladores financieros produce una compleja red de control que busca hacer cumplir un cuerpo de normas en permanente crecimiento de forma exhaustiva y consistente*”. HIRST, P., “Statism, Pluralism, and Social Control”, en *Criminology and Social Theory*, Garland/Sparks (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 128.

<sup>327</sup> Conf. SHAPLAND, J.; “Country Reports – England and Wales”, p. 77.



#### 4. La prevención situacional en la empresa

Los magros efectos disuasorios del Derecho penal en el ámbito de los delitos económicos, así como el hecho de que éstos causan daños muy graves y riesgos extendidos para la sociedad en general, han sido causa de un debate acerca de la necesidad de complementar la disuasión penal con otros instrumentos jurídicos preventivos<sup>328</sup>, proveyendo, por ello, de un terreno fecundo para el análisis situacional.

En efecto, si bien los estudios tradicionales de prevención situacional se han orientado a delitos comunes, desde el punto de vista analítico nada empuja a que se traslade el objeto de estudio desde estos delitos y sus entornos físicos hacia los delitos de empresa y los entornos organizacionales que proveen oportunidades. Se tratará, entonces, de que la actividad empresarial o profesional se desarrolle de modo tal que no provea oportunidades para la comisión de delitos o que, al menos, minimice el riesgo de que ello ocurra<sup>329</sup>.

El “lugar” en este caso no será la calle o el barrio sino la organización empresarial, que es donde deberán aplicarse las técnicas de prevención situacional. Los “guardianes” a quienes se atribuye funciones de control se distribuirán tanto en la organización interna de la empresa, y en el

---

<sup>328</sup> SCHÜNEMANN, B.; “Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität“, p. 629-31. Sobre la lesividad de los delitos económicos y del crimen organizado, ALBRECHT, H.J.; “Synthesis Report”, p. 18.

<sup>329</sup> En efecto, se entiende que la actividad empresarial provee oportunidades para la comisión de conductas ilícitas o desviadas (de las que pueden ser víctimas tanto la propia empresa como terceros); conf. CHALLINGER, D.; “Will Crime Prevention Ever Be a Business Priority?”, en *Business and Crime Prevention*, Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, p. 37. Sobre la reducción de oportunidades en los delitos económicos, LEPPÄ, S.; “Country Reports – Finland”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun: Ed. Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102), p. 109. Lehtola/Paksula han desarrollado una investigación en la que concluyen que los delitos económicos pueden prevenirse más eficazmente aplicando una estrategia de prevención situacional, por ejemplo, aumentando la transparencia de la actividad empresarial, disminuyendo las oportunidades delictivas y tomando una perspectiva más amplia del control con medidas menos intensas que las del Derecho penal. Cit. en LEPPÄ, S.; “Country Reports – Finland”, pp. 112-113. En la perspectiva preventiva el sector privado tiene un enorme potencial para una sinergia creativa entre los modernos principios de gestión empresarial y la prevención del delito. Así mismo, puede evitarse la utilización de medidas punitivas a la vez que la experiencia del sector privado puede ayudar a calcular los costes directos e indirectos del delito. Conf. FELSON, M./CLARKE, R.; “Business and Crime”, en *Business and Crime Prevention*, Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, pp. 5, 6.

marco de sus actividades rutinarias, como en los controles o auditorías externas de la misma<sup>330</sup>.

El estado de situación actual en relación con las medidas preventivas en el Derecho penal económico parecen ilustrar con claridad esta tendencia, a saber: a) una progresiva anticipación de la intervención jurídica en los ámbitos de organización de los sujetos privados, b) la imposición de deberes de colaboración a profesionales y empresas y c) la idea de gestión del riesgo (*risk management*) como orientadora de la actividad.

En relación con lo primero (a), el Derecho penal económico, en general, y el Derecho penal de la empresa, en particular, se centran en las nociones de prevención y anticipación máxima. Así, por ejemplo, la autorización para actuar en el mercado y la inspección cumplen un rol significativo al momento de evitar el nacimiento de riesgos delictivos<sup>331</sup>.

Se establece así un control permanente sobre actividades lícitas pero peligrosas, las cuales al mismo tiempo que son consideradas fuente de bienestar social y son, por ende, incentivadas, son también fuentes potenciales de daño a la sociedad. El daño no sólo puede originarse en la propia actividad empresarial (por ejemplo, daño al medio ambiente causado por residuos originados en la propia actividad empresarial), sino que, también, se atribuye a la empresa el control de la conducta de terceros (clientes o empleados de la empresa) que pueden utilizar las oportunidades que provee el entorno organizacional de la misma para cometer delitos (por ejemplo, el individuo que pretende blanquear dinero en una entidad financiera).

De este modo, y en segundo lugar (b), se atribuyen a la empresa funciones de control tanto de la actividad de los miembros de la organización como de la actividad de terceros, imponiéndole deberes de colaboración en la prevención y transformándola en custodio de bienes jurídicos frente a fuentes de peligro que no se originan directamente en su

---

<sup>330</sup> ALVESALO, A./TOMBS, S./VIRTA, E./WHYTE, D.; "Re-imagining crime prevention: Controlling corporate crime?", en *Crime, Law & Social Change* N° 45 (2006), pp. 3-9. Así, Felson afirma que la prevención del delito puede orientarse a reducir las oportunidades para delinquir por medio del "diseño de personas", del "diseño de lugares" y del "diseño de objetos": en particular el diseño de personas (*designing people*) consiste en el diseño de sistemas de gestión de empresas orientados a la reducción del delito; conf. FELSON, M.; "Technology, Business, and Crime", en *Business and Crime Prevention*, Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, p. 90.

<sup>331</sup> Todo conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; "Hacia el Derecho Penal del 'Estado de Prevención'. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal", p. 310.

actividad. Además, no sólo se trata de prevenir conductas dolosas sino también aquellas que pueden clasificarse como imprudentes: así, las entidades financieras deben evitar que tanto miembros de la organización (empleados, funcionarios) como terceros ajenos a ella (clientes, básicamente) aprovechen dolosamente las oportunidades que provee la organización para blanquear dinero, y también, al mismo tiempo, deben evitar que dicha actividad pueda realizarse en la organización de forma imprudente (por ejemplo, capacitando a los empleados)<sup>332</sup>.

Por último este adelantamiento de la intervención jurídica resulta típico en ámbitos de lo que se ha caracterizado como de “gestión de riesgos” (c). El concepto “riesgo” no refiere a cualquier peligro, sino que se reserva para fuentes de daño potencial *originados en la actividad humana* (como contraparte, “peligro” se reserva para las fuentes que tienen origen en la naturaleza), de *grandes dimensiones* al amenazar a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas. Se trata de *consecuencias accesorias o secundarias del proceso de desarrollo tecnológico*, es decir de actividades que tienen como finalidad un aumento del bienestar social. Gestionar el riesgo significa, en primer lugar, asumir que es imposible neutralizar y eliminar todos los riesgos. Así mismo, supone definir *qué*

---

<sup>332</sup> Como consecuencia de ello se produce una intervención legal en los respectivos ámbitos en que se generan estas fuentes de riesgos que moldean una estrategia signada por un progresivo alejamiento del daño a los objetos protegidos por bienes jurídicos. Este alejamiento del daño figura cuatro fases de intervención que se alejan del daño concreto: 1) En la primera, la más cercana a los daños sobre dichos objetos, se pretende la evitación de la lesión de un interés personal o patrimonial, lo que da lugar a la tipificación de conductas lesivas, concreta o, inclusive, abstractamente peligrosas para dichos bienes. Este es el ámbito ocupado por la progresiva expansión del Derecho penal; 2) En la segunda se caracteriza el entorno típico de tales conductas mediante la descripción de contextos en los que se podrían producir los comportamientos lesivos del párrafo anterior. Aquí aparecen los bienes colectivos y la protección por medio del Derecho administrativo sancionador y, también, de modo creciente, por el Derecho penal; 3) En la tercera fase, se establecen “indicadores” o indicios que permiten identificar situaciones de riesgo para los mencionados contextos, ya sea por una acción aislada o por una acumulación de ellas. Estos indicadores suelen ser definidos por la regulación administrativa y operan como presupuestos de la aplicación de sanciones administrativas. En estos casos no nos encontramos frente a peligros reales (abstractos o concretos) sino frente a peligros presuntos o formales, cuya infracción da lugar a procedimientos administrativo-sancionadores de infracciones formales; 4) En la cuarta fase, aun cuando no exista sospecha concreta alguna sobre la concurrencia de los indicadores de riesgo, se puede iniciar el procedimiento administrativo de inspección. Los sujetos obligados son auditados en la mayoría de los casos por entidades públicas y/o privadas que verifican el cumplimiento de los deberes de control y la aplicación de las técnicas de prevención situacional. Todo conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; “Hacia el Derecho Penal del ‘Estado de Prevención’. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal”, pp. 315-16.

riesgos asumir y cómo se gestionan aquellos y de qué modo se distribuyen los costes<sup>333</sup>.

Este modelo de gestión del riesgo se ha trasladado desde la gestión de riesgos catastróficos a otros delitos que si bien no causan dichos resultados sí pueden tener efectos graves. La Directiva Europea 2005/60/CE de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo articula también la prevención del BdeC alrededor de las ideas de responsabilización del sector privado en la prevención y de gestión del riesgo<sup>334</sup>.

---

<sup>333</sup> Conf. MENDOZA BUERGO, B.; “Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”, en *Derecho Penal y Justicia Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Díaz-Maroto y Villarejo (Ed.), Colex, Madrid, 2006, pp. 353 y 355. Sobre la gestión del riesgo como un elemento central de la regulación en la sociedad contemporánea, BRAITHWAITE, J., “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, p. 55. Crítico ROSE, N.; “Government and Control”, pp. 197-198.

<sup>334</sup> El Considerando 47 de la Directiva dice: “En el ejercicio de sus competencias de ejecución de conformidad con la presente Directiva, la Comisión debe respetar los siguientes principios: la necesidad de elevados niveles de transparencia y de consulta con las entidades y personas a las que se aplica la Directiva y con el Parlamento Europeo y el Consejo; la necesidad de asegurarse de que las autoridades competentes serán capaces de hacer cumplir las normas de forma sistemática; el equilibrio entre costes y beneficios para estas entidades y personas, a largo plazo, de todas las medidas de ejecución; la necesidad de conservar la flexibilidad necesaria en la aplicación de las medidas de ejecución siguiendo un planteamiento basado en el riesgo”. Así mismo, los sujetos obligados también deberán gestionar las medidas de prevención que implementan de acuerdo a una evaluación de riesgos, ya que dice el art. 34.1: “Los Estados miembros exigirán que las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva establezcan políticas y procedimientos adecuados y apropiados en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación de riesgos, gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación con vistas a prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo” (el subrayado es mío).

Otro ejemplo claro de este tipo de regulación preventiva es la *Ley de Juegos de Azar y Casinos* de Bélgica que reguló la actividad como parte de una estrategia contra el crimen organizado y el BdeC, pero también contra otros efectos no deseados del juego, como el fraude fiscal y la adicción al juego, imponiendo restricciones en la obtención de licencias, obligando a que se investigue la integridad de las personas jurídicas y físicas y los recursos vinculados, obligando a examinar cuidadosamente al staff del Casino e imponiendo el deber de que los equipos de juego sean examinados antes de ser puestos en el mercado. FIJNAUT, C./VAN DAELE, D./GOOSSENS, F./VAN DYCK, S.; “Country Reports - Belgium”, p. 48.

## 5. ¿Es eficiente la gestión privada de la prevención situacional?

A priori, y de acuerdo con lo expresado, existen buenas razones para implementar técnicas de prevención situacional del delito. Sin embargo, tanto la decisión de si se deben implementar dichas técnicas, como la de qué alcance deben tener y la de cuáles deben ser los instrumentos jurídicos a utilizar para incentivar las actividades privadas de control dependerán de una evaluación de costes y beneficios<sup>335</sup>.

Los estudios realizados en el ámbito de la prevención permiten afirmar *prima facie* que las actividades y medidas preventivas no penales proveen una mejor relación coste-beneficio que las medidas preventivas basadas en la utilización del Derecho penal, logrando un balance entre riesgos y prevención de riesgos. Para la elaboración de esta ratio debe considerarse, como ya se ha dicho, dos tipos de costes asociados con el riesgo delictivo: a) los costes de los riesgos en sí mismos (que pueden evidentemente transformarse en daños), b) los costes de evitar dichos riesgos (costes de prevención): en esto deben incluirse tanto los costes directos (policía, jueces, control de las regulaciones administrativas o de otro tipo, etc.) así como costes indirectos u otros riesgos creados por la legislación preventiva<sup>336</sup>.

Así mismo, la protección de derechos también apoya la estrategia de adelantamiento de la intervención: resulta eficiente investigar las posibilidades de utilizar la prevención en lugar de sanciones penales como un método para prevenir los delitos graves en la prevención secundaria o situacional, ya que al trasladarse al ámbito de las sanciones penales –sobre todo en la pena de prisión- aumenta el riesgo de afectar derechos fundamentales<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> Así Ronald Clarke afirma que “no hay duda que el análisis económico de los costes y beneficios de la prevención del delito sería de mucho valor al momento de asistir al gobierno para encontrar las mejores formas –ya sea por medio de incentivos impositivos, publicidad y persuasión, o estándares de seguridad impuestos por la ley- para alentar actividades de prevención en el sector privado”. CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention”, p. 138.

<sup>336</sup> ALBRECHT, H.J.; “Synthesis Report”, p. 6.

<sup>337</sup> ALBRECHT, H.J.; “Synthesis Report”, p. 4. La idea central es la que fuera expresada en el *Plan de Acción para Combatir el Crimen Organizado* de la Unión Europea (1997): “la prevención no es menos importante que la represión en cualquier aproximación integrada al crimen organizado”. Conf. KRUIZE, P.; “Country Reports - Denmark”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102), p. 57. Como ya se ha dicho, el ACB contempla una evaluación amplia de las consecuencias que incluye, entre éstas, la afectación de derechos, conf. SEN, A.; “The Discipline of Cost-Benefit Analysis”, p. 936.

Sin embargo, el aCB así como el Análisis Coste-Eficacia deberán llevarse a cabo en cada tipo de delito en concreto. Existen técnicas de prevención situacional que pueden ser eficientes frente a ciertos fenómenos delictivos e ineficientes frente a otros.

## **VI. Sumario y orientación**

En este capítulo he presentado los instrumentos teóricos para llevar a cabo el Análisis Económico de la Política Criminal y sentado las bases para su aplicación al fenómeno del BdeC así como a su prevención y castigo considerando los costes derivados de la actividad de blanqueo y de los instrumentos públicos y privados de prevención.

Para ello he comenzado explicando las particularidades del análisis positivo en los delitos económicos, destacando que en este ámbito el supuesto de racionalidad de los individuos resulta mucho más plausible que en otros ámbitos, despejando así ciertas objeciones que podrían pesar sobre los presupuestos metodológicos. Así mismo, y partiendo del supuesto conductual de racionalidad, presenté un modelo de análisis de la conducta de los infractores denominado “propiedades que estructuran la elección”, que se fue desarrollado particularmente en el ámbito de la criminología anglosajona para analizar las conductas delictivas.

En relación con el análisis normativo de la política criminal, he analizado las distintas alternativas de intervención con que cuenta el Estado para incentivar a ciudadanos y empresas a controlar sus ámbitos de organización. He considerado que pueden aplicarse tanto estrategias restrictivas del conjunto de oportunidad, como la derogación o modificación de institutos jurídicos que tienen efectos criminógenos o que son utilizados como instrumento para cometer delitos, así como estrategias que modifican los resultados de las oportunidades en la función de utilidad del infractor, entre las cuales he analizado aquellas que privan al infractor de los beneficios esperados del delito y aquellas que aumentan los costes esperados de la misma.

Mientras el concepto de oportunidad en el punto anterior se refería a oportunidades que provee el entorno legal (verbigracia, una regulación permisiva con el secreto bancario) analicé luego la cuestión de las oportunidades para la comisión de delitos que proveen las organizaciones empresariales y me centré en la prevención situacional del delito como una estrategia para identificar dichas oportunidades y diseñar un entorno

organizacional que opere sobre ellas. Luego distinguí entre la gestión pública y la gestión privada de la prevención situacional que denominé “responsabilización”.

Podrá observarse que, partiendo de la regla general aplicable a los delitos económicos, propongo que *prima facie* debe considerarse que resulta eficiente (Análisis Coste-Eficacia) que la prevención del BdeC no se limite a la prevención a través de la represión penal y la regulación administrativa sino que ésta se complemente con técnicas preventivas de tipo situacional que implican una interrelación de aquellos instrumentos de regulación legal con instrumentos autorregulatorios.

## **Conclusiones de la Primera Parte**

1. En el Capítulo I he presentado el AED como una aproximación al análisis del Derecho que contempla a éste como un sistema de incentivos positivos y negativos que inducen a los individuos a comportarse de una u otra forma. Así mismo, las consecuencias de dichos comportamientos suelen ser evaluadas conforme al discutido criterio del bienestar social global (efecto eficiencia en sentido normativo-ético) o al criterio del Análisis Coste-Eficacia (eficiencia en sentido normativo-técnico) y, en ocasiones, conforme a la distribución del mismo entre los distintos grupos e individuos (efecto distributivo o de equidad).
2. El primer nivel de análisis en el que opera un analista económico del Derecho es el *positivo*. El *análisis positivo* se desarrolla con base en dos premisas básicas: 1) Los individuos son racionales y tratan de maximizar su bienestar. Esta hipótesis de maximización y racionalidad del comportamiento significa capacidad para ordenar sus preferencias y para optar por la que más les satisfaga; 2) las normas legales operan imponiendo incentivos a las actividades de los individuos, de modo tal que alteran los resultados esperados vinculados a acciones individuales alternativas y, por ello, la cantidad y carácter de la actividad. Estas dos premisas permiten *explicar y predecir* las conductas humanas.
3. Luego se han descrito los criterios más controvertidos de valoración de las consecuencias de dichas conductas: la eficiencia en sentido paretiano, en sentido Kaldor-Hicks y en sentido instrumental. Así mismo, se explicó que el ACB en el ámbito de las políticas públicas tiene como función *comparar los beneficios sociales con los costes sociales, entendiendo el beneficio social como el conjunto de todos los efectos socialmente deseables que se deriven de la decisión pública*. El resultado de restar los costes sociales de los beneficios sociales es el *beneficio social neto* de una política pública. Los principios básicos comunes en los que coinciden todos aquellos que consideran el Análisis Coste-Beneficio (ACB) como un instrumento adecuado para el análisis de políticas públicas son: valoración explícita, amplia evaluación de las consecuencias y contabilidad por adición. Así mismo, se indicó que el ACB es compatible con restricciones ético-normativas que pueden traducirse en la exclusión de ciertas preferencias de la ponderación de costes y beneficios o en la imposición de límites deontológicos a ciertas decisiones públicas.
4. El Análisis Institucional Comparado (AIC), que como se verá resulta un instrumento fundamental en el estudio del BdeC que se propone, consiste en un método de análisis tanto positivo como normativo para



evaluar el proceso de toma de decisiones legales a partir de una evaluación comparada de los efectos que tiene diseños institucionales alternativos sobre el bienestar u otros fines sociales legítimos conforme el *paradigma estructura-conducta-rendimiento (performance)*.

5. En el Capítulo II he aplicado los presupuestos teórico del AED positivo y normativo al Derecho penal, para mostrar de qué modo este subsistema jurídico provee a la evitación de conductas que causan daño social y bajo qué condiciones resulta eficiente su utilización.

6. Una persona comete un delito porque los beneficios esperados del mismo exceden los costes esperados. Este es el supuesto desde el cual opera el *análisis positivo del Derecho penal*. El Derecho penal se vale, para desincentivar conductas, de la imposición de sanciones jurídicas negativas, de modo tal que los sujetos deban considerar entre los costes esperados de su acción los que provienen de la pena amenazada. Este coste esperado es igual a la gravedad de la pena multiplicada por la tasa de probabilidad de su imposición. Pero, como se ha explicado, no sólo debe tenerse en cuenta la utilidad esperada de la actividad delictiva en sí, sino de otras actividades que podrían realizarse en lugar de aquélla. En efecto, aun cuando los beneficios esperados de una actividad delictiva sean mayores que los costes esperados, esta persona cometerá el delito sólo si la utilidad esperada por él de la conducta delictiva excede la utilidad que pueda obtener utilizando su tiempo y otros recursos en otras actividades (legales o ilegales).

7. Si bien se ha partido desde el enfoque de la economía neoclásica también se han analizado las teorías criminológicas neoclásicas que, en consonancia con el Análisis Económico-Conductual del Derecho (*Behavioral Law & Economics*), se han diferenciado parcialmente de las versiones económicas en la concepción de la racionalidad de los individuos para considerar que resulta más realista considerar que los infractores poseen una racionalidad limitada y que, por ende, a pesar de ponderar costes y beneficios al momento de decidir cometer un delito esta ponderación se encuentra limitada por el acceso a la información y otras restricciones que pueden llevar a cometer errores y, por ello, terminar en la detención y condena del infractor. Así mismo, siguiendo a la criminología neoclásica y a la corriente de estudios denominados *Law & Social Norms*, he considerado como costes esperados aquellos derivados del autorreproche (coste moral) y de la censura de los otros (costes reputacionales).

8. Por otra parte, al momento de considerar el *análisis normativo* del Derecho Penal se ha hecho referencia a los *costes y beneficios sociales* de la imposición de pena. El ACB se traduce en un método para formular una medida del daño social producto de los delitos y encontrar aquel gasto en recursos y pena que minimice el coste social del delito: es decir, se debe encontrar la *sanción óptima*. Pero, así mismo, una vez establecida la sanción óptima en el sentido normativo-ético queda aún definir qué forma de sanción puede permitir lograr los fines deseados de forma más eficiente en el sentido normativo-técnico para lo que se han analizado cuatro variables que resultan relevantes a este fin: la disyuntiva acerca de si se debe aumentar la severidad de la pena o su probabilidad de imposición, la cuestión de qué tipo de sanción resulta más eficiente, la denominada “disuasión marginal” así como el fenómeno del “descuento del futuro”.

9. En el Capítulo III he explicado las particularidades del análisis positivo en el ámbito de los delitos económicos, destacando que en este contexto el supuesto de racionalidad de los individuos resulta mucho más plausible que en otros, despejándose así ciertas objeciones que podrían pesar sobre los presupuestos metodológicos. Por ello, a los efectos del presente trabajo, excepto que lo aclare expresamente, *partiré del supuesto de individuos informados que conocen los costes, beneficios y probabilidades asociados con el delito y que son neutrales frente al riesgo*.

10. En relación con el análisis normativo de la política criminal, he analizado las distintas alternativas de intervención con que cuenta el Estado para incentivar a ciudadanos y empresas a controlar sus ámbitos de organización. He considerado que pueden aplicarse tanto estrategias restrictivas del conjunto de oportunidad, como la derogación o modificación de institutos jurídicos que tienen efectos criminógenos o que son utilizados como instrumento para cometer delitos así como estrategias que modifican los resultados de las oportunidades en la función de utilidad de infractor, entre las cuales he analizado aquellas que privan al infractor de los beneficios esperados del delito y aquellas que aumentan los costes esperados de la misma. En efecto, el Estado puede intervenir de forma directa por medio de agencias estatales (policía, fiscalía, etc.) o responsabilizar a agentes del sector privado para que colaboren en la prevención del delito (intervención indirecta). Así mismo, para analizar el método con el que se elaboran los deberes de colaboración de dichos agentes, se han analizado las estrategias heterorregulatorias y autorregulatorias y la posible combinación entre ambas que da lugar a la, así denominada, “autorregulación regulada” (corregulación).

11. Al considerarse la política criminal como una especie de política pública he considerado necesario explicitar los criterios para valorar las distintas alternativas de intervención entre las que tiene un lugar privilegiado el ACB y el Análisis Coste-Eficacia. En lo que sigue del presente trabajo se aplicarán estos dos criterios para llevar a cabo el análisis normativo que permita dilucidar tanto los costes y beneficios sociales del BdeC como las estrategias eficientes de prevención de dicha actividad.



## **Segunda Parte**

### **Análisis Coste-Beneficio del Blanqueo de Capitales: Lesividad Social y Beneficios Sociales**



## Introducción

Esta Segunda Parte del trabajo se estructura en torno a dos capítulos. El capítulo I tiene como finalidad definir el objeto de estudio al que se aplicará la perspectiva teórica del AED ya perfilada en la Parte Primera. Para ello, se discutirá la definición criminológica del BdeC, algunas de sus características más destacadas como son la internacionalización de los procesos de blanqueo y la profesionalización de los expertos en esta actividad, y se analizarán algunas técnicas de blanqueo recogidas en la literatura. Con este apartado se pretende distinguir de la forma más clara posible los alcances y límites del fenómeno que será analizado con posterioridad.

El capítulo II constituye el primer análisis de aplicación de los términos teóricos del AED al objeto de estudio delimitado en el precedente capítulo I: la finalidad que se persigue aquí es llevar a cabo una evaluación de los costes y beneficios sociales asociados con la actividad de blanqueo. El *Análisis Institucional Comparado* (AIC) se utiliza aquí como instrumento teórico para llevar a cabo un análisis positivo de los diferentes incentivos que proveen tres entornos institucionales diferentes: la legalización del blanqueo, la prohibición parcial y la prohibición total. Con ello se pretende que, luego, al evaluar los efectos de cada uno de estos entornos legales, se puedan discriminar los efectos lesivos del BdeC de aquellos que son, en realidad, efectos no deseados de la regulación orientada a la prevención del blanqueo e, incluso, de aquellos efectos lesivos de los que se carece de toda verificación empírica. En efecto, en mi opinión los debates académicos no han llevado a cabo adecuadamente esta distinción, lo que sumado a la utilización de un lenguaje apocalíptico respecto de la lesividad del blanqueo, fundado tal vez en la necesidad de algunos organismos internacionales de justificar la intervención regulatoria, ha oscurecido los términos del debate. Así mismo, se analizan los beneficios sociales del blanqueo que algunas sociedades (como los paraísos fiscales) pretenden usufructuar y la legitimidad o ilegitimidad de dicha decisión pública. Por último, se analizan de forma crítica las posturas de tres académicos que han mostrado divergencias con la regulación nacional e internacional vigente (que promueve la prohibición total del blanqueo): MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ y PETER ALLDRIDGE. El objetivo de este análisis consiste básicamente en utilizar sus argumentos como objeto de confrontación para terminar de perfilar mi posición respecto de la conveniencia de prohibir o legalizar el blanqueo y, así mismo, de la perspectiva político-criminal de prevención y castigo del BdeC que se propondrá en la Parte Tercera.

# Capítulo I

## El Blanqueo de Capitales: Concepto y Técnicas

### I. Introducción

En este capítulo se pretende identificar el objeto de estudio del presente trabajo de investigación proveyendo una definición de BdeC y procediendo a un análisis de las características más destacables que presenta en la actualidad. Así mismo, se analizarán algunas técnicas de blanqueo que resultan características en la literatura sobre este tema, siempre teniendo en cuenta que la necesidad de adaptación de los blanqueadores a los cambios en el entorno institucional y en el cumplimiento de las normas implican una permanente actualización en el estudio de aquéllas.

### II. Definición Criminológica de BdeC

#### 1. Introducción

Una estrategia para elaborar el significado de un concepto consiste en dilucidar los elementos comunes que presentan aquellos fenómenos que pretenden ser denotados por aquél y, desde allí, por vía inductiva, elaborar el significado del concepto identificando estos elementos caracterizantes, es decir aquello que el concepto connota, su intensión.

Esta estrategia es la que han seguido varias de las investigaciones teóricas en el ámbito del BdeC en los años 90. Ésta consistía en describir la realidad criminológica de esta actividad para, luego, identificar las particularidades comunes que presentaban estas prácticas y proveerlas de un denominador común. Esta estrategia de construcción conceptual encontraba su sentido en la falta de consenso teórico, legislativo y jurisprudencial previo que permitieran contar con un marco de referencia común.

La situación de la que parto es distinta. En la actualidad existe una precomprensión del fenómeno, producto de ciertos consensos y disensos claramente establecidos. La legislación actual ha consolidado cierto uso del concepto y las divergencias que la doctrina presentaba algunos años atrás no parecen hoy tan relevantes. Por ello, el método que seguiré no



será reconstructivo sino designativo: este método consiste en la enumeración de las características que la entidad debe poseer para que se lo nombre con la palabra definida<sup>338</sup>.

De todos modos, debo distinguir la **definición criminológica** de BdeC que pretendo abordar en este capítulo de la **definición legal** que se halla tanto en la legislación penal del artículo 301 del CP como en la legislación administrativa orientada a la prevención del BdeC. La definición legal puede aparecer más restringida en razón del mandato de taxatividad impuesto por el principio de legalidad y refleja posiciones particulares del legislador que pueden limitar el sentido que adquiere el concepto en un contexto criminológico. Así, por ejemplo, el art. 301 del CP español restringía antes de la reforma de noviembre de 2003 la aplicación del tipo penal a los casos en que los bienes provenían de delitos graves y el § 261 del StGB limita la aplicación del tipo a los bienes que provengan de una serie de delitos allí reglados, mientras que desde la perspectiva criminológica podría decirse que esas delimitaciones reflejan sólo un aspecto del fenómeno. Pero, así mismo, algunas legislaciones comparadas, como las propuestas en algunas normas de Derecho internacional, identifican como BdeC conductas que pueden exceder el sentido criminológico del blanqueo denotando conductas que pueden estar dirigidas tanto al blanqueo como al diverso fenómeno de la financiación de actividades ilícitas: este es el caso del tipo penal de posesión de bienes de origen ilícito<sup>339</sup> cuya interpretación literal no solo permite sancionar la conducta

---

<sup>338</sup> Se pueden proponer distintos métodos para definir una palabra. Seguiré el *método designativo* que consiste en la enumeración de las características que la entidad debe poseer para que se lo nombre con la palabra definida. Es claro que el *método designativo* presupone el conocimiento de las palabras que se utilizan para designar los elementos caracterizantes de lo definido. Bacqué menciona además otros dos métodos: “por sinonimia”, y “denotativo”. El *método de la sinonimia* consiste en indicar que se puede usar siempre determinada palabra en vez de otra: “perro: can”, pero no implica necesariamente la transmisión del significado de la palabra definida. El *método denotativo* consiste en la enumeración de todos los miembros de una clase cerrada mediante la enunciación de sus nombres: así, por ejemplo, el Código Penal español dice en su artículo 35, que “*son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*”. Todo conf. BACQUÉ, J. “Métodos y usos de la definición (a propósito de las definiciones jurídicas)”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje (Colección mayor Filosofía y Derecho)*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 3.

<sup>339</sup> El tipo penal de receptación de bienes o ganancias (*Vermögen- und Nutzbehalter*) que se encuentra regulado en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas –Convención de Viena– (art. 3.1.b.i.), en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito –Convención del Consejo de Europa– (art. 6.1.c) y en la Directiva Europea (art. 1.2.c), condena la **adquisición, posesión o utilización** dolosa de bienes de origen ilegal. **Convención de Viena, art. 3.1.b.i.):** “The acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was derived from an offence or

de quienes poseen bienes de origen ilícito para blanquearlos sino también para destinarlos a la reinversión en actividades delictivas.

En el punto siguiente abordaré, entonces, la definición criminológica partiendo de las diferentes funciones que pueden cumplir los bienes de origen delictivo (como medio de consumo, como prueba, como inversión), debiéndose señalar, desde el inicio, que detrás de la perspectiva que se propone yace la idea del delincuente como actor racional ya explicada en la Parte Primera del presente trabajo.

## 2. Definición criminológica de BdeC

### A. Introducción

La doctrina ha dedicado algunas páginas a la cuestión de cuál es el nombre más adecuado para describir aquello que es objeto del presente estudio. Las palabras reciclaje, lavado, legitimación, legalización, normalización, etc. y sus diferentes combinaciones con las palabras dinero, bienes, capitales, etc. han convivido en la doctrina, sobre todo como producto de la traducción literal de las denominaciones en otras lenguas<sup>340</sup>. A esto se agrega la particularidad del CP español de 1995 que no utiliza palabra alguna para denominar el art. 301 del CP, apelando para ello al circunloquio: “*conductas afines a la receptación*”<sup>341</sup>.

Sin embargo, como se verá, el nombre “blanqueo de capitales” se ha ido extendiendo y consolidando en el idioma español de la mano de las versiones en nuestro idioma de las Directivas Europeas en la materia, así como en el uso que le ha dado el legislador español en las sucesivas transposiciones de aquéllas en la legislación administrativa española<sup>342</sup>, a

---

offences (...); **Convención del Consejo de Europa, art. 6.1.c):** “The acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was proceeds”; **Directiva Europea, art. 1.2.c):** “la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que procede de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad”. Este tipo penal ha sido recibido en el § 261.2 del StGB.

<sup>340</sup> Ver en BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 92-96. También ALIAGA MÉNDEZ, J.A.; “Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 38.

<sup>341</sup> Sobre esta discusión ver ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 21 y ss.

<sup>342</sup> Ver *Ley 19/1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* (y su Reglamento de desarrollo en Real Decreto 925/1995) y su modificatoria *19/2003 de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones*

punto tal que ya el Diccionario de la Real Academia Española reconoce este concepto<sup>343</sup>. Por ello, es la que utilizaré en el presente trabajo<sup>344</sup>.

## B. Definición criminológica

Quienes obtienen dinero sucio de actividades delictivas reinvierten una parte de lo obtenido en actividades ilícitas: así, por ejemplo, reinvierten en la actividad delictiva que da origen al dinero (verbigracia, el tráfico de drogas) o lo destinan a ejercer influencia sobre el entorno institucional por medio de la corrupción o intimidación de funcionarios públicos o privados. Este dinero no es destinado, por lo tanto, al BdeC ya que carece de sentido utilizar dinero legitimado que es muy costoso de obtener para destinarlo a negocios ilícitos. Pero otra parte de los beneficios económicos se destina a la inversión o consumo en mercados lícitos, lo que supone que debe ocultarse su origen delictivo<sup>345</sup>.

Los beneficios económicos obtenidos de la comisión de actividades delictivas se encuentran sujetos a riesgos: el capital puede ser decomisado y, a su vez, ser utilizado como prueba de la actividad delictiva que dio lugar a ellos. Un actor racional (en sentido instrumental) podría conjurar estos riesgos ocultando los bienes obtenidos: puede, por ejemplo, esconder bajo tierra el dinero obtenido de un robo. De este modo, reduciría sustancialmente la probabilidad de que el Estado lo prive de sus bienes (decomiso) y de que los mismos sean utilizados como prueba del hecho punible cometido. Sin embargo, quien comete un delito motivado por la obtención de beneficios económicos no lo hace sino para poder gozar de ellos y, de ese modo, satisfacer cualquiera de sus preferencias.

Dado que estos infractores desean adquirir bienes o servicios con ese capital de origen ilícito, deben decidir si los adquirirán en mercados clandestinos o en mercados legales. Algunas de sus preferencias pueden

---

*económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* (y el Reglamento modificatorio del anterior en Real Decreto 54/2005).

<sup>343</sup> Entendiendo a tal como: “*Delito consistente en adquirir o comerciar con bienes, particularmente dinero, procedentes de la comisión de un delito grave*”. *Diccionario de la Real Academia Española*.

<sup>344</sup> También utilizan el concepto “blanqueo de capitales”, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 30-31; BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 1999. PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 1999; entre otros.

<sup>345</sup> Todo conf. FUENTES GONZÁLEZ, G.; “El proceso económico del tráfico de drogas”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 19, 20.

ser satisfechas en mercados clandestinos: pueden pagar por sexo, comprar drogas y adquirir discos de Rock & Roll en un top manta<sup>346</sup>. Pero estos individuos encuentran que sólo algunas preferencias pueden ser satisfechas adquiriendo bienes en los mercados clandestinos; por ello, el dinero así adquirido se encuentra obligado a abandonar el ámbito de la ilegalidad<sup>347</sup>.

Entre los mercados lícitos se encuentran algunos que no parecen llamar demasiado la atención de las autoridades estatales encargadas del decomiso y la persecución penal: la compra de víveres para la subsistencia en negocios que proveen lo necesario para la vida cotidiana (ropa, calzado, alimentación, etc.). Sin embargo, a medida que se incrementa la cantidad de bienes obtenidos por la actividad delictiva surge la necesidad de invertirlos en bienes o servicios más caros y más llamativos (autos, inmuebles, viajes) o de obtener de ellos una renta que permita vivir de sus frutos (compra de acciones, depósitos bancarios, etc.). Al mismo tiempo, la adquisición de bienes en los mercados lícitos incrementa el riesgo de decomiso y utilización de los bienes como prueba del ilícito cometido.

Dado que la opción de ocultar los beneficios bajo tierra no es racional para quien ha cometido el delito con la finalidad de obtener bienes que le permitan satisfacer preferencias y que, al mismo tiempo, los mercados clandestinos no permiten saciarlas con plenitud, resulta necesario que el actor racional acuda a una forma de invertir dichos bienes que le permita gozar de dichos beneficios (satisfacer las preferencias más variadas) y, al mismo tiempo, reducir los riesgos de decomiso y de utilización de los bienes como prueba.

Estas particularidades del fenómeno del BdeC permiten verificar que existen algunos elementos que se encuentran presentes de forma general y otros de forma incidental. Así, el elemento “ocultación” que caracterizaría al blanqueo se encuentra presente en todos los casos, se trate del blanqueo de un delito de hurto cometido por un infractor individual o de un delito de tráfico de drogas vinculado al crimen organizado. Sin embargo, existen dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo, que se identifican en algunos casos de blanqueo que presentan una lesividad social superior: por un lado, el hecho de que se trate de grandes sumas de capital y que se invierta en ciertas actividades económicas (elemento objetivo), por otro el hecho de que los

---

<sup>346</sup> Sin duda, debe cuantificarse aquí la probabilidad de ser sancionado por ello; pero en vista de la realidad no parece que la probabilidad de imposición sea alta, de modo tal que este elemento de riesgo no parece que deba considerarse como un desincentivo relevante.

<sup>347</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Colex, Madrid, 1998, p. 69.

intervinientes en el delito que es origen del dinero sucio actúen en una asociación que pueda caracterizarse como crimen organizado (elemento subjetivo).

En mi opinión, el elemento “ocultación” es general y permite identificar elementos comunes a todos los casos de inversión del capital de origen delictivo en la economía legal: al encontrarse sometidos a riesgos (verbigracia, el decomiso) resulta necesario ocultar su origen para poder utilizarlos en la adquisición de bienes y servicios. Pero el BdeC se distingue de la mera ocultación física de los bienes en que su peculiar función económica consiste en transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen delictivo en poder de adquisición efectivo<sup>348</sup>. Sin embargo, para transformar este poder de adquisición potencial de las ganancias de origen delictivo en poder de adquisición efectivo los infractores necesitan insertar los bienes en la economía legal, lo que implica necesariamente, a su vez, la ocultación de su origen delictivo<sup>349</sup>, ya que, de otro modo, serían decomisados por el Estado (o devueltos a su titular legítimo) y utilizados como prueba del delito del que provienen.

Ello no significa que deba prescindirse de los otros dos elementos que caracterizan a ciertos tipos de blanqueo (grandes cantidades de capital y crimen organizado). Por el contrario, como se verá luego, vale la pena considerarlos ya que, a la lesividad social del blanqueo derivada del elemento ocultación, estos casos suman otros daños sociales adicionales que permiten hablar de una lesividad social agravada.

Así, el BdeC se caracteriza por ser un proceso que se realiza con una finalidad y que recae sobre cierto tipo de objetos. En concreto, el BdeC puede definirse como un *proceso más o menos complejo (dependiendo de las circunstancias) que trata con bienes de origen delictivo y que tiene la finalidad de incorporar dichos bienes en la economía legal para transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen ilícito en poder de adquisición efectivo, lo que implica ocultar dicho origen ilícito*<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Conf. MASCIANDARO, D.; “Il Riciclaggio in Economia Aperta: Teoria e Caso Italiano”, p. 194.

<sup>349</sup> Destaca la ilegalidad de los bienes y la finalidad de ocultación de su origen ilícito como elementos definitorios del BdeC, MASCIANDARO, D.; “Money Laundering: the Economics of Regulation”, en *European Journal of Law and Economics* N° 7 (1999), p.226.

<sup>350</sup> Si bien hago aquí referencia al origen delictivo de los bienes creo que otros bienes de origen ilícito no delictivo (verbigracia, infracciones administrativas) se encuentran en una situación similar tanto en lo que se refiere a la necesidad de ocultación de su origen ilícito (ya que sirven como prueba de aquella infracción y pueden ser decomisados) como por el daño social que causa el blanqueo de los mismos (incentivos para cometer infracciones

Esta definición criminológica es adecuada a la perspectiva metodológica del AED, ya que parte de las razones por las cuales los individuos se involucran en la comisión de este hecho delictivo<sup>351</sup>. Como ya se ha dicho, la teoría de la elección racional afirma que los delitos en concreto se eligen y cometen por razones específicas que son producto de las características tanto del delito como del infractor. La decisión de delinquir debe analizarse considerando aquellas propiedades de los delitos que son percibidos por el infractor como especialmente relevantes conforme los fines que persigue, su experiencia, motivaciones, habilidades, etc (*propiedades que estructuran la elección*<sup>352</sup>).

Para los infractores que han adquirido los bienes de una actividad ilícita (trafico de drogas, corrupción, trafico de armas, robos, estafas) la propiedad relevante de este proceso consiste en que, si es exitoso, concede poder de adquisición efectivo a sus ganancias lo que es en sí mismo un medio para satisfacer todo tipo de deseos o preferencias. Por otro lado, los terceros que ofrecen sus servicios de blanqueo a éstos tienen como motivación de su conducta el cobro de honorarios, que serán tanto más altos según el riesgo jurídico que su conducta de

---

legales futuras). Una definición amplia que no se limita al capital de origen delictivo, sino que refiere a aquellos que tienen origen ilícito -en sentido amplio-, puede verse en la definición que se dio inicialmente del fenómeno en los Estados Unidos: "*Money Laundering is the process by which one conceals the existence of an illegal source, or illegal application of income, and disguises that income to make it appear legitimate*". President's Commission on Organized Crime, Interim Report to the President and the Attorney General. *The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering* (1984). Cit. en HETZER, W.; "Finanzmärkte und Tatorte. Globalisierung und Geldwäsche", en *MschKrim. N° 86, (2003)*, p. 355. Aliaga Méndez extiende la definición no sólo a los bienes de origen delictivo sino también a bienes de origen lícito que sus propietarios extrajeron del círculo de bienes conocidos por la Administración, seguramente con la finalidad de incluir la evasión tributaria ya en la definición criminológica; sin embargo, en los casos en que se entiende que la evasión tributaria es un delito, los montos evadidos creo que pueden ser definidos como bienes provenientes de una actividad delictiva (si bien no se originan en una actividad productiva ilícita); ver ALLAGA MÉNDEZ, J.A.; "Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información", p. 37.

<sup>351</sup> Una aproximación similar presenta Oswald al decir: "*Poseer mucho dinero de origen ilegal supone para el autor de un delito un riesgo permanente, particularmente si se trata de dinero en efectivo, ya que puede descubrirse el origen ilegal del mismo y ponerse en conocimiento de las autoridades de persecución penal. El blanqueo de capitales sirve a la finalidad de conservar los beneficios económicos del delito y proveer la oportunidad de invertirlos, evitando que se conozca el origen delictivo de los bienes y, así, evitar el riesgo de la persecución penal y del decomiso de los mismos*". OSWALD, K; *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Iuscrim, Freiburg, 1997, p. 281.

<sup>352</sup> Conf. CORNISH, D./CLARKE, R.; "Understanding crime displacement: an application of rational choice theory", p. 935.

intermediación conlleve (así, por ejemplo, si la conducta es delictiva). En ambas actividades se persigue la obtención de un beneficio económico.

De acuerdo con la definición propuesta de BdeC que se relaciona con el supuesto conductual de racionalidad de los agentes, pueden identificarse tres funciones distintas y relevantes de los bienes provenientes de actividades delictivas. Argumentaré que la distinción entre las distintas funciones de los bienes resulta interesante en un doble sentido: en primer lugar, en relación con al **análisis positivo**, es decir para explicar/predecir el efecto de los bienes sobre la conducta de los infractores y, en segundo lugar, para llevar a cabo el **análisis normativo**, es decir ponderar los costes y beneficios sociales del BdeC.

El *análisis positivo* impone poner en relación las distintas funciones de los bienes con la decisión de delinquir. Pueden distinguirse las tres siguientes categorías de relaciones bienes/individuo:

1. Los bienes son, desde la perspectiva del infractor, prueba del delito cometido (en adelante, **Bienes/Prueba**): si el Estado los identifica los utilizará como prueba del ilícito cometido; *la ocultación del origen ilícito de los Bienes/Prueba reduce el coste esperado correspondiente a la pena establecida para el delito previo (el que da origen a los bienes)*;
2. Los bienes son, desde la perspectiva del infractor, ganancia derivada del delito cometido y destinada al consumo (en adelante **Bienes/Consumo**): el decomiso de las ganancias supone, desde la perspectiva ex ante típica del AED, una reducción de los beneficios esperados del delito al suponer un riesgo; *la ocultación del origen ilícito de los Bienes/Consumo incrementa los beneficios esperados del delito previo al reducir la probabilidad de decomiso*;
3. Los bienes pueden concebirse como ganancia destinada a la inversión (en adelante, **Bienes/Inversión**). Desde la perspectiva del individuo, la categoría Bienes/Inversión supone incrementar los beneficios esperados del delito (en este sentido, del mismo modo que los Bienes/Consumo) pero aquí se hace referencia al aprovechamiento de oportunidades de negocios para obtener una renta: la distinción tiene sentido ya que si dos acciones alternativas tienen la misma eficacia para reducir el riesgo de decomiso y condena pero una de ellas provee mejor renta, racional será elegir esta segunda alternativa: *la inversión de los bienes de origen ilícito (Bienes/Inversión) aumenta los beneficios esperados del delito previo*. Así mismo, este aspecto funcional de los bienes se relaciona con elementos relativos antes mencionados: la cantidad de bienes blanqueados y la presencia del crimen organizado: *la inversión de bienes de origen delictivo puede, en estos casos, ocasionar daños sociales específicos de este tipo de blanqueo, en concreto, como se verá infra, afectar*

*los bienes protegidos por las reglas de la leal competencia e incrementar el poder económico de las organizaciones delictivas.*

Estas tres categorías se aplican de forma general a los beneficios económicos de toda actividad delictiva: incluyen, por ende, tanto los beneficios económicos obtenidos por el autor del delito previo (que da origen a los bienes que se blanquean) como los honorarios obtenidos por el blanqueador profesional, los que, de *lege lata*, también son beneficios económicos del delito (el propio BdeC).

Estas categorías, como se ha dicho, pueden ponerse en relación también con los daños y beneficios sociales derivados de la actividad de BdeC; es decir, ser utilizados como instrumentos para el análisis normativo. Esta cuestión será tratada con detenimiento en el Capítulo II de esta Segunda Parte, al analizar los costes y beneficios sociales del BdeC.

Habiéndose propuesto una definición criminológica de BdeC adecuada a la perspectiva metodológica adoptada en el presente trabajo y considerado la relevancia de las distintas funciones que cumplen los bienes para dicho análisis positivo, en el punto siguiente analizaré algunos conceptos que aparecen vinculados o son parte de la definición de BdeC propuesta, todo con la finalidad de reducir su vaguedad o ambigüedad.

### **C. Algunos conceptos asociados al de BdeC**

Existen algunas distinciones conceptuales que aparecen vinculadas con la definición de BdeC y que resulta útil clarificar. La primera de ellas es la de BdeC como “proceso”, la segunda es la distinción convencional entre dinero sucio y dinero negro así como entre capital lícito y capital ilícito y, por último, la cuestión de qué es lo que puede ser objeto de blanqueo (dinero, bienes, capitales).

#### **a. El BdeC como “proceso” orientado a un fin**

Como se ha dicho, la *finalidad que persigue el BdeC es que el capital de origen delictivo adquiera poder de adquisición efectivo, para lo cual resulta necesario ocultar su origen ilícito*, de modo tal que se disminuya el riesgo de decomiso (o restitución) o de utilización de los bienes como prueba. Cuando se trata de escaso capital el proceso puede concluirse en un solo acto (la compra de víveres) ya que ello no suele alertar a las autoridades. Sin embargo, cuando se trata de importantes sumas de capitales debe recurrirse para



ello a técnicas de blanqueo que se basan en sucesivos enmascaramientos del origen delictivo de los bienes<sup>353</sup>.

La disminución de dichos riesgos tiene carácter progresivo, de modo tal que se trata de un ejercicio de separación, y tanto mejor será el resultado de la regularización y mayor la consistencia de esa apariencia de legalidad a medida que se oculte la cadena de vinculaciones que une el hecho ilícito con los bienes producto de éste<sup>354</sup>. Pero ocultar esta cadena de vinculaciones requiere, al menos en los casos de grandes sumas de capital, de una serie de operaciones sucesivas que suelen incluir, tal como se verá luego, desde el cambio de divisas hasta la constitución de sociedades en la *banca off-shore*<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 31. En similar sentido, BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 98, 99.

<sup>354</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 49. Por ello, la lucha contra el crimen organizado fija su atención en el seguimiento del rastro del dinero. Conf. ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, p. 38.

<sup>355</sup> El punto de conclusión de este proceso depende de las circunstancias. Tal vez por ello Fabián Caparrós dice: “(...) difícilmente puede hablarse con propiedad de una meta -la total y absoluta desaparición de las trazas en ese capital que pudieran revelar su origen ilícito- cuando la razón nos lleva a pensar que esa meta es, de hecho, tan perfectible como teóricamente inalcanzable. Y es que sabemos cuál es el punto de partida de esa hipotética ascensión -la comisión de un hecho ilícito económicamente productivo-, pero no es posible determinar dónde se encuentran su fin, dado que siempre será posible avanzar un nuevo paso (...) que favorezca un poco más el distanciamiento de los bienes respecto de su remota procedencia”. Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 54. Sin embargo, esta afirmación es sólo parcialmente cierta: es verdadera si desconocemos que existen costes crecientes en cada paso de blanqueo (el pago de los honorarios del blanqueador, costes de realizar la operación -notario, costes de la transferencia del dinero-, etc.) y beneficios también crecientes derivados de la disminución del riesgo que supone el blanqueo. Esto significa que, al menos en cada caso concreto, sí existe un punto final racional del proceso: el punto de equilibrio entre costes y beneficios derivados del proceso conforme la información con que cuenta un actor racional. En efecto, cuando los costes (marginales) esperados de realizar un paso adicional del proceso exceden los beneficios (marginales) esperados, un actor racional pondrá fin a la actividad. Esto es relevante si consideramos que uno de los objetivos de la política criminal de prevención del BdeC es aumentar los costes del mismo, entre los que se incluyen los honorarios de los blanqueadores. Esto no sólo puede tener el efecto de disuadir a los infractores de cometer delitos sino que, aun cuando ya lo hayan cometido, puede disuadirlos de avanzar en la cadena de blanqueo (cada nuevo paso encarece el proceso) de modo tal que el proceso de ocultación sea menos eficaz (con el consecuente aumento de la probabilidad de decomiso e imposición de pena y, por ende, disminución de los beneficios esperados del delito y aumento del coste esperado del delito previo).

## **b. Las díadas capital sucio/capital negro y capital de origen lícito/capital de origen ilícito**

Existe consenso en atribuir distintos significados a los calificativos “negro” y “sucio” que suelen ser empleados para distinguir el origen ilícito de los bienes. Por ello, siguiendo a una parte de la doctrina<sup>356</sup>, distinguiré entre “capital negro” que es aquel cuyo titular mantiene al margen del control del fisco, liberándose, de ese modo, de cumplir con su deber de contribuir con el sistema tributario y “capital sucio” que es aquel que, además de permanecer de espaldas a los circuitos económicos oficiales, encuentra su origen en una actividad que ya es en sí misma delictiva (tráfico de drogas, tráfico de armas, cohecho)<sup>357</sup>.

Hay un punto en común entre el capital negro y el capital sucio: aquella porción del capital negro que debió haberse pagado al fisco (es decir, el monto correspondiente a los tributos eludidos, las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o cualquiera de las formas de defraudación a la Hacienda Pública contenidas en el art. 305 del CP) es un capital sobre el que hay una posesión ilícita. Sin embargo, esto todavía no permite afirmar que se trate de un ilícito penal: puede tratarse de un ilícito penal o de un ilícito administrativo. El ilícito administrativo tributario dará lugar a un ilícito penal tributario recién cuando se cumplan los requisitos del art. 305 del CP<sup>358</sup>.

Con esto quiero significar que en un sentido amplio, y de *lege ferenda*, podría hacerse referencia también al BdeC de bienes obtenidos de forma ilícita (incluyendo también la ilicitud administrativa e, inclusive, la civil) ya que sobre estos bienes pesan una serie de riesgos de decomiso administrativo, de utilización de los mismos como prueba del ilícito administrativo o civil que dan fundamento para que un actor racional realice un proceso de blanqueo de los mismos al tiempo que podría compartir daños sociales (efecto incentivo para cometer ilícitos, efecto anticompetitivo) con el blanqueo de bienes de origen delictivo.

---

<sup>356</sup> Así, por ejemplo, FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 55. SOLANS SOTERAS, M.; “Blanqueo de dinero y movimientos financieros” en *Cuadernos Jurídicos*, nº 3, 1992, p. 56, cit. en ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 31.

<sup>357</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 55 y 58. Así, dice Blanco Cordero: “(...) *dinero negro* es el que se origina en actividades comerciales legales, pero que elude las obligaciones fiscales, y *dinero sucio* es el que procede de negocios delictivos, tales como el contrabando, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de niños, etc.”. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 93.

<sup>358</sup> Debe recordarse que la defraudación contra la Hacienda Pública requiere para que sea constitutiva de delito que el monto supere los 120.000 euros (art. 305 del CP).

De ello no se deriva que la respuesta regulatoria a estas diferentes situaciones deba ser homogénea en todos los casos. Así, por ejemplo, en relación con las infracciones tributarias se ha dicho, con buenas razones, que la regularización fiscal no merece en sí una sanción y que el ordenamiento jurídico no debe castigar el blanqueo de dinero originado en infracciones tributarias, sino encauzarlo, e incluso promoverlo<sup>359</sup>. Así, dinero negro y sucio cuando hallan el fundamento de su ilicitud en la infracción de deberes fiscales pueden ser objeto, en razón de las similitudes que presentan, de una misma política legislativa: la legalización del blanqueo de los beneficios económicos de origen ilícito, obtenidos por medio de infracciones tributarias de carácter penal o administrativo (un problema aparte plantea, como se verá, la cuestión de la legitimidad de esta medida cuando se trata de infracciones tributarias –administrativas o penales- cometidas en otros Estados). Tal como se verá luego, al analizar los costes y beneficios del BdeC, esta argumentación y su conclusión no son aceptables, o al menos deben matizarse con otros elementos, cuando la infracción precedente es un delito distinto al tributario.

En efecto, en relación con todos aquellos casos en que el capital tiene un origen ilícito distinto a la infracción tributaria (que, como se dijo, puede aceptar una regulación no prohibitiva del blanqueo) es posible que existan una serie de razones comunes para prohibir el BdeC; pero esto no significa que se utilicen los mismos recursos de intervención en todos los casos. Un análisis de las normas *supra* e internacionales así como de la legislación española, evidencia que existe una tendencia a concentrar los recursos de intervención en el blanqueo de capitales que sean producto de actividades delictivas (es decir, ilícitos jurídico-penales), desde el tráfico de drogas a fines de los años 80, pasando por un catálogo de delitos muy graves (vinculados en general al crimen organizado, como el tráfico de armas, tráfico de personas, etc.) en los años 90, hasta alcanzar todo tipo de delitos –incluyendo, entonces, los delitos de evasión tributaria- en los primeros años del siglo XXI<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 57-58. El autor utiliza el concepto dinero negro para expresar esta opinión, pero no existe razón, en relación con su propuesta, para distinguir entre dinero producto de una infracción tributaria administrativa y una infracción del Derecho penal-tributario.

<sup>360</sup> La concentración de los costes de prevención en aquellas actividades delictivas que causan más daño social puede fundamentarse en la eficiencia de la medida: es ineficiente perseguir del mismo modo conductas menos lesivas (digamos el blanqueo del capital obtenido por medio de infracciones administrativas poco lesivas o de ilícitos civiles). Así mismo, la finalidad de evitar estos graves costes sociales permite analizar la alternativa de intervención por medio del Derecho penal y la asunción de importantes costes

### c. El objeto del BdeC: ¿dinero, bienes, capitales, activos?

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) (arts. 1.q y 3.1.b), así como las dos normas internacionales más relevantes que siguen a ésta, esto es, la **Convención del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los beneficios económicos derivados del delito (1990) (arts. 6.1 y 1.b)** y la **Directiva Europea 2005/60/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 2005 para la prevención de la utilización del sistema financiero para operaciones de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo (arts. 1.2 y 3.3), hacen referencia al tipificar el delito de BdeC a la realización de diversas conductas (conversión, transferencia, ocultación, adquisición, posesión, etc.) que refieren al concepto de “bienes”. Lo propio ha hecho el legislador español, que en el art. 301 del CP hace también referencia a los bienes y a su adquisición, conversión, transmisión (art. 301 párr. 1) o a la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, etc. (art. 301 párr. 2).

Así mismo, en las mencionadas normas internacionales se define, casi sin variaciones, al concepto “bienes” diciendo que “*por bienes se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*”<sup>361</sup>. Así mismo, el Diccionario de la Real Academia Española define “activo” en su novena acepción como: “*conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad*”. Por último, el Diccionario se refiere al concepto “capital” en su quinta acepción como: “*hacienda, caudal, patrimonio*”.

En todo caso, resulta claro, ya desde los orígenes mismos de la regulación, que el blanqueo no se refiere solamente a la conversión, transferencia, etc., de dinero, sino de cualquier otro tipo de activo. En efecto, hay muchas ocasiones en las que el producto obtenido

---

económicos públicos y privados de prevención. Sin embargo, la opción por la ampliación del catálogo de delitos encuentra fundamento en la ineficiencia sobreviviente producto de las dificultades en la implementación para distinguir de qué tipo de delitos provienen los bienes y en los menores costes marginales de la ampliación (una vez establecido el sistema de prevención hay una economía de escala en relación con la incorporación de nuevos delitos).

<sup>361</sup> Texto conf. Convención de las Naciones Unidas art. 1.q).

directamente del delito no es dinero en efectivo, sino cualquier otra ventaja patrimonial y que comparadas con el dinero suelen ser mucho más difíciles de blanquear: es más fácil situar en el mercado una suma importante en metálico que una obra de arte o joyas robados<sup>362</sup>.

En lo que sigue utilizaré, por las razones expresadas al momento de definir este delito, el concepto “blanqueo de capitales” siendo esta última palabra entendida como sinónimo de activos o bienes, en el sentido amplio que le adjudican las normas internacionales.

### III. Características contemporáneas del BdeC

#### 1. Características del entorno social que proveen oportunidades para el BdeC

Existe una serie de factores que han creado oportunidades para el blanqueo de capitales, lo que ha permitido el incremento notable de esta actividad<sup>363</sup>: a) la *globalización de la economía mundial y los procesos de integración que favorecen el movimiento de capitales*<sup>364</sup>, b) la *supresión de los controles de cambios*<sup>365</sup>, c) la *desregulación bancaria*<sup>366</sup>, d) el *avance tecnológico en las técnicas y*

---

<sup>362</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 60 y 61.

<sup>363</sup> Sigo en todo a ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.25 y ss. También ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 62. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 86-88.

<sup>364</sup> Los procesos de integración regional como la Unión Europea, el MERCOSUR o el NAFTA implican mayor facilidad de movimientos de capitales. Así mismo, los acuerdos del GATT dieron lugar a la creación de la Organización Mundial de Comercio que también busca la plena liberalización de los intercambios comerciales. Este entorno favorece tanto el movimiento de capitales lícitos como ilícitos; siendo complejo poder distinguir unos de otros

<sup>365</sup> En 1988 se publicó la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio, por la que los Estados miembros de la Comunidad Europea quedaban obligados a suprimir “las restricciones a los movimientos de capitales que tienen lugar entre las personas residentes en los Estados miembros”. La supresión de estos controles privó a las autoridades nacionales de un instrumento importante que también servía para el control del BdeC. España suprimió en 1991 los controles de cambios y declaró libres las transacciones, cobros, pagos y transferencias con el extranjero (Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre y Orden de 27 de diciembre de 1991). Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 25, nota al pie n° 21.

<sup>366</sup> En los últimos 20 años se ha producido un proceso de reducción y simplificación de los sistemas de control del sistema financiero. Este proceso también tuvo su reflejo en la Unión Europea, culminando en la “Segunda Directiva 89/646/CEE de 15 de diciembre de 1989 para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio”

*sistemas utilizados por el sistema financiero y bancario*<sup>367</sup> y e) *los paraísos fiscales, es decir* países que aplican regímenes fiscales de escasa o nula tributación, y que en consecuencia son utilizados por sociedades o particulares de otros países para depositar sus beneficios pero que a la vez proveen oportunidades para el blanqueo<sup>368</sup>.

El BdeC de importantes sumas de capital es una actividad que se apoya en la multiplicidad de interrelaciones sostenidas entre los diversos agentes económicos, de modo tal que su propia operatoria se encuentra siempre condicionada por los instrumentos jurídicos, económicos y tecnológicos puestos al servicio de la sociedad del intercambio y del crédito<sup>369</sup>. El catálogo de técnicas de blanqueo que se desarrolla *infra* sirve para comprender cómo se utilizan distintos sectores de la economía y su internacionalización para el ocultamiento del origen ilícito del capital.

---

<sup>367</sup> Las técnicas del sector financiero han experimentado un avance tecnológico que importa beneficios sociales (agilizan y abaratan las transacciones) pero que también supone un medio para la creación de costes sociales, ya que, al mismo tiempo, facilita el enmascaramiento de las operaciones por los blanqueadores. Así, por ejemplo, la aparición de la banca directa o telefónica y la proliferación de cajeros automáticos acortan el proceso de ejecución de las operaciones al tiempo que facilitan el anonimato, ya que se reduce el papel tradicional de las oficinas y sucursales bancarias que suponen un trato personal con el cliente.

<sup>368</sup> El problema que plantean no es que impongan una baja fiscalidad, sino que aplican reglamentaciones muy laxas a las entidades financieras que operan en ellos, ejercen una supervisión mínima sobre las actividades bancarias y permiten y facilitan el anonimato en las operaciones. En particular, se afirma que tales centros presentan las siguientes características que crean oportunidades para el BdeC. 1. Un secreto bancario o comercial que permite a los titulares de cuentas bancarias y entidades comerciales un total anonimato; 2. Una reglamentación permisiva, acompañada de una supervisión bancaria vulnerable en relación al número de establecimientos registrados activos; 3. Reglas comerciales que permiten la constitución de entidades comerciales o de gestoras de patrimonio que garantizan el anonimato del beneficiario extranjero. Las normas de registro de sociedades están con frecuencia reducidas al mínimo y no se efectúan controles previos; 4. Baja fiscalidad. Conf. HOTTE, D.G./HEEM, V.; *“La lutte contre le blanchiment des capitaux”*, París, LCDJ, 2004, p. 123; cit. en ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 27. Ver también FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 74. En España, los paraísos fiscales, a los que se refieren las normas especiales, se encuentran enumerados en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. Para un desarrollo más extenso de la caracterización de los paraísos fiscales y su relación con el BdeC, ver FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 88-104. Sin embargo, si bien el papel de los paraísos fiscales es muy relevante en relación con la actividad de blanqueo, debe mencionarse también que en la mayoría de las ocasiones las empresas y bancos de los países presuntamente perjudicados –Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Francia, Canadá, España, etc.– son los que, a través de sus oficinas situadas en las plazas financieras internacionales, reciben nuevamente los capitales fugados de aquellos países en los que se encuentran ubicadas sus respectivas sedes sociales.

<sup>369</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 81.

## 2. Magnitud económica del fenómeno

Las fuentes que hacen referencia al BdeC no siempre coinciden acerca de la cantidad de capital que se blanquea cada año a nivel mundial: las cifras son meramente aproximadas y van desde los 300 mil millones de dólares hasta los 500 mil millones considerando sólo los beneficios económicos del tráfico de drogas, los que, se afirma, son superados aun por los del tráfico de armas<sup>370</sup>.

Así, por ejemplo, el Grupo de Acción Financiera (GAFI), que fue fundado en el año 1989 por recomendación del Grupo de los Siete (G7) y la presidencia de la Comunidad Europea, valoró la ganancia bruta obtenida de la venta de cocaína, heroína y marihuana en aproximadamente 122.000 millones de dólares por año para Europa y Norteamérica de los que unos 85.000 millones serían blanqueados<sup>371</sup>. En nuestros días las estimaciones más divulgadas son las del Fondo Monetario Internacional (FMI), según las cuales los fondos objeto de blanqueo alcanzarían un monto de entre el 2 y el 5 % del PBI mundial<sup>372</sup>.

La dimensión del fenómeno se vincula con su evolución actual: no es lo mismo blanquear unos pocos miles de dólares que pueden incluso trasladarse físicamente de un lugar a otro sin grandes dificultades que cientos de millones. Desde el momento en que las sumas objeto de blanqueo alcanzan ciertas dimensiones, las técnicas de blanqueo deben cambiar y dejar su carácter artesanal para requerir una organización profesional<sup>373</sup>.

---

<sup>370</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 30, 33. Otros autores refieren que, actualmente, los organismos internacionales estiman que se blanquean al año unos 700.000 millones de euros. Conf. COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Blanqueo de Capitales. Abogados, Procuradores y Notarios, Inversores, Bancarios y Empresarios*, CESEJ, Madrid, 2005, p. 17.

<sup>371</sup> *Financial Action Task Force on Money Laundering*: Report, París, February 1990; cit. en ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, p. 60. Sobre los efectos del incremento del tráfico de drogas en los años 80 y los orígenes de la política criminal centrada en la prevención del BdeC en las entidades financieras, ver TAYLOR, I.; "The International Drug Trade and Money-Laundering: Border Controls and Other Issues", en *European Sociological Review*, Vol. 8, N° 2 (Sep. 1992), pp. 183, 187, 190, 191.

<sup>372</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 21.

<sup>373</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 22.

### 3. Vinculación con el crimen organizado

El interés de los organismos internacionales por la actividad de BdeC se inició a fines de los años ochenta como respuesta político-criminal al fenómeno del tráfico de drogas. Esta respuesta regulatoria es un signo de la cercana relación de los fenómenos del crimen organizado y del BdeC, que puede explicarse por el hecho de que dichas organizaciones persiguen, por medio de la comisión de delitos, la obtención de beneficios económicos que requieren ser blanqueados para que los miembros encumbrados de la organización puedan gozar de ellos<sup>374</sup>. De hecho, se afirma que la irrupción de las organizaciones criminales ha sido la razón principal que ha hecho que el beneficio económico procedente del delito encuentre otras finalidades distintas al consumo<sup>375</sup>.

La particularidad que presenta la actividad de las organizaciones criminales, y que las distingue de la actividad delictiva individual o esporádica, es que los beneficios económicos pueden llegar a ser fabulosos. Frente a este volumen la utilidad marginal del capital es decreciente, en un doble sentido: el *delincuente-consumidor* encuentra límites marcados por la moderación y la prudencia ante las instancias de control y por las propias limitaciones que encuentra el consumo en virtud del progresivo decrecimiento de la tendencia a consumir que se verifica a medida que aumenta la renta personal del individuo; por otro lado, el *delincuente-empresario* también encuentra limitaciones al reinvertir capital en su actividad delictiva, de modo tal que la eficiencia del capital material y humano decae progresivamente hasta alcanzar un punto de total saturación en el que el incremento de tales medios de producción se torna contraproducente para los intereses económicos de la propia industria<sup>376</sup>.

Por ello, agotadas las posibilidades de consumo y reinversión racionales, las organizaciones pueden encontrarse con una gran cantidad de capital vacante cuyo único destino eficiente (desde la perspectiva del infractor) es diversificar la colocación de ese capital en una multiplicidad de actividades económicas legales<sup>377</sup>: surge entonces la necesidad de invertir este capital; es decir, pasar de los Bienes/Consumo a los Bienes/Inversión. El blanqueo requiere en estos casos de conocimientos

---

<sup>374</sup> Destaca la relación entre criminalidad organizada y BdeC con ejemplos de las técnicas de blanqueo utilizadas por distintas organizaciones criminales, BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 37 y ss. En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, P.; *Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tomo II*, Grjley, Lima, 2007, p. 447.

<sup>375</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 68-70.

<sup>376</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 70.

<sup>377</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 70.



especializados, ya que el volumen de capital torna más compleja la ocultación del carácter ilícito del origen de los bienes, lo que se vincula con otra característica de esta actividad que se analiza más abajo: la profesionalización de los blanqueadores.

Pero, además, el blanqueo de capitales que proviene de actividades del crimen organizado presenta una particularidad: la reintroducción de capitales en el ámbito lícito de la economía permite a la delincuencia organizada consolidar sus posiciones en la sociedad civil, facilitando con ello el mantenimiento e incluso la proyección de sus actividades hacia el futuro<sup>378</sup>.

Pero a pesar de esta particularidad que presenta el BdeC en su vinculación con las actividades del crimen organizado<sup>379</sup>, cabe coincidir con FABIÁN CAPARRÓS en que no corresponde limitar el fenómeno del blanqueo a estos casos. En efecto, tal como dice este autor, “(...) *es posible hablar con toda propiedad de hipótesis de blanqueo ajenas por completo a la dinámica de las organizaciones criminales y que, sin embargo, reúnen todos y cada uno de los rasgos que confieren una especial naturaleza al reciclaje de capitales*”<sup>380</sup>. Por ello, y en línea con la definición amplia que presenté de BdeC (que no se limitaba al capital proveniente de crimen organizado), argumentaré que la prevención del BdeC puede ser un instrumento adecuado para la disuasión de todas aquellas actividades delictivas que dan origen a beneficios económicos, sin que ello obste a que los mayores recursos puedan dirigirse a la prevención del blanqueo de aquellos capitales que provienen de los delitos más graves.

#### 4. Internacionalización

Nadie discute hoy que la mayor parte del BdeC de grandes sumas de activos es de carácter internacional<sup>381</sup>: el delito que da origen al capital de

---

<sup>378</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 73.

<sup>379</sup> Así, puede afirmarse correctamente que la prevención del blanqueo es (también) una estrategia de lucha contra el crimen organizado, tal como hace CASTALDO, A.; “Criminalidad organizada y mercado económico-financiero”, en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 280.

<sup>380</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 75.

<sup>381</sup> ABEL SOUTO, M.; *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Universidade de Santiago de Compostela-Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2002, p. 41. FABIÁN CAPARRÓS indica tres motivos que explican la internacionalización: el primero, la fabulosa cantidad de dinero en metálico que las organizaciones criminales se ven forzadas a gestionar, sobre todo considerando que el papel moneda se ha transformado en un medio marginal de pago hoy en día, circunstancia que puede alertar a los órganos de control; segundo, la

origen delictivo puede cometerse en cualquier lugar del globo y blanquearse en una banca *off-shore* luego de haber pasado por diversos destinos intermedios. Así, a la transnacionalización de las actividades delictivas organizadas le sucede un fenómeno similar en relación con el blanqueo de los beneficios económicos derivados de ellas y, a su vez, demanda una respuesta político-criminal en el mismo plano<sup>382</sup>.

Frente al *global village crime* se debe responder con un *global village crime control*, en el sentido de que ante actividades delictivas de carácter transnacional se debe reaccionar con la cooperación internacional en la persecución penal y la armonización de las legislaciones estatales, con los consiguientes efectos de reforma que esto supone sobre los sistemas jurídicos nacionales<sup>383</sup>.

## 5. Profesionalización del BdeC

El BdeC se realiza tanto a través de operaciones modestas, en cantidades pequeñas, con procedimientos poco sofisticados y al margen de los movimientos internacionales de capitales como a través de operaciones que involucran grandes cantidades de dinero por medio de sofisticadas técnicas de movimiento internacional de capital<sup>384</sup>.

---

necesidad de invertir esas grandes sumas de capital ocioso en actividades económicas que provean retornos, lo que resulta difícil de llevar a cabo en un mismo territorio sin despertar sospechas de los órganos de persecución penal; tercero, el incremento de la cantidad de Estados que cuentan en la actualidad con normas de prevención del BdeC. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 84. Al mismo tiempo resulta preferible realizar las operaciones más vulnerables (frente al accionar del Estado) en aquellos países en los cuales la legislación es más permisiva o en que los medios de control de su cumplimiento por parte de la Administración son menos eficaces. Debe considerarse que la cooperación internacional en materia de prevención del BdeC aún resulta insuficiente. Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 22. En el mismo sentido se refiere a las razones que explican la internacionalización del BdeC, BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 56.

<sup>382</sup> Destaca el carácter transnacional de la actividad de las organizaciones criminales y del BdeC, BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 38, 55, 56. Resulta lógico, se afirma, que si la criminalidad organizada se mueve en un plano transnacional, también los procesos de blanqueo adquieran esta dimensión espacial; conf. GARCÍA CAVERO, P.; *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, p. 452.

<sup>383</sup> Conf. KILCHLING, M.; “Geldwäsche und Gewinnabschöpfung in internationaler Perspektive. Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen für ein vergleichendes empirisches Forschungsprojekt”, en *Forschungen zu Kriminalität und Kriminalitätskontrolle am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, Albrecht (Ed.), Freiburg i. Br., Ed. Iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht: N° 82, 1999, p. 80.

<sup>384</sup> Conf. FUENTES GONZÁLEZ, G.; “El proceso económico del tráfico de drogas”, p. 34.

La profesionalización del servicio de BdeC es un fenómeno emergente de dos fenómenos: por un lado, la necesidad de blanquear grandes cantidades de capital y, por otro, que los sistemas de control estatal se han vuelto más sofisticados<sup>385</sup>. Por ello, resulta necesario recurrir a expertos que puedan minimizar el riesgo jurídico que pesa sobre los bienes (decomiso y utilización de los mismos como elementos probatorios del delito) contando con información acerca de los entornos institucionales que provean menos peligros de descubrimiento de su origen<sup>386</sup>. Esto supone información correcta acerca de aquellos entornos y conocimientos técnicos sofisticados.

Así mismo, el juego estratégico planteado entre agencias estatales de prevención y expertos en blanqueo no es un juego que se agota en un solo movimiento, sino que es de movimientos continuados, de modo que

---

<sup>385</sup> En la medida en que los diversos Estados han creado unidades especializadas para detectar el proceso de BdeC, las organizaciones criminales se han visto en la necesidad de especializar a determinadas personas en la tarea de desarrollar nuevos y sofisticados mecanismos para eludir el control de los órganos especializados de persecución estatales. Por un lado, algunos de los miembros de la organización se han especializado en esta actividad, pero, también, se han comenzado a formar asociaciones dedicadas específicamente al blanqueo. Conf. GARCÍA CAVERO, P.; *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, pp. 454, 455. Cuando el cliente que pretende blanquear los bienes es una organización criminal, puede obtener estos servicios especializados por dos medios: o bien crear una división del trabajo dentro de la propia organización o bien proceder a la tercerización (*outsourcing*) de esta actividad en organizaciones especializadas en blanqueo y ajenas a la propia organización criminal. En este último caso, el BdeC se transforma en el auténtico fin social de redes dedicadas única y exclusivamente al blanqueo. Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 71, 72. En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; “El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 335. Ahora bien, no resulta necesario que existan empresas que se dediquen con exclusividad a esa actividad, sino que puede tratarse de las mismas empresas que operan en el mercado con capital limpio y que utilizan su actividad también para la inversión del capital sucio. Así, se habla de una clase emergente de criminales: los blanqueadores profesionales. Se trata de asesores fiscales, abogados, *brokers* y miembros de otras profesiones, que se dedican a esta actividad por el bienestar económico que les provee. Conf. SMITH, G.; “Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering”, p. 128. En el mismo sentido, BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 59, 60.

<sup>386</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 23. También destaca la progresiva especialización de los operadores del blanqueo, BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 45, 46. El valor agregado de los servicios profesionales se constituye, además de por sus conocimientos técnicos, por la disposición de contactos personales e información privilegiada —como el conocimiento del nivel de *enforcement* de las normas legales o autorregulatorias en determinado sector de la economía o en determinada empresa o entidad financiera. Ver FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 82, 83.

se da un efecto aprendizaje en el cual cada uno aprende del otro<sup>387</sup>. De este modo, los expertos en esta actividad, que actúan racionalmente al igual que sus clientes, deben actualizar permanentemente sus conocimientos e información acerca de las normas legales vigentes en los distintos territorios, sus niveles de cumplimiento y la cooperación con otros Estados.

Los beneficios económicos que pueden obtenerse por el cobro de los honorarios correspondientes al asesoramiento o ejecución del blanqueo son tan importantes que muchos profesionales pueden estar dispuestos a realizar esta actividad si las instituciones jurídicas que imponen costes a la actividad (sanciones jurídicas negativas) y/o que privan de los beneficios económicos del mismo (decomiso de los honorarios) no se diseñan adecuadamente o su nivel de aplicación (*enforcement*) no resulta suficiente.

Las sofisticadas técnicas que se utilizan con la finalidad de evitar que las autoridades descubran el origen ilícito de los bienes, tales como redes de asesores, entramados internacionales de empresas, entidades en diversos países así como, incluso, entidades financieras propias que operen bajo la apariencia de legalidad<sup>388</sup>, tienen la doble función de evitar el decomiso del capital (Bienes/Consumo; Bienes/Inversión) y la imposición de sanciones a los intervinientes en el hecho precedente (Bienes/Prueba) así como la de proveer rentabilidad (Bienes/Inversión). Lo propio puede decirse de la ocultación del carácter ilícito de los honorarios percibidos por los blanqueadores que se encuentran, por ser producto también de una actividad delictiva (los servicios de BdeC), sometidos a los mismos riesgos.

---

<sup>387</sup> Así Savona/De Feo ponen de manifiesto que se utilizan abogados defensores como consejeros o “analistas de riesgo” para minimizar los riesgos obteniendo información acerca de los requisitos procesales para el ejercicio de la persecución penal. Así mismo, la utilización por parte de las autoridades de tecnología electrónica para la vigilancia es contrarrestada por los traficantes colombianos contratando firmas americanas de abogados para obtener materiales de los tribunales, datos que están en informes públicos y en archivos criminales para, de esta manera, estudiar cuánto tiempo tardan la DEA o el FBI en aplicar la tecnología electrónica. Conf. SAVONA/DE FEO; *“Money Trails: International Money Laundering Trends and Prevention/Control Policies”*, trabajo presentado a la International Conference on Preventing and Controlling Money Laundering and The Use of the Proceeds of Crime: a Global Approach, celebrada en Courmayeur Mont Blanc, Aosta Valley, Italia, los días 18-20 de junio de 1994 bajo los auspicios del International Scientific and Professional Advisory Council of The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme; cit. en BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 57, nota al pie n° 82.

<sup>388</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 22.

## IV.El proceso de blanqueo

En los años 90 se han desarrollado diversos modelos de análisis para comprender las distintas etapas del proceso de blanqueo de capitales<sup>389</sup>, pero ha sido el modelo de tres fases del GAFI el que es seguido por la mayoría de los autores y ha sido defendido por la Federación de Banca de la Comunidad Europea en su Guía contra el blanqueo de dinero de 1991<sup>390</sup>.

El modelo del GAFI analiza el BdeC como un proceso compuesto por tres fases sucesivas: la introducción, la transformación y la integración de los bienes en la economía legal<sup>391</sup>, que se analizan a continuación.

### 1. Introducción/colocación (*placement*)

Ciertas actividades ilícitas suelen originar la acumulación de grandes sumas de dinero en metálico (el dinero del soborno al funcionario público, el dinero de la venta de drogas a los consumidores, etc.) que se encuentra sometido a riesgos jurídicos (decomiso, utilización de los bienes como prueba) así como, por ejemplo, al de ser robado o hurtado<sup>392</sup>. Por ello, esta fase se caracteriza por el hecho de que los delincuentes procuran desembarazarse materialmente de las sumas en

---

<sup>389</sup> El modelo naturalista de Zünd, el modelo circular del Departamento del Tesoro de EEUU, el modelo teleológico de Ackerman, el modelo de dos fases de Bernasconi y el modelo de tres fases del GAFI. Ver una descripción de estos diferentes modelos en ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 37 y ss. También en BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 60 y ss.

<sup>390</sup> Ver ALIAGA MÉNDEZ, J.A.; “Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información”, p. 38. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 37-42. También en HETZER, W.; “Finanzmärkte und Tatorte. Globalisierung und Geldwäsche”, p. 356.

<sup>391</sup> Ver ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 40-41. También en BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 71, 79, 84. COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Blanqueo de Capitales. Abogados, Procuradores y Notarios, Inversores, Bancarios y Empresarios*, pp. 89, 89. Con referencias al reflejo de esta clasificación en la jurisprudencia del TS, MOLINA MANSILLA, M.; “El delito de blanqueo de capitales: concepto y fases”, en *La Ley Penal N° 41 Año IV (Septiembre 2007)*, p. 88.

<sup>392</sup> BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 71, 72. También ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p.29. Gráfica resulta la descripción del caso “Green Ice”, en el marco del cual, en septiembre de 1992, la policía de Londres descubrió en Berdmonsey, en el sudeste de la City, un local en el cual se encontraban ocultos veinte metros cúbicos de billetes de curso legal procedentes del tráfico de cocaína colombiana que, originado en la venta de droga al por menor en diversos países europeos, esperaban allí ser reintroducidos en la economía legal sin que la aparición de estas enormes cifras de dinero delatara su origen ilícito. Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 109, 110.

efectivo que genera la actividad delictiva. Esta etapa inicial del proceso de BdeC consiste en la colocación o introducción de los bienes en la economía legal a través de diversos medios, cuyo ejemplo paradigmático es el depósito en entidades financieras tradicionales como bancos o cajas de ahorro así como en los llamados “establecimientos financieros no tradicionales” como casas de cambio de moneda, casinos o servicios postales<sup>393</sup>.

## 2. Transformación/ensombrecimiento (*layering*)

Una vez introducido en algún mercado legal, el capital sucio requiere someterse a un ciclo más o menos complejo de operaciones que oculte las huellas que puedan vincularlo con la infracción legal que permitió su apropiación por los infractores<sup>394</sup>. Una serie de sucesivas operaciones económicas es el medio adecuado a tal fin. En general, suele quedar incluida en esta etapa la realización de una serie de operaciones financieras sucesivas más o menos complejas que, como eslabones de una cadena, intentan ocultar las vinculaciones existentes entre los bienes sustitutos con aquellos ilícitos que permitieron adquirirlos<sup>395</sup>.

Las sucesivas operaciones, aún cuando pudieran resultar poco justificables desde la perspectiva de la obtención de beneficios económicos (Bienes/Inversión) sí pueden serlo si se considera que este sistema de amontonamiento (*layering*) de transacciones encadenadas, entremezcladas y superpuestas dirigidas a dificultar el seguimiento de las “huellas” dejadas por el capital de origen ilícito<sup>396</sup>, tiene como objetivo principal lograr una progresiva reducción de la probabilidad de que los bienes puedan ser decomisados y/o utilizados como prueba de la comisión del hecho ilícito que les dio origen. En efecto, si algo parece caracterizar a esta segunda etapa (y aún más a la primera) es que la evitación del decomiso y/o de la prueba del delito precedente parece tener un peso superior a la obtención de una rentabilidad de los mismos, en razón del mayor riesgo de descubrimiento.

---

<sup>393</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 30.

<sup>394</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 118, 119.

<sup>395</sup> BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 79. También ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 29.

<sup>396</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 32.

### 3. Integración

La última etapa del proceso de blanqueo se encuentra constituida por la integración final de los bienes de origen ilícito en los cauces económicos oficiales<sup>397</sup>, de modo tal que los bienes aparecen como procedentes de una actividad legal<sup>398</sup>. En esta instancia la confusión del capital de origen ilícito con el capital de origen lícito es tal que, se afirma, resulta extremadamente complejo distinguirlas, de modo tal que la detección de los mismos sólo es posible si se conoce de qué modo se ha llevado a cabo el procedimiento de blanqueo<sup>399</sup>. Así, a menos que los productos de origen ilícito sean identificados en la etapa de colocación, es extremadamente difícil distinguir entre riqueza lícita e ilícita una vez que los bienes se integran en la economía<sup>400</sup>.

Sin embargo, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ alerta, con razón, acerca de que esta clasificación (y otras aún más complejas) poseen una utilidad dogmática y criminológica menor. Carece de interés dogmático ya que tiene un nulo efecto sobre la interpretación del tipo penal de BdeC así como de las normas administrativas de prevención. Desde el punto de vista criminológico, puede decirse que las técnicas de blanqueo utilizadas no pueden encuadrarse con exactitud en ninguna de estas fases, sino que, por el contrario, aquéllas pueden subsumirse indistintamente en una fase u otra sin que pueda establecerse una rígida distinción<sup>401</sup>.

Así mismo, desde el punto de vista político-criminal, las medidas de prevención y castigo se diseñan tomando en cuenta sectores económicos sensibles al blanqueo y, sobre todo, considerando cuáles agentes económicos cuentan con posiciones económicas que les permiten contar

---

<sup>397</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 149.

<sup>398</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 29.

<sup>399</sup> Por ello, se suele hacer referencia con este concepto a inversiones que suponen la “definitiva reintroducción de los fondos en el circuito legal”. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 41.

<sup>400</sup> BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 84. También ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 33. En efecto, se afirma que de las tres etapas mencionadas aquella en que el blanqueo es más vulnerable a su descubrimiento por parte de las autoridades es la primera (colocación) y, por ello, es allí donde deben concentrarse los esfuerzos de los organismos de investigación a fin de explotar esa mayor vulnerabilidad. Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 34.

<sup>401</sup> Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 41, 42, nota al pie n° 82. Indica también que no existe una rígida distinción entre etapas en la práctica del blanqueo, considerando que lo usual es el solapamiento entre ellas, FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 151.

con mejor información acerca de las técnicas de blanqueo (y sus innovaciones), más que considerando etapas rígidas<sup>402</sup>.

## V. Técnicas utilizadas para blanquear capitales

### 1. Introducción

Como consecuencia del aumento de las medidas de control adoptadas por los Estados para prevenir el BdeC, los expertos en blanqueo de grandes sumas de capital se han visto obligados a desarrollar nuevas técnicas<sup>403</sup> para tratar de eludirlas lo que, como se ha dicho, supone un aprendizaje y adaptación permanentes a los cambios en el entorno y las estrategias utilizadas por las otras partes (*efecto readaptación*). Cuanto más novedosas sean las técnicas utilizadas mayores posibilidades tendrá de pasar inadvertido ante los órganos de persecución penal y de beneficiarse de lagunas de punibilidad<sup>404</sup>. Esto ha llevado a un dinamismo sorprendente y a un alto grado de sofisticación que se ha apoyado también en las posibilidades de internacionalización de las operaciones<sup>405</sup>.

Si bien cualquier actividad económica puede ser utilizada para blanquear capitales, algunos sectores son más idóneos que otros. Los sectores que proveen más oportunidades para el blanqueo presentan las siguientes características comunes: a) utilización habitual de dinero u otros instrumentos al portador como medio de pago, b) alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos y c) un cierto grado de anonimato en las transacciones. Pero resulta difícil encontrar un ámbito económico en el que se manifiesten simultáneamente todas las características que sirven de reclamo para el dinero ilícito, razón que lleva a los blanqueadores a buscar el mercado y el territorio más favorable en cada circunstancia y a sopesar

---

<sup>402</sup> En este sentido, entiende que esta clasificación tripartita no es tan relevante desde el punto de vista de la detección de operaciones y que, por ello, el esfuerzo internacional se ha centrado en la descripción de tipologías y patrones de blanqueo, con un análisis por sector económico, ALIAGA MÉNDEZ, J.A.; “Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información”, p. 38.

<sup>403</sup> El GAFI define una “técnica” de blanqueo como una acción particular o práctica para llevar a cabo una actividad de BdeC. Así, ejemplos de técnicas son la estructuración de transacciones financieras, la sobre y subvaluación de mercancías, etc., tal como se describe en este apartado del trabajo. Otro concepto recurrente es el de “tipología” que consiste en patrones o series de tipos similares de esquemas o métodos de blanqueo. Conf. FATF-GAFI, “Money Laundering & Terrorist Financing through the Real Estate Sector”, 29 de junio de 2007, *FATF/OECD*, 2008, p. 32.

<sup>404</sup> Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 44.

<sup>405</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 59, 60.



cuidadosamente tanto las ventajas como los inconvenientes de cada uno de ellos<sup>406</sup>.

En efecto, los mencionados avances en la implementación de medidas preventivas en el sistema financiero han provocado una doble reacción por parte de los blanqueadores: por un lado, indagar nuevas vías y procedimientos de utilización del sistema financiero y, por otro, un desplazamiento de la actividad de blanqueo a otros sectores de la actividad económica (*efecto desplazamiento*)<sup>407</sup>. Así, casas de cambio de moneda, casinos de juego, establecimientos de venta de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades, establecimientos de filatelia y numismática así como empresas dedicadas a la promoción inmobiliaria y a la compraventa de inmuebles, los seguros y determinadas profesiones, se han ido transformando en instrumento de la actividad de blanqueo.

Esta información explica la respuesta político-criminal de la Unión Europea con la Directiva 2001/97/UE (segunda Directiva), que modificó la Directiva 91/308/CEE (primera Directiva) sobre “*Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*”, precisamente para ampliar su campo de acción e incluir en su espectro de alcance a otras actividades distintas, dirigiendo su atención a los profesionales del Derecho o las finanzas (notarios, abogados, auditores, contables, asesores fiscales, etc.) imponiéndole también a ellos deberes de colaboración con el sector público en la prevención del blanqueo<sup>408</sup>.

En este apartado haré una sucinta descripción de las técnicas que se han utilizado para blanquear capitales. Se trata de una selección meramente ejemplificativa que tiene la única pretensión de acercar al lector a casos concretos de blanqueo que permitan entender algo mejor el tipo de fenómeno delictivo al que se hace referencia. La excusa para la brevedad no es banal; las técnicas se clasifican con base en casos conocidos del pasado, mientras que los expertos en esta actividad se caracterizan por su capacidad de innovación frente a los cambios en el entorno regulatorio: los ejemplos de hoy son la hojarasca de mañana.

Son los organismos estatales de investigación y de persecución del BdeC quienes realizan los mejores y más serios estudios acerca de las técnicas

---

<sup>406</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 154.

<sup>407</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, pp. 23, 24.

<sup>408</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 24.

de blanqueo y cuyo contenido no suele estar disponible para el público en general: Interpol, Europol, Eurojust, Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en España, Departamento del Tesoro y DEA en Estados Unidos, TRACFIN en Francia, el GAFI, etc<sup>409</sup>.

El análisis de las técnicas que se hace a continuación puede ser considerado, entonces, como un relato de experiencias pasadas que sirven para aproximarse al objeto de estudio, más que como un análisis actual de las mismas. Por las razones ya explicadas, he optado por describir las técnicas de blanqueo por sus propias particularidades más que por su pertenencia a una u otra fase del proceso. En efecto, en la dinámica real del blanqueo de grandes sumas de capital, y tal como se desprende de algunos de los casos que siguen, las técnicas suponen una continuidad y concatenación entre ellas que no siempre permite distinguir una etapa de otra. Esta concatenación adquiere sentido al comprender el BdeC como un proceso que encuentra su punto final sólo en el punto de equilibrio entre los costes privados que supone realizar un paso adicional de blanqueo y los beneficios esperados en términos de reducción de la probabilidad de descubrimiento del origen ilícito de los bienes y la obtención de una rentabilidad de su inversión. Así, un mismo proceso de blanqueo puede contar con diversas y sucesivas técnicas de blanqueo<sup>410</sup>.

Los criterios de organización de las técnicas las haré considerando el sector económico en el que se llevan a cabo y, dentro de cada uno de éstos, distinguiendo entre aquellas prácticas que tienen lugar en el propio territorio nacional y aquéllas que suponen un mayor grado de internacionalización de la técnica, cosa que, por otro lado, y tal como se

---

<sup>409</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 28. Así, en el año 2008 el GAFI publicó un informe acerca de las nuevas tipologías de blanqueo en las que se utilizan bienes inmuebles. Este informe fue producto de una investigación con un grupo liderado por España y Holanda con la participación de Australia, Bélgica, Canadá, Japón, Líbano, Luxemburgo, México, Myanmar, Noruega, Pakistán, Portugal, Sudáfrica, Corea del Sur, Suecia, Ucrania, Reino Unido, Estados Unidos, Interpol, el Banco Central Europeo y la OCDE. Ver el informe FATF-GAFI, “Money Laundering & Terrorist Financing through the Real Estate Sector”.

<sup>410</sup> Acerca de la práctica de concatenar diversas técnicas en un mismo proceso de blanqueo, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 45. Puede verse una tal concatenación de diversas técnicas de blanqueo en el detallado análisis de casos concretos de BdeC investigados por las fuerza policiales y la Guardia Civil (Operación Bengala, Operación Solarium-120, Operación Rosana, Operación Paralelo) realizado por ÁVILA SOLANA, E.; “Las tipologías de blanqueo en España (II): casos prácticos específicos del blanqueo”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 95-104.

ha expresado, caracteriza al BdeC de grandes sumas de dinero<sup>411</sup>. Esta clasificación encuentra un sentido criminológico y político-criminal ya que permite analizar los efectos de desplazamiento y atracción producto de las diferencias regulatorias que presentan (o han presentado) distintas actividades económicas y territorios nacionales que ha dado lugar a una adaptación de los blanqueadores (como agentes racionales) a partir del aprendizaje de las plazas más seguras para llevar a cabo la inversión (y reinversión) del capital de origen ilícito<sup>412</sup>.

No debe omitirse que el estudio actualizado que deben realizar los organismos de control acerca de las técnicas de blanqueo sirve como base empírica tanto para el éxito de la investigación policial y judicial así como, y más importante para el presente estudio, para la elaboración de normas tendentes a evitar el BdeC (respuesta político-criminal)<sup>413</sup> tanto en relación con la regulación de ciertos mercados como con la creación de sanciones u otros incentivos negativos para aquellos territorios que proveen oportunidades para el blanqueo<sup>414</sup>. Por ello, la descripción de las

---

<sup>411</sup> Sigo en esta clasificación, en gran parte, la que lleva a cabo ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 43 y ss.; como contraposición a la clasificación propuesta por Blanco Cordero y Álvarez Pastor D./Eguidazu Palacios, quienes se centran en la subsunción de cada técnica en las distintas fases de blanqueo ya mencionadas *supra*; ver BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 70 y ss.; y ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 28 y ss. Una lista de diversas técnicas utilizadas en el blanqueo con especial mención del caso español, puede verse en PINILLA RODRÍGUEZ, A. ; “Las tipologías de blanqueo en España (I): estudio de las tipologías más frecuentes en nuestro país”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 76 y ss.

<sup>412</sup> Así, por ejemplo, en España se llevó a cabo a fines de los años 90 un estudio de 30 operaciones seleccionadas por su cuantía, originadas básicamente como consecuencia de comunicaciones de operaciones sospechosas efectuadas por los sujetos obligados, así como por actuaciones abiertas por actas de aprehensiones de moneda con destino a su exportación por frontera sin contar con la preceptiva declaración y como consecuencia de solicitudes de información cursadas por otras Unidades de Inteligencia Financiera. Se investigaron un total de 91 personas titulares de operaciones por un importe superior a 14.000 millones de pesetas de lo que pudo deducirse tres características fundamentales del blanqueo en España: tráfico de drogas como actividad delictiva generadora, entidades de crédito como sector en que se intentó el blanqueo y dinero en efectivo como principal activo utilizado. Conf. PINILLA RODRÍGUEZ, A. ; “Las tipologías de blanqueo en España (I): estudio de las tipologías más frecuentes en nuestro país”, pp. 75, 76.

<sup>413</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 79.

<sup>414</sup> Acerca de la política del GAFI contra los Territorios No Cooperadores, que constituye verdaderas listas negras de países que no implementan medidas adecuadas de prevención del BdeC, ver PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, *study by The Basel Institute on Governance, Commissioned by The Stiftung Finanzplatz Schweiz (Summary)*, Basel, 2003. (en [www.baselgovernance.org/publications/working-papers/](http://www.baselgovernance.org/publications/working-papers/)) (visitada el 17 de enero de 2008).

técnicas de blanqueo antecede al estudio de las regulaciones sectoriales dirigidas a la prevención de dicha actividad delictiva (prevención del efecto desplazamiento de un mercado a otro) y al planteamiento en el plano internacional de la necesidad de una regulación armónica (prevención del efecto desplazamiento de un territorio a otro).

## 2. Técnicas de BdeC por sector económico

### A. Sector financiero (I): entidades financieras

El procedimiento más extendido para deshacerse de dinero al contado consiste en dejarlo en manos del sistema financiero mediante su ingreso en cuentas bancarias<sup>415</sup>. Los procedimientos utilizados para introducir el dinero en *entidades financieras* persiguen eludir los controles impuestos por las normas de prevención del BdeC por diversos medios. Por un lado, por medio del fraccionamiento de las sumas elevadas de dinero en otras múltiples de menor cuantía a lo largo de un período determinado, bien sea al contado, bien a través de otros instrumentos<sup>416</sup>. Esto se debe a que las legislaciones nacionales suelen establecer exigencias de identificación, investigación y reporte para todas las operaciones cuya cuantía sea superior a una determinada cifra (la Directiva Europea 2005/60/UE exige, por ejemplo, la identificación del titular para todas las transacciones u operaciones que superen los 15.000 euros).

En esta instancia resulta común la intermediación de “hombres de paja” o la constitución de personas jurídicas para ocultar la titularidad real y el origen de los bienes utilizados<sup>417</sup>. Evidentemente, el fraccionamiento será más eficaz para evitar los controles cuanto mayor sea el número de testaferros y sucursales utilizados. Posteriormente el dinero se traslada mediante orden de transferencia a una cuenta corriente en otra entidad

---

<sup>415</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 109, 114.

<sup>416</sup> Este procedimiento se ha dado en llamar “smurfing”, palabra tomada del término “smurf” que procede del mundo del cómic, ámbito en el que denomina con ese término a unos pequeños personajes azules –conocidos en España como “pitufos”-. En el mundo del BdeC se hace referencia con esta palabra a los miembros del clan que se encargan de fraccionar y ejecutar pequeñas operaciones económicas de enorme volumen en su conjunto, organización en la que “Papá Smurf” es el gran director financiero a cuyo servicio se encuentran los pitufos. Todo conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 114 y nota al pie n° 115.

<sup>417</sup> Para ello se ha recurrido tanto a la utilización de identidades falsas, indigentes, colaboradores de la organización de bajo rango. Por otro lado, las entidades constituidas suelen denominarse “sociedades pantalla” porque su función real reside en ofrecer cobertura a las operaciones ilícitas, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 47, 65, 66.

(fuera o dentro del país)<sup>418</sup>. Por otro lado, se puede contar con la complicidad del personal de la entidad financiera, ya sean empleados o directivos, lo que permite sortear los controles impuestos por las normas legales con mayor facilidad<sup>419</sup>.

El *mercado de valores*, es decir, aquella parte del mercado financiero a través del cual se canalizan la oferta y demanda sobre valores de financiación a medio y largo plazo también puede ser utilizado para el BdeC: el dinero en metálico u otros bienes de origen ilícito pueden ser convertidos en instrumentos financieros alternativos, como acciones y bonos<sup>420</sup>. Así mismo, el dinero puede ser depositado en una cuenta de mercado y ser empleado por agencias de valores para comprar acciones u otros instrumentos financieros. Al vencer el plazo de amortización de los títulos valores suscritos, los fondos se van situando en otros países y en inversiones diversificadas<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> Una de las formas más discretas de canalizar dinero de un punto geográfico a otro consiste en valerse de mecanismos de compensación entre dos oficinas de una misma institución financiera, estén o no bajo una misma jurisdicción. Los controles oficiales que pretenden detectar operaciones sospechosas suelen ser ineficaces ya que se trata de movimientos que se verifican puertas adentro de una misma entidad de modo tal que no existe una transferencia de capital desde un país a otro. Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 136. También debe mencionarse la utilización de instrumentos de pago como cheques de viaje, cheques bancarios, letras, etc., que pueden ser transportados fácilmente a otros países o pueden ingresarse en otras cuentas bancarias sin someterse a las exigencias de identificación aplicables al ingreso en efectivo. Así mismo, los sistemas de transferencias electrónicas mueven diariamente miles de millones de dólares en transacciones internacionales. Aunque los bancos de EEUU y la Unión Europea exigen la identificación del cliente, el elevado volumen de transferencias electrónicas y su carácter instantáneo hace que sea un área difícil de vigilar. El GAFI afirma que este es el método más usual de enmascaramiento utilizado por los blanqueadores, en virtud de la rapidez, distancia a la que pueden transferirse los fondos y el anonimato que permiten estas operaciones. En efecto, las transacciones electrónicas son muy difíciles de detectar porque sólo se exige a los clientes proporcionar cantidades mínimas de información sobre su identidad y facilitan el movimiento internacional de elevadas sumas de dinero en segundos. La ocultación del paradero de quien realiza la operación es una de las ventajas que provee esta técnica de blanqueo. Todo conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 32.

<sup>419</sup> Todo conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 30.

<sup>420</sup> Junto con esta afirmación puede encontrarse un análisis detallado de la prevención del BdeC en el mercado de valores en España, así como de la supervisión prudencial e inspección de las empresas de servicios de inversión con mención de casos de blanqueo en este ámbito, ORTUÑO, C.; “Las tipologías en el ámbito internacional (I): Mercado de Valores”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 129, 130 y 145 y ss.

<sup>421</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 68.

Lo propio ocurre con otro tipo de inversiones financieras como, por un lado, el *sector de las compañías de seguro*, que en los países desarrollados constituyen una industria con importantes concentraciones de capital que maneja grandes volúmenes de transacciones<sup>422</sup>, o, por otro lado, la adquisición de activos financieros opacos en la que para minimizar los riesgos jurídico-penales derivados de la adquisición de los bonos suelen utilizarse sociedades cuyos socios son personas interpuestas y que tienen como administrador único a un individuo de confianza de los poseedores de bienes que se destinan al blanqueo<sup>423</sup>.

La internacionalización del sector financiero, tal como ya se ha mencionado, ha creado muchas oportunidades para comprar valores en cualquier mercado del mundo moviendo los bienes de un mercado a otro<sup>424</sup>. Así, por ejemplo, una vez que una cuenta de mercado se ha establecido con una firma que tenga oficinas en otros países, la cuenta puede ser empleada, transferida o cerrada en cualquier país. Sin embargo, no cabe duda de que los dos mayores obstáculos que encuentra la prevención del BdeC en el sector financiero en la actualidad son la presencia de sistemas bancarios clandestinos o irregulares como la *Banca Hawalla*<sup>425</sup> y la existencia de paraísos fiscales<sup>426</sup>, ya que en ambos casos

---

<sup>422</sup> Todo conf. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 78. Un instrumento de blanqueo reconocido en este sector fue el de los “seguros de prima única”: se contrata un seguro a nombre de una persona que puede ser el poseedor de los bienes de origen ilícito o un tercero. Se trataba de un tipo de seguro que no reunía en realidad las características necesarias para ser denominado “seguro” pues aseguraba la vida del tomador a un breve espacio de tiempo (unos meses) siendo la cantidad percibida en caso de fallecimiento muy similar a la que correspondía para el caso de supervivencia. En realidad se trataba de depósitos a plazo fijo que se etiquetaban como seguros porque resultaba más beneficioso desde el punto de vista fiscal. No se trataba de una técnica que permitiera blanquear los bienes definitivamente, ya que el dinero al final del período debía ser retirado e invertido en otra actividad, pero permitía tanto evitar la posesión de grandes sumas de dinero en efectivo que se encuentran sujetas al riesgo de robo o degradación y, al mismo tiempo, permitían explicar de algún modo que se habían recibido bienes de una entidad financiera y, por ello, encontrar una justificación para su posesión. Todo conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 53, 54. También sobre los seguros de prima única, ver FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 118, 119.

<sup>423</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 51, 52.

<sup>424</sup> Acerca de la utilización del sistema bancario internacional y, en particular, de los paraísos fiscales en la etapa de “ensombrecimiento”, ver FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 134 y ss.

<sup>425</sup> Esta banca informal permite realizar operaciones sin que quede rastro alguno de la operación realizada. En efecto, estos sistemas se caracterizan por eludir todos los controles exigidos al sistema bancario legal. Su operatividad es la siguiente: en primer lugar, el poseedor de los bienes entrega el dinero al banquero clandestino de quien obtiene un recibo especial y, por su parte, el banquero comunica a su socio en el país destinatario que ha recibido el dinero; luego, el cliente presenta el recibo en el país

existen importantes limitaciones fácticas a la capacidad de control de los organismos reguladores y al seguimiento del origen y rastro del dinero.

## **B. Sector financiero (II): establecimientos financieros no convencionales**

En la medida en que las normas de prevención del BdeC se fueron concentrando en el sector financiero convencional (banca, seguros, sociedades de bolsa) se produjo un desplazamiento de la actividad delictiva de BdeC a otros establecimientos financieros en virtud de que su actividad se encontraba menos regulada<sup>427</sup>.

Se trata de entidades que proveen servicios similares a los bancos como, por ejemplo, las pequeñas oficinas de cambio de moneda, que poseen unas cualidades excelentes para el suministro irregular de divisas. La informalidad que ha caracterizado a este tipo de negocio durante mucho tiempo lo ha convertido en pieza fundamental sobre la que se apoyan importantes redes dedicadas al blanqueo a gran escala<sup>428</sup>. La compra de divisas suele tener por objeto facilitar ulteriores operaciones de blanqueo en el exterior del país. En el caso de compra en el mercado oficial la complejidad de la operatoria dependerá de la cifra que se necesita blanquear: si se trata de cantidades pequeñas se pueden utilizar diversos prestanombres que realizan el cambio de moneda y viajan al extranjero (declarando el dinero como destinado a gastos de viaje) y allí entregan el mismo a otros individuos que se encargan de invertirlos en esa plaza. Si se trata de grandes cifras de divisas resultará necesaria la apertura de una

---

extranjero y recibe el dinero acordado en moneda local. Conf. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 90, 91. Acerca de la *Banca Hawalla*, *Banca Chop* o *Banca Chiti*, distintos nombres que reciben estas redes clandestinas ilegales en los países musulmanes, en los países asiáticos y en China respectivamente, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 68, 69. También FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 138

<sup>426</sup> Sin embargo, los paraísos fiscales son identificados por los organismos reguladores como países no cooperadores, de modo tal que si quiere ocultarse el origen ilícito del capital resultará necesario transferirlo e invertirlo en otros territorios que no cuentan con tal calificación negativa. Esta inversión en otros destinos suele llevarse a cabo apelando a otras técnicas de blanqueo como la simulación de préstamos hipotecarios o, en caso de tratarse de sumas menos elevadas, el titular de los bienes de origen ilegal suele utilizar una tarjeta de crédito emitida por el banco del paraíso fiscal donde se encuentra depositado el dinero. Todo conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 64, 65.

<sup>427</sup> Acerca del desplazamiento de las actividades de blanqueo a sectores de la actividad económica con menos controles, FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 138.

<sup>428</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 131.

casa de cambio vinculada a los poseedores de los bienes destinados al blanqueo.

### C. Sector comercial y de servicios

Si la existencia de dinero en efectivo en grandes cantidades constituye una fuente de sospechas que puede incrementar el riesgo de descubrimiento del origen sucio del dinero, la mejor manera de atenuarlas es contar con una actividad comercial en algún mercado lícito en el que sea usual la presencia de moneda de curso legal<sup>429</sup>. Así, cualquier tipo de negocio que genere una gran cantidad de ingresos en efectivo y no emita factura, sino notas de entrega o tickets, es un buen instrumento para blanquear<sup>430</sup>: bares, restaurantes, supermercados, sociedades de explotación de máquinas tragaperras, etc., son una excelente cobertura para el blanqueo de dinero sucio.

Tales actividades comerciales suelen ser utilizadas como empresas pantalla o fantasma para encubrir su utilización como medio de blanqueo<sup>431</sup>. En estas actividades resulta prácticamente imposible establecer un control pormenorizado de todas y cada una de las transacciones puntuales con la clientela, razón por la cual no parece difícil aumentar artificialmente la cifra de los ingresos reales<sup>432</sup>. En efecto, basta con declarar unos beneficios superiores a los reales para blanquear esos fondos; el coste de la operación será únicamente el pago de los impuestos correspondientes a lo efectivamente declarado. De este modo, la mezcla del dinero obtenido ilícitamente con el de origen lícito dificulta enormemente la prueba del delito de blanqueo y la identificación del capital sucio para su decomiso. Así, el poseedor de estos billetes y titular de un comercio de estas características (un restaurante, por ejemplo) podrá abrir una cuenta bancaria en una entidad, obtener créditos, adquirir bienes muebles o inmuebles, todo con el dinero obtenido periódicamente

---

<sup>429</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 123.

<sup>430</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 55.

<sup>431</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 31.

<sup>432</sup> Sin duda, este mecanismo se ve favorecido por el sistema de tributos por signos, índices o módulos, con el que se pretende estimar la base imponible de la persona sujeta al impuesto a través de determinados indicadores que sirven para calcular esa base imponible, eximiendo al contribuyente de la gravosa carga de llevar una contabilidad estricta. Así, los blanqueadores no tienen más que aumentar artificialmente los módulos para justificar grandes cantidades de efectivo en billetes pequeños. Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 124.



de una actividad ilegal (como la venta de drogas) que encuentran respaldo legal en una actividad comercial que le sirve como pantalla<sup>433</sup>.

También otras actividades del sector de servicios presentan oportunidades para blanquear capitales. Lo usual es crear sociedades ficticias que prestan sus ficticios servicios a cambio, por supuesto, del pago de honorarios. Lo atractivo de este sector es que su adscripción al sector terciario de la economía –asesoría de empresas, elaboración de informes, etc.- vuelve más complejo fiscalizar el efectivo desarrollo de las actividades. Esta modalidad puede hacerse más sofisticada si se sitúa el domicilio de la empresa en un territorio que asegure la protección del secreto societario, bancario y profesional en el cual puedan crearse estas sociedades ficticias o “sociedades buzón” –*letter box companies*-, caracterizadas por no contar con ninguna clase de medios de gestión ni de actividades económicas, limitándose tan solo a tener un simple casillero con su nombre situado en un banco o en el despacho de un abogado o de un contable en el que recibir la correspondencia<sup>434</sup>.

Las empresas pantalla (en muchas ocasiones, domiciliadas en paraísos fiscales) son muy útiles en el proceso de blanqueo. Una de las técnicas que las combina con la obtención de crédito es el denominado “préstamo de regreso” (o “préstamo de retorno”): el blanqueador crea una empresa en un paraíso fiscal, ocultando su verdadera propiedad, y abre una cuenta en un banco local. De este forma puede financiar la compra de un negocio en su país mediante la concesión de un préstamo de su propia empresa, de modo tal que no necesita justificar en el país que va a realizar la inversión (usualmente un territorio con más controles antiblanqueo) cuál es la fuente del capital ya que ésta tiene su origen en un préstamo de la otra empresa –propia- (situada en un país con menores controles en la prevención del blanqueo)<sup>435</sup>.

#### **D. Sector inmobiliario**

La compraventa de inmuebles es uno de los vehículos más habituales de blanqueo de capitales de origen ilícito. Son bienes relativamente líquidos y su valor real no es fácil de estimar, de modo tal que no resulta fácil para las autoridades determinar el precio real de compraventa del inmueble.

---

<sup>433</sup> Todo conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 56.

<sup>434</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 147.

<sup>435</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 33. Ver también BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 86, 87. También en FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 144, 145.

Por ello, no resulta complejo declarar un precio superior del inmueble al realmente pagado de forma tal que se genera una plusvalía ficticia que permite, luego, vender el piso a un valor más elevado y, de este modo, capacitar al último vendedor para mostrar una fuente legítima (en apariencia) de capital. El desfase existente entre el valor catastral y valor real de un inmueble permite que éste, tras una operación de compraventa, pueda ser reinscrito con un valor muy superior sin levantar sospechas<sup>436</sup>. Esta técnica no requiere que el poseedor de los bienes de origen ilícito sea quien adquiera los inmuebles; por el contrario, se puede elaborar una estrategia más compleja que incluya a empresas pantalla que cumplen la función de adquirentes en nombre del verdadero titular de los mismos<sup>437</sup>.

## E. Sector de casinos y juegos de azar

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ presenta dos ejemplos que muestran con claridad la utilización de actividades de juegos de azar para el blanqueo de capitales: el caso de los casinos y el de los boletos premiados de loterías. En el caso de los casinos, un miembro de la organización compra una gran cantidad de fichas que otro individuo vuelve a cambiar por dinero alegando que las ha obtenido en el juego y solicitando un recibo del casino que acredita haber conseguido esa cantidad como premio. El caso de los boletos premiados de lotería consiste en que quien necesita blanquear capital de origen ilícito se pone en contacto, usualmente por medio de un intermediario, con el ganador para comprar el billete premiado por un

---

<sup>436</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 50, 51. Un estudio actualizado de las distintas tipologías de blanqueo en el ámbito de los bienes inmuebles en FATF-GAFI, “Money Laundering & Terrorist Financing through the Real Estate Sector”.

<sup>437</sup> Ver ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 33. Ver también BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 85. Aránguez Sánchez explica cómo opera el proceso que combina las inversiones inmobiliarias en España con la constitución de empresas en el extranjero como técnicas de blanqueo: 1) en primer lugar, se constituyen varias sociedades anónimas en paraísos fiscales y sus consejos de administración se encuentran conformados por testaferros, que no ejercen un control efectivo sobre la sociedad; 2) se procede entonces a la constitución en España de otra sociedad, de la que son socios mayoritarios las sociedades extranjeras previamente constituidas y que tienen como objeto social la intermediación y gestión en operaciones internacionales de inversión inmobiliaria; 3) como representante o apoderado con plenos poderes de esta sociedad suele actuar una persona con responsabilidad dentro de la organización criminal; 4) las sociedades extranjeras realizan inversiones en el sector inmobiliario español, actuando como representante para la gestión del capital invertido la sociedad constituida en España; 5) el capital colocado cumple la normativa sobre inversiones extranjeras o, en su caso, verificadas por la Dirección General de Transacciones Exteriores. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 70, 71.

monto superior al del premio. De este modo, el poseedor de bienes de origen ilícito obtiene una justificación para su capital y el verdadero ganador del premio obtiene una suma adicional de dinero a la que hubiera obtenido de cobrar el premio (el adicional supone el coste del blanqueo para el poseedor de bienes de origen ilícito)<sup>438</sup>.

## F. Sector de compraventa de joyas, metales preciosos, obras de arte y antigüedades

Las joyas y los metales preciosos tiene un característica que los hace más interesantes que la mera posesión de dinero en efectivo: mientras que el dinero en grandes cantidades es pesado y voluminoso, las joyas, por su tamaño y alto valor económico, pueden guardarse más fácilmente en cajas de seguridad o eludir los controles aduaneros para sacarlos del país<sup>439</sup> (es muy diferente querer salir del país con 200 mil euros en billetes que con un reloj, un anillo y un colgante por el mismo valor, que el poseedor puede llevar puestos). Así, estos bienes presentan la particularidad de que pueden ser vendidos tanto en el propio país como en el extranjero (lo que supone un medio de contrabando de bienes menos riesgoso que el traslado de dinero en efectivo)<sup>440</sup>.

El oro en todas sus formas –lingotes, monedas, joyas, etc.- cuenta con la ventaja de ser aceptado en todo el mundo como un valor estable y de gran liquidez. La Policía española ha llegado a afirmar que este metal se ha convertido en la gran estrella del blanqueo, ya que las transacciones de oro son fácilmente ocultables a través de procedimientos de elaboración y conversión de lingotes en joyas, y su conversión de nuevo en lingotes, para simular transacciones legítimas<sup>441</sup>.

---

<sup>438</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 58, 59. También acerca de la utilización de los casinos y la compra de billetes premiados de lotería así como de otras técnicas de blanqueo en el ámbito del juego, FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 120-122. Un caso que permite mostrar cuán cerca se encuentra la realidad de este tipo de estrategias, se encuentra en la trama de corrupción urbanística ocurrida en la ciudad de Marbella, denominada por la prensa como “Caso Malaya” en la cual uno de los presuntamente implicados “(...) aseguró que en los últimos diez o quince años le ha tocado ‘varias veces’ la lotería”. Ver *Roca declara al juez que le tocó la lotería en varias ocasiones*, en diario *El País* de 20 de marzo de 2007.

<sup>439</sup> Conf. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 32. En el mismo sentido, con un interesantísimo análisis del mercado de compra-venta de diamantes, VAN DIJCK, M.; “Has clarity been brought to the diamond sector? A survey into AML and TF risk mitigation by diamond traders and their financiers”, en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 77, 79 y ss.

<sup>440</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 80.

<sup>441</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 139.

Las obras de arte cumplen una función similar aunque dependiendo de sus particularidades puede ser más complejo guardarlas en un lugar seguro (ya que suelen necesitar condiciones especiales de ambiente para su conservación) y puede resultar más complejo sacarlas del territorio nacional (una cerámica original de la dinastía Ming no es algo que un individuo suela llevar puesto). Sin embargo, el hecho de que, al igual que las joyas, sí pueden tener un gran valor económico y sirven como medio de pago en cualquier lugar del mundo los convierte en un interesante instrumento de blanqueo<sup>442</sup>.

Así mismo, la adquisición de joyas puede combinarse con la técnica de devolución de mercancías a través de contrabandistas para desarrollar una técnica de blanqueo internacional. En este caso se procede a realizar un contrato de compraventa internacional por parte de una empresa española cuyo objeto sea la adquisición de un bien muy valioso pero fácil de transportar, como las piedras preciosas. Al mismo tiempo, se constituye una sociedad en el extranjero que será la que venda la mercancía. Se abona el precio de las piedras preciosas que realmente llegan a España, quedando constancia documental oportuna en la inspección aduanera. La particularidad de esta técnica es que, una vez en España, las piedras preciosas son devueltas a través de contrabandistas a su lugar de origen. La operación se repite las veces que sea necesario. El dinero transferido al país elegido se puede justificar siempre como el producto de esas ventas de piedras preciosas de modo tal que se cuenta con documentos aduaneros que acreditan que la mercancía circuló efectivamente entre ambos países<sup>443</sup>.

### **3. Conclusión**

La descripción de las técnicas de blanqueo tiene un carácter meramente enunciativo y de ningún modo puede pretender exhaustividad. Sí resulta útil destacar que la utilización de los distintos sectores económicos para el blanqueo, así como el carácter nacional o transnacional de las operaciones, no constituyen compartimentos estancos sino que, por el contrario, se combinan de forma sistemática con la finalidad de agregar fases sucesivas al proceso de blanqueo, hasta aquel punto en que llevar a cabo una fase adicional tenga para el poseedor de los bienes costes marginales superiores a sus beneficios: ese punto de equilibrio será la conclusión del proceso.

---

<sup>442</sup> Todo conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 59, 60.

<sup>443</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 73.

Así, por ejemplo, los poseedores de una importante suma de dinero para blanquear en un país A pueden inaugurar un restaurante en el que podrán declarar una actividad que les permita justificar la posesión de dinero en efectivo que, luego, será depositada en cuentas bancarias con la justificación ante la entidad financiera de la actividad económica declarada. Así mismo, podrán contratar ficticiamente personal que, luego, podría transferir sus ingresos a cuentas en el exterior a un país B, bajo el pretexto, por ejemplo, de ser remesas dirigidas a sus familiares en aquel país. Así mismo, los propietarios del restaurante podrán, luego, comprar inmuebles con los beneficios obtenidos, tanto en el territorio del país A como en otros con la justificación de su actividad. Una vez que el dinero ha sido invertido en el país B el proceso de blanqueo concluirá si se considera que el riesgo de descubrimiento no justifica el coste de pasos adicionales. En ese caso, a partir de allí, los criterios de inversión del capital seguirán los usuales del dinero limpio, ya que la tasa de riesgo inherente al capital sucio (decomiso, utilización como prueba) ya no jugará un papel en la toma de decisiones. Si, por el contrario, el riesgo de descubrimiento sigue siendo lo suficientemente alto como para llevar a cabo fases adicionales, los inmuebles serán vendidos y el capital obtenido de ellos será invertido, con la justificación de provenir de la venta de un inmueble, en otras inversiones en el propio país B o en terceros países C, D, E, etc, realizándose las transferencias al exterior al amparo de la legalidad de dicha venta.

El nivel de sofisticación alcanzado por el proceso se encontrará en relación directa con la cantidad de capital sucio y los vínculos personales del poseedor del capital: a mayor capital y vínculos más fácil será la contratación de blanqueadores profesionales que, por ende, utilizarán las técnicas más complejas posibles y necesarias para eludir los controles estatales.

## **VI. Sumario y orientación**

En este capítulo se ha pretendido realizar una aproximación conceptual y fenomenológica al BdeC partiendo de una definición criminológica del mismo (distinguiéndola de la jurídica, que se analizará *infra*). Así, el BdeC se ha definido como un *proceso más o menos complejo (dependiendo de las circunstancias) que trata con bienes de origen ilícito (delictivo) y que tiene la finalidad de incorporar dichos bienes en la economía legal para transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen ilícito en poder de adquisición efectivo, lo que implica ocultar dicho origen ilícito.*

Así mismo, profundizando un poco más en las particularidades del BdeC se ha identificado que los bienes sujetos a blanqueo cumplen tres funciones distintas para el beneficiario y que cada una de estas funciones coadyuva a explicar la motivación del beneficiario del blanqueo para llevarlo a cabo. Se ha afirmado que los bienes son: 1) ganancia derivada del delito cometido y orientada al consumo: Bienes/Consumo; 2) prueba del delito cometido: Bienes/Prueba; 3) ganancia derivada del delito y orientada a la inversión para obtener una renta: Bienes/Inversión. Estas tres categorías se aplican de forma general a los beneficios económicos de toda actividad delictiva: incluye, por ende, tanto los beneficios económicos obtenidos por el autor del delito previo (que da origen a los bienes que se blanquean) como a los honorarios obtenidos por el blanqueador profesional, los que también son beneficios económicos del delito (el propio BdeC).

Luego se han analizado ciertas particularidades que presenta el BdeC contemporáneo: la magnitud económica del fenómeno, su vinculación con el crimen organizado, la internacionalización y profesionalización de los blanqueadores, caracterizan al BdeC de grandes sumas de capital, aun cuando la definición que hemos propuesto alcanza todo blanqueo de bienes independientemente de su valor. Así mismo, se ha descrito el modelo del GAFI para analizar el BdeC como un proceso compuesto por tres fases sucesivas: la introducción, la transformación y la integración de los bienes en la economía legal para considerar, por último, algunas técnicas de BdeC que se han desarrollado en distintos sectores económicos, a saber: sector financiero, actividades comerciales y de servicios, sector inmobiliario, sector comercial, sector de casinos y juego de azar, sector de compraventa de joyas, metales preciosos, obras de arte y antigüedades.

En el próximo capítulo se analizarán los costes y beneficios sociales del blanqueo partiendo de la base definicional y las funciones de los bienes analizadas en este capítulo.

## Capítulo II

### Costes y Beneficios Sociales

#### del Blanqueo de Capitales

#### I. Introducción

Los estudios sobre la lesividad social del BdeC publicados en España y Alemania suelen comenzar con el análisis del bien jurídico protegido por el tipo penal de blanqueo. Esta perspectiva, que resulta justificada al tratarse de estudios de la Parte Especial del Derecho penal, presenta la limitación de soslayar, en algunas ocasiones, una perspectiva previa a la jurídico-penal que permita analizar la lesividad social de la actividad de blanqueo así como sus beneficios sociales, con una metodología desprendida del pre-juicio que supone partir del estudio de su prohibición.

En efecto, la cuestión del daño social a que da origen la inversión de las ganancias provenientes de actividades delictivas (lesividad social) debe deslindarse del debate jurídico-penal acerca del bien jurídico protegido por el tipo penal de blanqueo de capitales<sup>444</sup>. Resulta necesario determinar cuáles son los *daños sociales* que causa la inversión en la economía legal del capital proveniente de actividades delictivas, así como cuáles son los *beneficios sociales* que esta actividad reporta. Recién luego se podrá saber cuáles son los argumentos de utilidad social que pueden legitimar una

#### II. Análisis de los costes y beneficios del BdeC

##### 1. Introducción

En este punto procederé a identificar con claridad los *daños sociales* que puede atribuirse a la inversión en la economía legal del capital

---

<sup>444</sup> En esta línea de trabajo, distingue la perspectiva político-criminal (lesividad social) de la jurídico-penal (bien jurídico protegido) en el análisis del BdeC, FORTHAUSER, R.; *Geldwäscherei de lege lata et lege ferenda*, VVF, Munich, 1992, pp. 107 y ss. y 119 y ss.

proveniente de actividades delictivas, así como cuáles los *beneficios sociales* que esta actividad reporta<sup>445</sup>.

Analizaré los incentivos que crea la actividad de blanqueo como precedente necesario del posterior análisis que permita analizar la lesividad social de esta actividad. La finalidad de este análisis positivo (es decir, descriptivo) de las respuestas conductuales a la estructura de incentivos y desincentivos es aislar aquellos efectos lesivos que pueden atribuirse a la actividad de blanqueo en sí y los que deben atribuirse a las regulaciones legales dirigidas a la prevención y sanción de las infracciones. Todo ello permitirá analizar, luego, cuáles daños sociales deben atribuirse al blanqueo y cuáles a la regulación legal como efectos no deseados de la misma: sólo así podrán aislarse los daños sociales que pueden atribuirse al blanqueo y ponderarlo con sus beneficios sociales. Como se ha dicho, el instrumento que utilizaré para comparar los distintos incentivos es el *Análisis Institucional Comparado*, que permite describir y comparar los incentivos que crean tanto la actividad de blanqueo como diferentes modelos de intervención sobre esa actividad.

Debe tenerse presente que el BdeC supone diferentes estructuras de intervinientes en el proceso (y, por ende, de incentivos): partiré de una tripartición de actores racionales; por un lado, el autor del delito previo que tiene interés en blanquear los bienes, por otro, el blanqueador que actúa intencionalmente proveyendo el servicio de blanqueo y, por último, en caso de ser distinto, el sujeto obligado a colaborar en la prevención (verbigracia, la entidad financiera y/o sus empleados o directivos) que blanquean los bienes de forma imprudente, con ignorancia deliberada o con dolo eventual<sup>446</sup>.

---

<sup>445</sup> Debe admitirse que el AED parece haber sido incapaz para establecer una categoría criminal, esto es, para determinar cuándo un acto debe ser incluido en la categoría de delito. La ausencia de esta teoría lleva a que los economistas suelen referir al delito como un acto que produce un daño social sin que se explique explícitamente qué significa éste. Conf. MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.; *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, p. 17. Como podrá observarse la estrategia argumental que presento pretende hacer un acercamiento progresivo a la lesividad social del blanqueo considerando una serie de bienes o intereses sociales cuyo valor social parece estar fuera de discusión, asumiendo el riesgo de cierta vaguedad en la definición del concepto “daño social”. Luego, al analizar la legislación penal, la aproximación se lleva a cabo desde el concepto más tradicional de bien jurídico.

<sup>446</sup> Acerca de la distinta estructura de intervinientes que supone el BdeC, distinguiendo entre el autor del delito previo y el blanqueador (bipartición), FORTHAUSER, R.; *Geldwäscherei de lege lata et lege ferenda*, p. 116.



## 2. Análisis de los incentivos que determinan diferentes diseños del entorno legal

En la doctrina se ha discutido acerca de la conveniencia de “legalizar” el BdeC. Sin embargo, el concepto “legalización” no siempre es utilizado en el mismo sentido. En efecto, la prohibición del BdeC tiene diversos aspectos, todos los cuales deben ser evaluados para considerar los costes y beneficios de dicha decisión pública.

Considero que la comparación entre las alternativas institucionales de la prohibición y la legalización del BdeC debe hacerse considerando variables adicionales a la mera responsabilidad penal o administrativa de los terceros-blanqueadores. La decisión de legalizar o prohibir debe incluir la referencia a tres variables:

- 1) *Privación de las “ganancias” derivadas del delito (Bienes/Consumo y Bienes/Inversión)*: legalizar significa, en esta variable, atribuir derechos de propiedad a los infractores que cometieron el ilícito que da origen a los beneficios económicos de la actividad delictiva (por ejemplo, el funcionario público adquiere derechos de propiedad sobre el dinero que cobró como soborno). Prohibir, por el contrario, significa que el Estado tiene derecho al **decomiso** de los bienes procedentes de la actividad ilícita o que la víctima tiene derecho a la restitución de los mismos.
- 2) *Utilización de los bienes de origen delictivo como “prueba” del ilícito precedente (Bienes/Prueba)*: legalizar significa aquí que el Estado no podrá utilizar los bienes derivados de la actividad ilícita como prueba (o indicio probatorio) de la comisión de aquella. Prohibir, por el contrario, significa que el Estado puede **utilizar estos bienes provenientes de la actividad ilícita como prueba** de la comisión de ésta.
- 3) *Responsabilización e imposición de sanciones a los blanqueadores*: aquí hago referencia no sólo a los deberes especiales que obligan a los sujetos obligados a cumplir deberes de colaboración (verbigracia; entidades financieras, notarios, abogados, etc.) sino también a la tipificación penal de la conducta que incumbe a todos los ciudadanos como deber general. Legalizar significa derogar toda sanción jurídica negativa u otro tipo de desincentivo que se imponen a éstos. Prohibir, por el contrario, significa **imponer sanciones jurídicas negativas** u otro tipo de desincentivo.

La combinación de las tres variables mencionadas permite construir una tabla que muestra todas las variantes posibles:

Combinación	Sanción a 3ros.	Dcho. de Propiedad	Prueba del ilícito
1	+	+	+
2	+	+	-
3	+	-	-
4	+	-	+
5	-	-	-
6	-	-	+
7	-	+	-
8	-	+	+

De las alternativas regulatorias planteadas existen algunas que *no serán analizadas* por carecer de sentido, a saber: las combinaciones n° 1, 2, 3, 5, 8<sup>447</sup>.

---

<sup>447</sup> La **combinación 1** significa que el infractor adquiere derechos de propiedad sobre los bienes de origen ilícito (no hay decomiso ni intervención legal con función equivalente), al mismo tiempo que éstos pueden ser utilizados por el Estado como prueba de su comisión y los terceros que intervengan en el blanqueo de los mismos son sancionados. Esta alternativa parece carecer de sentido, ya que si se pretende desincentivar la actividad delictiva que da origen a los bienes sucios, lo que se deriva de la utilización de los bienes como prueba de aquel delito, no se explica por qué se prescinde del decomiso que es un medio que cumple aquella función.

La **combinación 2** significa que el infractor adquiere derechos de propiedad sobre los bienes de origen ilícito, que los mismos no son utilizados por el Estado como prueba de la comisión de aquél pero que, a pesar de ello, los terceros son sancionados. Esta alternativa carece de sentido, ya que resulta innecesario sancionar a terceros por “blanquear” bienes que ni son decomisados por el Estado ni son utilizados como prueba. En realidad no hay necesidad de “blanquear” bien alguno por medio de terceros, ya que aquéllos se encuentran en el mercado en igualdad de situación que cualquier otro bien de origen lícito.

La **combinación 3** significa que no se conceden derechos de propiedad a los infractores (y, por ende, los bienes son decomisados por el Estado), los bienes no son utilizados como prueba de la comisión de la infracción de la que provienen y sí se imponen sanciones a terceros. Aquí la falta de sentido proviene de la disonante situación de que el Estado sólo decomisa los bienes y no los utiliza para probar el hecho ilícito al que se encuentran vinculados.

La **combinación 5** significa que no se conceden derechos de propiedad a los infractores (el Estado decomisa los bienes) y los bienes no se utilizan como prueba. Los terceros, a diferencia de la combinación 3, no son sujeto de sanción alguna por “blanquear” los bienes decomisables por el Estado. Pero al igual que en la alternativa 3, esta combinación carece de sentido ya que el Estado sólo decomisa los bienes y no los utiliza para probar el hecho ilícito al que se encuentran vinculados.

La **combinación 8** significa que se otorgan derechos de propiedad sobre los bienes (de modo que no se decomisan), estos son utilizados como prueba de la infracción, mientras que los terceros no son sancionados por su intervención. Carece de sentido ya que si se pretende desincentivar la actividad delictiva previa resulta contradictorio que se utilicen como prueba los bienes pero que no se los decomise.

Por el contrario, *sí serán analizadas las combinaciones que adquieren sentido para la decisión acerca de la prohibición o legalización del BdeC*, a saber::

**a) Prohibición total del BdeC** (representada por la combinación 4) significa:

- Los *bienes son decomisados* por el Estado: el infractor no adquiere derechos de propiedad sobre los bienes.
- Los *bienes son prueba de la comisión del delito* y, por último;
- Los *terceros que “blanquean” los bienes son sancionados* por ello (por vías penales o administrativas o ambas).

Esta alternativa regulatoria *representa el statu quo regulatorio*, producto, como se verá, de la evolución de la política criminal de prevención del BdeC desde fines de los años 80 hasta la actualidad.

**b) Prohibición parcial del BdeC** (representada por la combinación 6) implica:

- Los *bienes son decomisados* por el Estado: el infractor no adquiere derechos de propiedad sobre los bienes (igual que la prohibición total).
- Los *bienes son utilizados como prueba de la comisión del ilícito* (igual que la prohibición total) y, por último;
- Los *terceros que “blanquean” los bienes no son sancionados* (diferente a la prohibición total).

Esta situación representa la *situación deseada por los intermediarios del mercado* (verbigracia, bancos, sociedades de bolsa, etc.) ya que pueden blanquear bienes sin coste jurídico alguno. Consiste en el desarrollo de una política criminal tradicional en la que *es el Estado el que desarrolla todas las actividades de prevención del delito previo, sin responsabilizar al sector privado ni a los ciudadanos* (es decir, sin que se imponga ningún tipo de sanción jurídica negativa).

**c) Legalización del BdeC** (representada por la combinación 7) significa:

- Los *infractores adquieren derechos de propiedad sobre los bienes: el Estado no decomisa los bienes*;
- Los *bienes no son utilizados como prueba de la comisión del delito* y, por último;
- Los *terceros que “blanquean” los bienes no reciben sanción alguna*: en realidad se trata de un corolario de lo anterior; los bienes no son considerados bienes sucios (a pesar de provenir de un delito).

Este estado de cosas *supone derogar todo riesgo jurídico que pese sobre los bienes*. Representa el *contramodelo ideal de la prohibición* y resulta de suma utilidad para analizar los verdaderos alcances de “lo aceptable” cuando se habla de legalización del BdeC.

En lo que sigue realizaré un *análisis positivo comparado de las regulaciones que corresponden a los tres modelos*. Una vez analizados los incentivos que determinan cada uno de los diseños institucionales realizaré una evaluación prospectiva para comparar los efectos esperados de cada uno de ellos, lo que permitirá perfilar los costes y beneficios sociales de esta actividad.

## **A. Prohibición total del BdeC**

Este diseño institucional se corresponde con la legislación vigente en España y Alemania y, con ciertas variaciones, en la mayoría de los países de Occidente como producto de la tendencia internacional impuesta por organismos supra e internacionales a partir de fines de los años 80<sup>448</sup>, que tiene la finalidad de impedir que los beneficios económicos de las actividades ilícitas puedan ingresar en el flujo lícito de dinero y bienes patrimoniales luego de ciertas operaciones cosméticas que oculten su origen<sup>449</sup>.

Implica una regulación amplia del decomiso de las ganancias del delito, la utilización de los bienes como prueba, una regulación administrativa que impone deberes especiales de colaboración a sujetos privados y la tipificación penal del BdeC. En este entorno legal, existen dos razones que explican por qué todo delincuente necesita ocultar los bienes obtenidos por medio de la comisión de delitos. En primer lugar, el dinero puede servir de pista para descubrir y probar el delito cometido (Bienes/Prueba) y, en segundo lugar, el dinero puede ser objeto de medidas jurídico-penales, como el decomiso, que tienen la finalidad de impedir que el delincuente goce de los beneficios económicos del delito (Bienes/Consumo; Bienes/Inversión)<sup>450</sup>.

La ocultación del origen delictivo de los bienes es, por ende, un incentivo para la comisión de delitos ya que, por un lado, permite gozar de los beneficios obtenidos y, por otro, evita que el capital sea utilizado como medio de prueba en el proceso penal. En efecto, por un lado, si se considera que el decomiso tiene como función disminuir la utilidad

---

<sup>448</sup> Acerca del papel de los organismos supra e internacionales en la prevención del BdeC, ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, pp. 11, 12.

<sup>449</sup> Conf. BACIGALUPO, E.; “Estudio comparativo del derecho penal de los Estados Miembro de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en *Curso de Derecho Penal Económico*, 2da. Edición, Bacigalupo (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 455.

<sup>450</sup> Conf. BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R.T./ WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, p. 6.

esperada de la actividad delictiva puede observarse que, al impedir el decomiso de las ganancias, el BdeC aumenta los beneficios esperados del delito. Por otro lado, al impedir la utilización de los bienes como prueba, disminuye el efecto disuasorio de la pena correspondiente al delito previo, ya que al reducirse la probabilidad de descubrimiento, el coste esperado derivado de la misma también se reduce.

Por último, la imposición de sanciones jurídico-penales y administrativas a quienes llevan a cabo el blanqueo (de modo doloso o imprudente) pretende disuadir a terceros de colaborar con el autor del delito previo, ocultado el carácter ilícito de los bienes. De este modo, se pretende desincentivar que éstos colaboren a que el blanqueo cumpla las funciones esperadas por el autor del delito previo: aumento de los beneficios esperados de la actividad delictiva (al impedirse el decomiso) y reducción de la probabilidad de imposición de la pena correspondiente al delito previo (al impedirse la utilización de los bienes como prueba).

La presencia de terceros que cumplen la función de “blanqueador” resulta un elemento clave en la ocultación de dichos beneficios, ya que se da una división de tareas que hace más difícil el rastreo. En efecto, si bien el blanqueo puede ser realizado por el/los mismo/s individuo/s que ha/n cometido el delito precedente, existe una práctica que permite reducir la probabilidad de ser descubierto: la existencia de un tercero que colabora en la ocultación<sup>451</sup>, ya sea como una decisión posterior a la realización del hecho delictivo o como un elemento con el que se cuenta desde antes de la comisión del mismo. Los organismos estatales que se encargan del *enforcement* investigarán los movimientos económicos del sospechoso, pero les será mucho más difícil descubrir en un universo sustancialmente más amplio los movimientos económicos de terceros.

Así mismo, estos terceros especializados cumplen una función de gran relevancia al aportar conocimientos especializados de estrategias de evitación de las reglamentaciones anti-blanqueo. En este contexto de prohibición total, el coste económico de la tercerización de la actividad de blanqueo es mayor que en el caso de que actividad sea legal (como ocurre tanto en el caso de prohibición parcial como de legalización), ya que los intermediarios racionales trasladarán el coste de las sanciones formales (penales y administrativas) e informales (costes reputacionales) a sus clientes (los autores del delito previo) lo que encarecerá sus servicios.

---

<sup>451</sup> Guy Stessens entiende por ello que, en algunas legislaciones, la criminalización del blanqueo de capitales tiene como propósito primario la condena de terceras partes que impiden la confiscación de los bienes y, por ende, el curso de la justicia. Todo conf. STESSENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, p. 85.

Así, la amenaza de consecuencias jurídicas penales o administrativas a terceros dispuestos a blanquear los bienes cumple la función de desincentivarlos a realizar dicho aporte y, de ese modo, aislar al autor del delito previo de su entorno económico (*Isolierung des Vortäters*)<sup>452</sup> e imposibilitar así la circulación de los bienes<sup>453</sup>.

## B. Prohibición parcial

El diseño institucional denominado “prohibición parcial” introduce una variación de gran relevancia en relación con el diseño institucional anterior (prohibición total): *no se atribuye responsabilidad alguna a terceros en la realización de actividades de prevención ni sanción jurídico-penal por el blanqueo*. Las otras dos variables no se modifican: el derecho sobre las ganancias del delito sigue perteneciendo al Estado (decomiso) –o al propietario de los mismos en caso de que exista víctima identificable del delito previo (restitución)- y los bienes provenientes de actividades delictivas pueden ser utilizados como pruebas de aquel delito.

Así, cualquier individuo que pretenda colaborar en el ocultamiento del origen ilícito de los bienes no asume como coste esperado la posibilidad de una sanción jurídica negativa (ni bajo la forma de un tipo penal de BdeC, de encubrimiento, receptación o cualquier otro, ni de sanciones jurídicas administrativas). Tampoco perderá los beneficios económicos de su propia actividad: no sufre el decomiso de los honorarios percibidos ya que su actividad es conforme a Derecho.

Su función será la de ocultar la vinculación de los bienes (que le ha entregado su cliente-infractor) con el delito cometido por éste de la forma más eficiente posible. Así, los bancos, operadores de bolsa, asesores fiscales, etc, podrán gestionar, por ejemplo, el dinero que su cliente ha

---

<sup>452</sup> OSWALD, K; *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 284. Así mismo, se afirma que existe la impresión de que, en el pasado, es posible que se castigara a los que cometían delitos, pero que aquellos que, como los administradores voluntarios del producto del delito, facilitaban su comisión escapaban sin pena alguna, y se ha juzgado llegada la hora de rectificar esa situación. Conf. BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R.T./ WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, p. 5.

<sup>453</sup> El efecto disuasorio de estos instrumentos estará en relación con el nivel de eficacia que se logre en su aplicación. Pero esa es una cuestión empírica que consiste en una evaluación retrospectiva de los efectos de la legislación y sus niveles de aplicación. Aquí, como queda claro, se trata de una evaluación prospectiva partiendo del supuesto conductual de racionalidad de los individuos.

ganado en la actividad de tráfico de drogas sin riesgo propio. Si la ocultación es exitosa su cliente podrá gozar de dichos beneficios; si no lo es, su cliente sufrirá el decomiso de los bienes y, a su vez, éstos serán utilizados como prueba de la actividad delictiva realizada (verbigracia, tráfico de drogas).

En este entorno institucional la utilidad esperada de la actividad de BdeC por parte de los intermediarios es la misma que la que pueden esperar de cualquier otra actividad comercial con sus clientes: la actividad no está sujeta a ningún riesgo adicional. Aún más, ya que la actividad de BdeC requiere algunas aptitudes especiales, como conocer estrategias de ocultación, que suponen un servicio adicional en relación con aquellos clientes que solamente quieren un servicio “estándar” (digamos la apertura de una cuenta a plazo), podrán ofrecer estos servicios “especiales” cobrando por ello honorarios superiores.

Esta función puede ser cumplida por empresas que bajo la denominación hipotética de *Blanqueo S.A.* aportan conocimientos especializados de inversión<sup>454</sup>. En comparación con la alternativa de prohibición total, la creación de este mercado del blanqueo con expertos que no asumen ningún riesgo jurídico por su actividad supondrá un abaratamiento de los servicios de blanqueo (ya no hay costes jurídicos y reputacionales que se vayan a agregar en el precio del servicio de blanqueo) y un aumento de la probabilidad de una ocultación exitosa al no existir deberes de control en el sector privado<sup>455</sup>. Esto supone que quien comete un delito podrá

---

<sup>454</sup> El nombre “*Blanqueo S.A.*” no es más que una analogía con la propuesta de Gómez Pomar y Ortiz de Urbina, que proviene originariamente de Epstein, en relación con el delito de chantaje, en el que las empresas en cuestión se denominan “*Chantaje S.A.*”. Ver GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I.; *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, p. 59 y ss.

<sup>455</sup> En relación con los costes reputacionales, no puede descartarse, sin embargo, que estos existan en un contexto en que los valores sociales vigentes (normas éticas positivas) reprobren el BdeC, aún cuando las normas legales no lo hagan. Así, por ejemplo, las entidades financieras que no blanquean podrían utilizar, por ejemplo, la publicidad comparativa para posicionarse más favorablemente en el mercado: imagino la posibilidad de que dichas entidades se asocien en una “Asociación de Banca Transparente” que controle (de modo fiable para los potenciales clientes) que sus miembros (las entidades) no blanquean bienes de origen delictivo para diferenciarse de sus competidores asociados en la “Asociación de Banca Blanqueadora”. Este ejemplo no resulta descabellado ni tan alejado de la realidad si se observa al así denominado “Grupo Wolfsberg”. Este Grupo, cuyas características y relevancia serán analizadas en la Parte Tercera, es una asociación privada de 12 bancos internacionales que pretende desarrollar un código de conducta con estándares para la industria de los servicios financieros y productos relacionados para las políticas de prevención del BdeC y actividades terroristas. La lista de bancos que conforma este grupo es la siguiente: ABN AMRO, Banco Santander Central Hispano, Bank of Tokio-Mitsubishi UFJ, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank,

contar con un mercado legal que, en relación con la prohibición total de BdeC, supondrá una disminución de costes (pagar al blanqueador será más barato) y un aumento de la probabilidad de ocultación frente a las autoridades<sup>456</sup>.

Por ello, puede concluirse, este diseño institucional genera incentivos para la actividad de BdeC por parte de los intermediarios/expertos y, por su medio, incentivos para la comisión de delitos que dan origen a beneficios económicos (tráfico de drogas, corrupción, o cualquier otro) en razón de que en ambos casos aumentan los beneficios económicos esperados y se

---

Goldman Sachs, HSBC, J.P. Morgan Chase, Societe Generale, UBS. Conf. la información que consta en la página web del Grupo Wolfsberg en <http://www.wolfsberg-principles.com/> (visitada el 1 de abril de 2008).

<sup>456</sup> Estos terceros especializados asumen la función de ocultar el dinero sin ningún riesgo propio, ya que no existe sanción por esa actividad. La existencia de estas empresas permitiría reducir los “*costes de transacción*”, en los que suele identificarse tres tipos de costes: a) los *costes de encontrar al otro sujeto negociador*, b) *los costes de negociación* y c) los *costes de vigilar y, en su caso, hacer cumplir el acuerdo alcanzado*.

a) En relación con los *costes de encontrar al otro sujeto negociador*, resulta evidente que la legalización del mercado del dinero sucio reducirá este tipo de costes. En efecto, quien pretende blanquear bienes en un contexto de ilegalidad tendrá muchos mayores problemas para encontrar una empresa dispuesta a intermediar con los demandantes de esos bienes. Esto supone que un marco de legalidad del blanqueo, el coste de esta actividad sería igual al del mercado de dinero legal ya que esto no supondría ningún coste adicional para los intermediarios, como sí ocurre en el caso de las reglamentaciones vigentes, donde los intermediarios deben considerar en su análisis de utilidad, al momento de administrar dinero sucio, el alto coste esperado de las sanciones administrativas, penales y sociales (coste reputacional), lo que incrementa sustancialmente el precio a pagar por la intermediación.

b) En relación con los *costes de negociación*, se puede afirmar que el anonimato y la estandarización que suponen la intermediación financiera facilita a los delincuentes la negociación con los tomadores de créditos. En un marco de ilegalidad será más difícil y más caro encontrar a un intermediario dispuesto a asumir los riesgos que ello supone. Así mismo, si no existe un tercero dispuesto a asumir los riesgos de intermediación, siempre será más difícil encontrar personas dispuestas a hacer negocios con quienes se dedican a actividades ilegales: el crimen organizado tiene sus propios medios de coacción y tener tratos comerciales con sus miembros supone riesgos adicionales comparado con el hecho de hacerlo con un individuo que actúa en el marco de la ley.

c) Por último, en relación con los *costes de vigilancia* y los que suponen hacer cumplir las normas (*enforcement*), la creación de un mercado de ocultación de capital sucio reducirá estos costes, en razón de que en un marco de ilegalidad los delincuentes no pueden acudir a la Justicia para reclamar su capital en caso de incumplimiento, ya que ello alertaría al Estado sobre sus actividades. En el mundo de la legalización, la demanda para lograr el cumplimiento de los contratos podría ser viable ya que al no haber preguntas sobre el origen de los fondos y no contar el Estado con dicha información, el riesgo de desvelar el/los delito/s cometido/s será menor. Sigo a GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I.; *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, p. 60 y ss.



reducen los costes esperados de la actividad (blanqueo y, por ejemplo, tráfico de drogas).

Un argumento de este tipo utilizan GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA para justificar la ilegalidad del chantaje, en los casos en que el comportamiento con el que amenaza el chantajista es de por sí delictivo. Afirman que, en estos casos, la ilicitud de la amenaza no resulta problemática. Si hay un delito contra la intimidad en la obtención de la información comprometedora, o un delito de revelación de secretos en su difusión, la penalización del chantaje no es sino un corolario de aquellas otras penalizaciones. El argumento central es que: *“La eficacia preventiva de éstas (las penalizaciones) se vería seriamente dañada si se permitiera un mercado del chantaje, que generaría incentivos económicos a la comisión de esos actos punibles”*<sup>457</sup>. Una situación análoga ocurre con el BdeC.

### C. Legalización

Legalización del BdeC se presenta en el supuesto en el que los infractores adquieren derecho de propiedad sobre las ganancias, los bienes no pueden ser utilizados como prueba de la comisión del delito previo y los terceros pueden legalmente ocultar el origen ilícito del capital: *no existe ningún riesgo jurídico derivado de los bienes*. De este modo, ninguna consecuencia jurídica negativa puede derivarse de la titularidad de los bienes o de la transacción con los mismos.

Este entorno legal tiene entre sus consecuencias que los bienes de origen delictivo se invertirán siguiendo los mismos criterios que los de origen legal. De este modo, los servicios de blanqueo se ofrecerán en el mercado libremente, ya que al no haber incentivos para la ocultación del origen delictivo no habrá que pagar por servicios especiales, no estando sujetos los bienes a costes o beneficios privados distintos de los de cualquier otro bien o capital de origen lícito.

Pero, al mismo tiempo, este entorno regulatorio crea incentivos para cometer actividades delictivas que dan origen a beneficios económicos. En efecto, al no encontrarse los bienes de origen delictivo sujetos a riesgos de decomiso o utilización como prueba del delito previo, los beneficios esperados del delito que da origen a los bienes (cohecho, tráfico de drogas u otro) se incrementan y los costes disminuyen.

---

<sup>457</sup> GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I.; *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, p. 43.

En efecto, la *no aplicación del decomiso sobre los beneficios económicos del delito* significa que los infractores adquieren derechos de propiedad sobre los bienes, de modo tal que los incentivos económicos para la comisión de delitos se incrementan: la adquisición de derechos de propiedad sobre las ganancias de origen delictivo y la posibilidad de obtener de dicho capital una renta legal es un incentivo económico positivo<sup>458</sup>. Por el contrario, si la regulación del decomiso del capital y las ganancias es vigente y eficaz los riesgos del negocio delictivo se incrementan sustancialmente<sup>459</sup>.

Así mismo, la legalización supone que *los bienes no serán utilizados como elemento probatorio en el proceso que se le siga para condenarlo por la comisión del delito en cuestión*<sup>460</sup>. En los casos de prohibición (total y parcial) analizados *supra* el BdeC cumple la función de ocultar el origen ilícito del capital para reducir la probabilidad de descubrimiento del delito previo. En este caso, este proceso de ocultación carece de sentido ya que el Estado no intervendrá sobre los bienes.

En resumen, en este entorno legal quien comete un delito y obtiene beneficios económicos puede adquirir con ellos cualquier bien o servicio (Bienes/Consumo) e invertirlos en cualquier mercado con el fin de obtener una renta (Bienes/Inversión), sin que exista tan siquiera el riesgo de que con ellos se pueda probar el delito cometido (Bienes/Prueba) ni de que los bienes sean decomisados o restituidos.

---

<sup>458</sup> Esta comprensión de la relación entre beneficio económico y actividad delictiva es la que se encuentra en los documentos internacionales de lucha contra el blanqueo de capitales. Así, la Convención de las Naciones Unidas (1988), primer documento internacional de lucha contra el blanqueo de capitales, plasma por primera vez la idea de que una de las medidas más eficaces para combatir el tráfico de drogas es privar a las personas dedicadas al mismo del producto y beneficios de sus actividades delictivas, eliminando así su principal incentivo. Conf. CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurisdiccional de la figura del comiso*, p. 86. Así, la misma Convención afirma explícitamente que los Estados parte actúan con el objetivo de “*privar a quienes participan en el tráfico de drogas de los beneficios de su actividad criminal y, de ese modo, eliminar su principal incentivo para actuar de ese modo*”. En GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*, p. 75

<sup>459</sup> Conf. FISSE, B/FRASER, D.; “Some Antipodean Skepticism About Forfeiture, Confiscation of Proceeds of Crime, and Money Laundering Offenses”, en *Alabama Law Review* 44 (1992-1993), p. 738. Sin embargo, estos autores creen que en la realidad del crimen organizado operan ciertos elementos que una vez considerados reducen tal eficacia. Estas restricciones se mencionarán y serán criticadas a lo largo de este capítulo.

<sup>460</sup> En efecto, cuando se realizan conductas para ocultar el origen de los bienes a fin de incorporarlos al tráfico económico, colateralmente se estarán destruyendo las pruebas o indicios que demuestren o prueben la comisión de ese delito previo en el que tienen su origen. Conf. DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 352.

Los intermediarios podrán ofrecer en el mercado libremente sus servicios, de modo tal que, del mismo modo que en la prohibición parcial, existirá un mercado para el blanqueo. Pero la diferencia con el caso de la prohibición parcial es que aquí la empresa *Blanqueo S.A.* no ofrecerá un servicio especializado para la “ocultación del origen ilícito” ya que ésta carece de sentido: el servicio que ofrecerán será similar al que se ofrece a cualquier otro cliente y los autores de los delitos previos podrán optar por los bienes o servicios y alternativas de inversión que se ofrecen en el mercado.

En este contexto la utilidad esperada de la actividad delictiva se incrementa, ya que, al no ser vigente el decomiso de las ganancias del delito, los beneficios esperados de cualquier actividad delictiva no se encuentran sometidos a riesgos, mientras que, al mismo tiempo, la imposibilidad de utilizar los bienes como pruebas del delito cometido reduce el coste esperado de la pena establecida para aquel delito.

Con todo lo afirmado, se puede predecir que, al incrementarse la utilidad esperada de la actividad delictiva, se **incrementará también la actividad delictiva que da origen a los bienes**, sea el tráfico de drogas, la corrupción política, el hurto o cualquier otro delito que se cometa con la finalidad de obtener beneficios económicos.

### **3. Evaluación de las consecuencias de los diferentes diseños institucionales**

#### **A. Introducción**

La discusión académica acerca de los costes y beneficios sociales del BdeC tiene larga data. Esta discusión suele aparecer en el contexto del análisis del bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC. Sin embargo, las dificultades que parece encontrar la doctrina en este ámbito son herederas, en mi opinión, de la dificultad presupuesta de identificar un daño social común a todas las formas que puede adquirir el BdeC (verbigracia, el blanqueo vinculado al crimen organizado y el de los bienes obtenidos de un hurto, que constituyen en ambos casos el delito de BdeC conforme la legislación española), así como del error metodológico de atribuir daños sociales al fenómeno del blanqueo que son, en realidad, efectos no deseados (costes sociales) atribuibles a la legislación que pretende prevenir esta actividad.

La cuestión del bien jurídico protegido por una concreta regulación del delito de BdeC debe resolverse con posterioridad al análisis de los costes

y beneficios sociales del blanqueo. Lo contrario supondría, como suele decirse, poner el carro delante de los bueyes. Por ello, en lo que sigue se analizarán los costes sociales (y los beneficios) que pueden atribuirse a la actividad de blanqueo para, luego, al analizar la regulación preventiva de la actividad, tratar la cuestión del bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC del art. 301 del CP. Sin duda, también debe resolverse aquí la controversia suscitada en la academia acerca de la conveniencia político-criminal de proceder no sólo a la descriminalización del blanqueo sino a su legalización y, si es así, en qué medida.

Como ya se ha expresado en el marco teórico del presente trabajo, una vez analizada la estructura de incentivos para la conducta que provee cada entorno institucional, lo que se acaba de hacer en el apartado anterior, se deben evaluar las consecuencias de los diferentes entornos considerando los efectos de cada diseño institucional sobre ciertos bienes sociales o individuales.

*El objetivo principal de este apartado consiste en identificar y distinguir los efectos lesivos que se pueden adjudicar a la actividad del blanqueo de aquellos que pueden definirse como efectos no deseados de la legislación anti-blanqueo y de aquellos otros de los que se carece de verificación empírica, partiendo de los daños sociales que se adjudican al BdeC por parte de la doctrina y de los organismos supra e internacionales. La distinción es relevante ya que aquellas consecuencias sociales dañosas que sólo suceden en el marco de la prohibición del BdeC podrían dejar de existir en caso de su legalización, de modo tal que no pueden ser fundamento de la prohibición del BdeC.*

Mi intención es identificar aquellas razones últimas, previas a la prohibición, que sí pueden dar fundamento a que se desincentive esta actividad. La cuestión del bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC del art. 301 del CP se tratará, entonces, al analizar la legislación dirigida a prevenir y castigar el blanqueo. Es en ese marco donde puede analizarse adecuadamente cuál es el entorno institucional en el que se decide la inclusión de un tipo penal dirigido a criminalizar ciertas conductas.

Así mismo, se evaluarán los beneficios sociales esperados de la actividad de BdeC. Que esta actividad provee a la existencia de beneficios sociales no puede descartarse *prima facie*, máxime considerando la existencia de refugios financieros (paraísos fiscales y societarios) que, si presumimos la racionalidad (en sentido instrumental) de sus *policy makers*, han encontrado fórmulas para que la ponderación de costes y beneficios sociales resulte favorable a estos últimos.

## B. La lesividad social del BdeC

### a. Efecto criminógeno: el BdeC como incentivo para delinquir

La actividad de blanqueo de los capitales de origen delictivo tiene un doble efecto que crea incentivos para la comisión de delitos que producen beneficios económicos. Por un lado, aumenta los beneficios esperados de la actividad delictiva, ya que oculta el origen delictivo del capital y evita que sea decomisado por el Estado o devuelto a su titular (Bienes/Consumo, Bienes/Inversión). Por otro lado, disminuye el coste esperado de la pena, ya que al ocultar la vinculación del capital con el delito precedente impide que éste sea utilizado como prueba en el juicio acerca de aquel hecho punible (Bienes/Prueba)<sup>461</sup>.

El efecto incentivo para la comisión de delitos se manifiesta especialmente en aquellos casos en los que el encubrimiento es producto del *pactum scaeleris*, de manera que el potencial delincuente conoce de antemano las facilidades con las que va a contar, así como las ventajas que de la comisión del delito va a obtener<sup>462</sup>. Este factor se potencia en el caso del crimen organizado, en el que el blanqueo se convierte en elemento integrante del ciclo productivo<sup>463</sup>.

Como consecuencia de la creación de incentivos para la actividad delictiva puede predecirse un incremento de la actividad delictiva dirigida a la obtención de beneficios económicos<sup>464</sup>, con el consecuente incremento en el daño social que se deriva de esa actividad. Si

---

<sup>461</sup> Indicando el efecto criminógeno del BdeC, Aránguez Sánchez dice que “(...) es evidente que el blanqueo de bienes de ilícita procedencia puede entorpecer la detección del ilícito previo por los órganos encargados de la persecución penal de tales delitos y, al mismo tiempo, dificulta el comiso de los bienes por parte del Estado”; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 94. También refiere a impedir el decomiso como función del BdeC, CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; “El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, p. 356. También SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Receptación y Blanqueo de Capitales”, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Vol. II*, Bajo Fernández (Dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 565.

<sup>462</sup> Debe aclararse, en todo caso, que en los casos en que exista este *pactum scaeleris* la conducta del blanqueador será considerada participación en el delito que da origen a los bienes.

<sup>463</sup> Todo conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 221-222.

<sup>464</sup> Así, refiere a la “potenciación” de las actividades delictivas previas; ALIAGA MÉNDEZ, J.A.; “Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información”, p. 38. También SMITH, G.; “Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering”, p. 128.

consideramos que la actividad delictiva motivada por la obtención de beneficios económicos causa graves daños sociales a bienes individuales y colectivos y que un porcentaje importante del total de los delitos se cometen por el motivo de obtener beneficios económicos, el incremento en la actividad delictiva debe tener un peso importante al momento de realizar el Análisis Coste-Beneficio<sup>465</sup>.

Así, el funcionario que comete un delito de cohecho tiene en cuenta en su decisión de delinquir que el BdeC permite reducir la probabilidad de imposición de la pena y del decomiso reglados para aquel delito, reduciéndose el coste esperado de la pena e incrementándose los beneficios esperados del delito (todo conforme a la perspectiva *ex ante* típica del análisis de la elección racional). De este modo, existe fundamento para desincentivar el BdeC, ya que esta actividad crea incentivos para cometer delitos al incrementar los beneficios esperados de la actividad delictiva y reducir sus costes esperados.

Lo anterior evidencia que no nos encontramos ante un efecto no deseado de legislación sino ante un auténtico efecto lesivo del blanqueo: en efecto, es el modelo de **legalización** el que crea mayores incentivos para delinquir ya que se elimina toda probabilidad de decomiso de los beneficios (se adquieren derechos de propiedad sobre los mismos) y se reduce el efecto disuasorio de la pena (al no poder ser utilizados los bienes como prueba del delito).

El modelo de **prohibición parcial**, por el contrario, supone la introducción de instrumentos de control del blanqueo, ya que el Estado sí se dispone a identificar los bienes y a utilizarlos tanto como prueba del delito como a decomisarlos y privar al infractor de su disfrute. De este modo, la prohibición parcial reduce el efecto criminógeno del BdeC en comparación con la legalización y, por ende, aparece *prima facie* como justificada.

---

<sup>465</sup> Esta concepción del BdeC como incentivo para cometer delitos es el presupuesto necesario del que parten diversos autores cuando se refieren a la finalidad que persigue el legislador (*ratio legis*) al regular el tipo penal de BdeC. Palma Herrera, en este sentido, dice: “El verdadero sentido de este tipo de actividades (las de BdeC) es hacer posible el aprovechamiento de los bienes que un tercero hubiera conseguido mediante la comisión de un delito grave, para lo cual se llevan a cabo una serie de operaciones que (...) dificultarán notablemente su conocimiento por la autoridad y permitirán el aprovechamiento y disfrute de tales bienes. Y (...) sustraerán los bienes procedentes del mismo del alcance de la autoridad impidiendo su comiso y aplicación a la satisfacción de las responsabilidades civiles. Tanto en un caso como en otro, al permitir el aprovechamiento de esos bienes, tales actividades estimularán la comisión de nuevos delitos (...)”, por ello, concluye, “(...) con la incriminación de conductas de blanqueo de bienes se trata de evitar el estímulo que constituye el aprovechamiento de las ganancias de procedencia ilícita de cara a la comisión de nuevos delitos”. PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, pp. 285, 291.

El paso de un modelo de prohibición parcial a uno de **prohibición total**, que implica hacer responsables a terceros que lleven a cabo el blanqueo, tiene la finalidad de incrementar la eficacia del sistema de identificación de los bienes de origen delictivo con el consecuente incremento esperado en la tasa de decomiso y condena por el delito que da origen a los bienes. Todo ello redundará en la reducción del efecto criminógeno del blanqueo.

La eficiencia de este modelo dependerá de una ponderación de los efectos disuasorios adicionales que puedan obtenerse por esta vía con los costes de la misma. Aún más, incluyendo un matiz en este ámbito, debe decirse que no resulta necesario que la responsabilización de estos terceros sea por medio de la tipificación penal de la conducta (ya que podría imponerse por medio del Derecho administrativo) sino que esto dependerá, a su vez, de la obtención de efectos disuasorios marginales en relación con la intervención sobre terceros por vías jurídicas menos lesivas que el Derecho penal. Sobre esta cuestión se volverá luego.

*Conclusión sobre el efecto criminógeno:* se trata de un daño a intereses sociales e individuales atribuible a la actividad de BdeC y que constituye, por ello, un argumento en favor de su prohibición.

## **b. Efectos lesivos sobre la economía**

La literatura sobre BdeC suele distinguir diversos tipos de daños a la economía entre los que cabe mencionar y analizar los siguientes: afectación de la libre competencia en el mercado, pérdida de reputación de las entidades financieras y de confianza en el sistema financiero y efectos macroeconómicos.

### **aa. Lesión de los bienes protegidos por las reglas de la libre competencia**

La Constitución Española de 1978 hace gravitar el sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva para el legislador ordinario la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado

por prácticas desleales, susceptibles eventualmente de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado<sup>466</sup>. En efecto, el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos. La existencia de una competencia entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes<sup>467</sup>.

La Ley 3/1991 de Competencia Desleal regula en su Capítulo II diversas conductas tipificadas como tales y entre las cuales se encuentra la “violación de normas”. En efecto, el artículo 15 de la Ley afirma: “1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa”. Así mismo, en su punto 3 agrega el mismo artículo: “Igualmente (...) se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”. Estas dos infracciones deben satisfacer los requisitos generales incluidos en el artículo 2 de la Ley: *realizarse en el mercado y con fines concurrenciales*. La finalidad concurrencial del acto se presume, conforme el mismo artículo 2, cuando, “*por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero*”.

Por su parte, la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia indica en su artículo 3 titulado “*Falseamiento de la libre competencia por actos desleales*” que la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Sin embargo, el artículo 5 afirma que las prohibiciones recogidas entre otros en el mencionado artículo 3 no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

Ahora bien, ¿qué relación tiene lo afirmado con el daño social del BdeC? Una parte de la doctrina ha argumentado que el BdeC daña la libre competencia e introduce distorsiones en la economía de mercado. FABIÁN CAPARRÓS afirma que la lesividad del BdeC se manifiesta en una doble trayectoria: por un lado perturbando las condiciones generales del mercado que permiten el normal desarrollo de la iniciativa privada y, por

---

<sup>466</sup> Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su Considerando II.

<sup>467</sup> Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, Considerando I.



otro, poniendo en peligro las legítimas expectativas en los particulares que aspiran a participar en ese mismo juego de relaciones económicas<sup>468</sup>.

Las empresas que cuentan con capital de origen delictivo poseerían una superioridad económica sobre las demás que viene garantizada por tres rasgos específicos<sup>469</sup>:

1. *Fácil disponibilidad de recursos financieros*: el dinero necesario para llevar a cabo los proyectos de inversión no proviene de la acumulación de los beneficios empresariales y de créditos solicitados a entidades financieras sino de la actividad ilícita. Así, el empresario no acude al ahorro para procurarse los bienes de los que tenga necesidad, sino que se provee de capital obtenido por medio de la comisión de delitos. De este modo, puede contar con reservas de capital para autofinanciarse muchísimo mayores que las disponibles para las empresas que operan de manera lícita, que deben recurrir al crédito. La empresa que opera con fondos de origen delictivo podrá mantener una posición de supremacía sobre las restantes que puede permitirle, incluso, acabar eliminando a la competencia y asumir posiciones monopolísticas en el sector económico en el que opere. Una empresa que se financia con capital ilícito obtendrá mayores beneficios ya que sus costes de producción son menores<sup>470</sup>.

2. *Desalentamiento de la competencia*: lo anterior produce un desalentamiento o restricción de la competencia, creándose un paraguas protector en torno al mercado, en el que se inserta la empresa criminal. Si la estrategia de obtener capital de actividades delictivas se generaliza en un determinado sector del mercado se establecerán barreras de entrada ya que un potencial competidor no podrá acceder al mercado si no obtiene la misma financiación.

3. *Monopolio*: Como consecuencia de todo ello, se afirma que la empresa que es utilizada en el proceso de blanqueo de capitales acaba asumiendo posiciones de claro dominio en los mercados en los que opera, eliminando completamente a la competencia.

Ahora bien, en mi opinión la competencia desleal que puede predicarse del BdeC tiene su origen primigenio en la *violación de normas*, caso de

---

<sup>468</sup> Todo conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 228, 229. En el mismo sentido, BOTTKKE, W.; “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *Revista Penal nº 2 (1998)*, Arroyo Alfonso/Aguado Correa (Trad.), pp. 7, 8.

<sup>469</sup> Sigo a PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 259 y ss.

<sup>470</sup> Conf. DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, pp. 71, 72

competencia desleal regulada, como se dice *supra*, en el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal. La propia Ley propone el ejemplo de la contratación de trabajadores extranjeros sin autorización, lo que puede suponer asumir costes menores de producción en relación con los competidores. La obtención de dinero de origen delictivo puede interpretarse como un caso de obtención de ventajas competitivas debida a la infracción de normas: la infracción de las normas penales que dan origen al capital ilícito. Así, quien evade impuestos, recibe sobornos o trafica con drogas obtiene capital para invertir que sus competidores deberían buscar en el mercado financiero, con los mayores costes que esto supone<sup>471</sup>.

De este modo, si quienes participan en el juego respetando las reglas, es decir desarrollando su estrategia con respeto por los criterios de eficiencia del mercado que le imponen límites a su acción, son los que pierden, mientras que los ganadores son los que no se rigen por el valor de la eficiencia económica ni por el respeto a las normas legales, ya que obtienen fondos ilimitados de actividades ilegales, las empresas que compiten o bien son derrotadas o bien se adaptan y adoptan la estrategia dominante: financiarse con fondos de actividades ilegales.

Las leyes de Competencia Desleal y de Defensa de la Competencia suelen requerir para su aplicación que los actos “*sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*” (Ley de Defensa de la Competencia, art. 2) o que de la infracción de la norma se obtenga una ventaja “*significativa*” (Ley de Competencia Desleal, art. 15). Sin embargo, resulta difícil considerar que este daño social sea el que da origen a la política criminal de prevención del BdeC, y por varias razones.

En primer lugar, no parece que explique adecuadamente el coste regulatorio que los organismos internacionales y los Estados han promovido para acabar con el BdeC: si se tratara de evitar prácticas que afectan la libre competencia o los derechos de los consumidores el problema pudo afrontarse por la vía tradicional de la legislación de defensa de la competencia en lugar de recurrir a una serie de medidas de

---

<sup>471</sup> Fisse/Fraser afirman que grupos del crimen organizado pueden estar en condiciones de ingresar en mercados legales cuando las fuerzas del mercado o las condiciones económicas, como altas tasas de interés o recesión, pueden prevenir a otros actores de hacerlo. Así, los miembros del crimen organizado que tienen fuertes posiciones en dinero efectivo pueden tener ventajas competitivas en industrias donde proveer capital es un medio de competencia. Conf. FISSE, B/FRASER, D.; “Some Antipodean Skepticism About Forfeiture, Confiscation of Proceeds of Crime, and Money Laundering Offenses”, p. 740.

alto coste como las medidas preventivas impuestas a empresas y profesionales.

En segundo lugar, las formas de blanquear capitales son muy variadas y no en todas ellas se utilizan empresas interpuestas, ni en todos los casos los capitales blanqueados son invertidos en una actividad económica empresarial. En muchas ocasiones el dinero se consume o se invierte en bienes inmuebles o muebles que no afectan la libre competencia entre las empresas. En otras ocasiones la entidad del capital blanqueado no es tal que permita relacionarlo con un daño a la libre competencia. Así, este efecto anticompetitivo no puede predicarse de todos los casos de BdeC<sup>472</sup>. La actividad de blanqueo debe presentar ciertas características para causar estos daños: 1. debe tratarse de grandes sumas de capital, 2. la decisión acerca de la inversión de estos bienes debe estar organizada o centralizada, 3. debe aplicarse en actividades de producción de bienes o servicios.

Por último, cabe analizar el impacto de una potencial **legalización del BdeC** sobre este efecto lesivo para descartar que se trate de un efecto no deseado de la legislación anti-blanqueo. La legalización del blanqueo no impediría el efecto anticompetitivo ya que la ventaja se obtiene con base en la ilegalidad de la actividad delictiva previa (que es la infracción normativa que proveería la ventaja competitiva). Por el contrario, el hecho de que los intervinientes en el delito previo adquirieran derechos de propiedad sobre los bienes así como el de la imposibilidad de utilizarlos como prueba torna en más rentable el negocio previo y, por ende, la ventaja competitiva podría ser incluso superior. La ventaja competitiva dejaría de existir solamente si se legalizara la actividad previa (verbigracia, el tráfico de drogas), debido a que todos los actores del mercado podrían financiarse legítimamente por este medio.

Sin embargo, *existe un modo de neutralizar este daño social*. Si se *legalizara el blanqueo bajo la condición de que el capital sucio ingrese directamente al sistema bancario* y recién fueran los bancos quienes pudieran prestar el dinero al sector de producción de bienes o servicios las empresas solicitarían créditos a los bancos en igualdad de condiciones, lo que inocularía el

---

<sup>472</sup> Más aún, se afirma que no existen evidencias empíricas de que este tipo de daño ocurra frecuentemente como para ser una cuestión de seriedad. Así en un informe del Gobierno de Canadá titulado *Methodologies for Measuring the Impacts of Organized Crime-related Money Laundering Activities in Canada (2003)* se afirma que *“mientras que la competencia desleal puede resultar significativa en el ámbito local, no parece, sin embargo, ser tan significativa o penetrante como afirma la literatura sobre el tema”*. Conf. BEARE, M. E.; “The devil made me do it: business partners in crime”, en *Journal of Financial Crime Vol. 14 N° 1 (2007)*, p. 39.

riesgo de daño a la libre competencia. *Lo propio ocurriría si la legalización estuviera condicionada a la compra de bonos opacos para la Hacienda Pública de forma tal que la inversión se orientaría al financiamiento público y no de forma directa a actividades productivas.*

*Conclusiones sobre el efecto anticompetitivo:* el BdeC puede lesionar intereses sociales protegidos por las reglas de la libre competencia en el mercado en caso de que su inversión se oriente a actividades productivas de bienes o servicios, se trate de grandes sumas de dinero (al menos en términos relativos en relación con el mercado en que se compite) y la decisión acerca de la inversión de estos bienes esté organizada o centralizada. En la realidad criminológica puede decirse que la posibilidad de que se cause un daño a la libre competencia se circunscribe a casos que suelen aparecer vinculados con el **crimen organizado**. Sin embargo, el enorme coste regulatorio del sistema de prevención del BdeC no puede ser explicado con base en esta lesividad, que podría afrontarse con menores costes por las vías usuales de la defensa de la competencia, lo que puede implicar una ineficiente sobreacción del legislador o bien, como creo, que el daño social que se intenta prevenir con las estrategias regulatorias de prevención debe hacer referencia centralmente al efecto criminógeno analizado y al efecto de incremento del poder económico de las organizaciones delictivas (o, en todo caso, a una agregación de todos ellos).

## **bb. Daños al sistema financiero**

Diversas normas y recomendaciones internacionales han sostenido que el hecho de que una actividad financiera opere con dinero proveniente de actividades delictivas pone en riesgo la confianza que los clientes tienen en la entidad<sup>473</sup>. Así la Directiva Europea 2005/60/CE afirma en su Considerando 1º que “*los flujos masivos de dinero negro pueden dañar la estabilidad y la reputación del sector financiero (...)*” y en el Considerando 2º que “*la solidez, integridad y estabilidad de las entidades financieras y de crédito, así como la confianza en el sistema financiero en su conjunto, podrían verse en grave peligro debido a los esfuerzos de los delincuentes y sus cómplices (...) por encubrir el origen de los productos del delito*”. El argumento que fundamenta la prohibición del blanqueo parte del riesgo que éste representa para la “estabilidad y solidez del sistema financiero”: se afirma que “*el empleo de entidades de crédito e*

---

<sup>473</sup> En el ámbito de la doctrina esta opinión también se encuentra bastante extendida. Así, por ejemplo, es de esta opinión, BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales* pp. 196 y ss. También COMSTOCK, M.; “Gatt and Gats: A Public Morals Attack on Money Laundering”, en *Nw. J. Int'l L. & Bus* N° 15 (1994-1995), p. 144.

*instituciones financieras para la liquidación de los negocios ilegales produce cierta desconfianza del público en su modo de funcionamiento*"<sup>474</sup>.

Este daño social que se atribuye al blanqueo pudiera resultar de considerar que los clientes son *individuos guiados por reglas morales* que les prohíben invertir en empresas que reciben activos provenientes de actividades delictivas. Si esto es así, puede predecirse, entonces, que se creará en ellos una *preferencia por no invertir o aborrazar en una entidad que trata con dinero de origen delictivo*. Si la información es pública y el acceso a ella es simétrico y perfecto las personas virtuosas no ahorrarían en estas entidades y sí lo harían en aquéllas que no reciben tales activos. En tal sociedad no existirían las entidades que operan con activos de origen delictivo. El problema se presenta si esta información tiene carácter reservado y se vuelve pública: en este contexto se producirá la inestabilidad de las entidades que han recibido dinero sucio como producto del *coste reputacional* que puede suponer para la entidad financiera la difusión de la información de que ha blanqueado dinero. Si el efecto reputacional es muy lesivo puede generarse la expectativa de que los clientes de la entidad han perdido la confianza en ésta y que extraerán sus ahorros. Puede conjeturarse que el coste reputacional será mayor cuanto más grave sea el delito precedente, siempre que la información que se difunda permita al público realizar esta vinculación.

Otra razón que puede despertar la desconfianza del público es el temor a que los costes de las *sanciones por BdeC puedan minar la liquidez de la entidad* y, por ello, puede ocasionar una respuesta prudencial de clientes racionales (en sentido instrumental). En efecto, si el público adquiere información acerca del hecho de que la entidad financiera en la que tiene sus ahorros depositados realiza acciones de blanqueo y conoce las multas susceptibles de imponerse a la entidad, puede suponer que ésta enfrentará problemas financieros como producto de dicha sanción. Lo mismo ocurre con el riesgo de que el dinero depositado sea decomisado por las autoridades, lo que puede poner en riesgo la liquidez de la entidad.

En tercer lugar, se suele hacer referencia a otra fuente de inestabilidad con base en ciertas particularidades que presenta la inversión de dinero de origen delictivo: la pérdida de confianza de los clientes debido a las potenciales consecuencias en términos de *inestabilidad de las inversiones* que tal actividad puede acarrear<sup>475</sup>. Se afirma que las inversiones de dinero en

---

<sup>474</sup> BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 197. En el mismo sentido, PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 267.

<sup>475</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 198.

proceso de blanqueo se caracterizan por cierta volatilidad, haciendo peligrar la *liquidez de la entidad*<sup>476</sup>.

Todos estos efectos lesivos del BdeC tienen una característica común: si ocurren, pueden dar lugar a un caso de profecía autorrealizada en la cual los clientes llevan a la entidad a problemas de liquidez al privarle de su confianza y retirar sus ahorros. En contextos de información asimétrica, en los cuales los depositantes no son capaces de distinguir entre la solvencia de una entidad particular y la solvencia de todo el sistema bancario, las entidades financieras insolventes pueden generar externalidades a las solventes. Si se produce un “fenómeno de contagio”, el coste social que tiene la insolvencia de una entidad particular es mayor que el coste privado, ya que se extiende a otras entidades y perjudica a accionistas y depositantes ajenos al banco en cuestión<sup>477</sup>. No puede descartarse en ese contexto una crisis sistémica.

No obstante, *estos efectos lesivos evidencian una paradoja: la afectación al sistema financiero es producto en todos los casos mencionados de la prohibición total del BdeC, pero no de esta actividad en sí*. En efecto, durante siglos la banca *on shore* y *off shore* han blanqueado bienes de origen delictivo proveniente de diversos países sin que se produjeran daños para sí o sus economías. En razón de que existen estas regulaciones que imponen deberes de colaboración al sector privado, el BdeC puede ser lesivo para el sistema financiero de los países en donde se blanquean capitales, creándose, así, las condiciones para que se originen costes reputacionales<sup>478</sup>.

En efecto, en el caso del diseño institucional que he denominado **prohibición parcial** (es decir, si se prescinde de la sanción jurídica a terceros que blanquean el capital -verbigracia, los bancos-), los efectos lesivos mencionados *supra* en primer y segundo lugar no existirían:

- En relación con la preferencia de no invertir el propio capital por razones morales en entidades que blanquean bienes de origen delictivo y los costes reputacionales derivados, resulta evidente que si no se sanciona a las entidades financieras los clientes no tendrían información

---

<sup>476</sup> Conf. ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, en *Buffalo Criminal Law Review* N° 5 (2001-2002), p. 310.

<sup>477</sup> Conf. COLOMA, G.; *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 251.

<sup>478</sup> LEVI, M.; “Money Laundering and Its Regulation”, en *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2002, 582, pp. 183, 184. En relación con los costes reputacionales, ya se ha afirmado que no puede descartarse que éstos existan en un contexto en que los valores sociales vigentes (normas éticas positivas) reprueben el BdeC y las entidades que no blanquean intenten obtener ventajas en el mercado por medio de la publicidad comparativa.

acerca de en qué bancos los delincuentes invierten su dinero. Además, no existiría el efecto expresivo-reprobatorio que posee el hecho de que el BdeC merezca una sanción administrativa o una pena independiente del delito anterior.

- En relación con el temor a que los costes de las sanciones por BdeC puedan minar la liquidez de la entidad, también aquí resulta claro que este efecto dañoso es producto de la regulación que impone sanciones a los terceros blanqueadores (prohibición total).

Ahora bien, aun en el caso de la prohibición parcial se mantienen los efectos lesivos mencionados en tercer lugar: la inestabilidad y volatilidad de las inversiones de activos de origen delictivo hallan su razón en que no siguen los mismos criterios de inversión que los bienes de origen lícito ya que el riesgo de decomiso y utilización de los bienes como prueba del delito precedente introducen un riesgo adicional. Ahora bien, si se pasa de la prohibición parcial (ausencia de sanción a terceros) a la **legalización del BdeC** que contempla, como se ha dicho, además de la ausencia de sanción a terceros también la atribución de derechos de propiedad sobre los beneficios económicos del delito -ausencia de decomiso- y la utilización de los bienes como pruebas el efecto mencionado en el tercer lugar tampoco tendría lugar: si estos bienes no estuvieran sujetos a decomiso (o restitución) ni a ser utilizados como prueba (y, por ende, a riesgos jurídicos) los criterios de inversión que siguen quienes manejen estos fondos deberían seguir los mismos criterios que con el dinero de origen lícito<sup>479</sup>. Así mismo, al no decomisarse los bienes de origen delictivo depositados en la entidad financiera tampoco existirá el temor por parte de los depositarios de que el decomiso (sobre todo si se trata de una gran cantidad de dinero) o las demandas de restitución de las víctimas (por ejemplo, el Estado que reclama la restitución del dinero proveniente de la corrupción de sus funcionarios) impida a la entidad devolver los depósitos.

*Existe, sin embargo, un tipo de BdeC que puede dar lugar a riesgos para la estabilidad del sistema financiero tanto en el entorno de prohibición total como en el de prohibición parcial y en el de legalización.* Se trata de la hipótesis en que grandes sumas de dinero son introducidas en el sistema financiero de un país y su gestión se encuentra centralizada, de modo tal que el gestor puede decidir retirar el dinero del sistema financiero en cualquier momento. La situación más cercana a la realidad es la siguiente: una *organización delictiva*

---

<sup>479</sup> Las inversiones que suceden en la etapa de integración, siguiendo la nomenclatura del GAFI, son un ejemplo de ello: no son inversiones volátiles sino que, por el contrario, al no estar ya sujetas a riesgo jurídico relevante de decomiso y utilización como prueba del delito precedente se caracterizan por su estabilidad.

(o varias asociadas) –verbigracia, el narcotráfico- que ha introducido a lo largo del tiempo una enorme cantidad de dinero en el sistema financiero del país donde realiza sus actividades delictivas pretende obtener impunidad para sus actividades amenazando al gobierno con retirar todos sus ahorros en el sistema financiero y desestabilizarlo. Así, el BdeC cuando se refiere a *grandes cantidades de dinero (lo que tiene que ponerse en relación con las dimensiones de la economía de un país) obtenido y gestionado por una organización se transforma en un instrumento de poder económico, de negociación y extorsión al poder político de un Estado, con los consiguientes costes sociales.*

*Conclusiones sobre el daño al sistema financiero:* el daño que el BdeC ocasiona al sistema financiero es un efecto no deseado de la prohibición (total o parcial) del blanqueo, no pudiendo, por ello, ser fundamento de la prohibición del mismo. Esto se ha observado apelando a la comparación con los efectos de la prohibición parcial y la legalización, que llevan a la supresión de tales consecuencias negativas. Por ello, para justificar la prohibición del blanqueo se deberá apelar a un fundamento distinto. *El único caso en el que sí parece plausible afirmar la existencia de un daño social derivado de la propia actividad de BdeC es en el mencionado caso del incremento del poder económico del crimen organizado (efecto incremento del poder económico de las organizaciones delictivas).*

## cc. Daños macroeconómicos

Si bien el Parlamento Europeo quiso algunos años atrás que se estudiaran los efectos macroeconómicos del BdeC, la Comisión ha aclarado que no ha llevado a cabo ningún estudio propio acerca de esta cuestión y que no dispone de los medios para ello<sup>480</sup>. El único organismo que ha trabajado en analizar estos complejos efectos del BdeC ha sido el Fondo Monetario Internacional (FMI), que parece haber llegado a la conclusión de que éste puede afectar tanto a la asignación de recursos nacionales e internacionales como a la estabilidad económica. Sin embargo, el FMI no indica ninguna literatura acerca de los efectos macroeconómicos del blanqueo ni estudios empíricos acerca de estos efectos (¡!)<sup>481</sup>.

---

<sup>480</sup> La macroeconomía estudia el comportamiento de los grandes agregados económicos (consumo, ahorro, inversión), la determinación de los niveles agregados de precios (inflación, salario real, tipo de cambio), la determinación de los niveles agregados de actividad (producto, nivel de empleo y desempleo, nivel de crecimiento) y las medidas de política que influyen sobre dichos agregados (política monetaria, fiscal, cambiaria). COLOMA, G.; *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*, p. 12.

<sup>481</sup> Todo conf. HETZER, W.; “Gesetzgebung zur Gewinnabschöpfung und Geldwäschebekämpfung. Kriminalpolitik zwischen Konsequenz und Kapriole”, *ZRP N° 6 (2001)*, p. 267.



En efecto, los propios autores de los *Working Papers* del FMI reconocen que no hay literatura teórica sobre los efectos macroeconómicos del blanqueo de capitales *per se*, de modo que la discusión se encuentra limitada y tiene contenido especulativo<sup>482</sup> y que, al mismo tiempo, se carece de datos empíricos que muestren la plausibilidad de tales consecuencias<sup>483</sup>. Esto limita mucho las posibilidades de desarrollar un análisis completo y serio de las consecuencias macroeconómicas del BdeC.

Sin embargo, se han desarrollado argumentos que afirman que el blanqueo representa un factor de riesgo para las variables macroeconómicas. PETER QUIRK y VITO TANZI en sendos documentos del FMI distinguen diversas consecuencias negativas para la macroeconomía que resultan atribuibles *prima facie* al BdeC<sup>484</sup>.

Las tesis que describen las potenciales externalidades negativas del BdeC en un nivel macroeconómico remiten a un tipo muy particular de BdeC: a) en primer lugar, la actividad criminal que lo presupone es de carácter organizado; b) las sumas de dinero que deben ser blanqueadas son inmensas; c) las inversiones tienen carácter transnacional y, por último, d) el blanqueo se realiza de modo organizado, ya sea por la misma organización criminal o por un tercero, que en general es un experto<sup>485</sup>.

En efecto, sólo respecto de este tipo de BdeC podría elaborarse alguna hipótesis plausible acerca de daños sociales como los que menciona VITO TANZI, quien indica que el blanqueo de elevadas sumas de dinero tiene el potencial para imponer significativos costes sobre la economía mundial, por tres medios: a) dañando las operaciones efectivas de las economías nacionales; b) corrompiendo el sistema financiero, reduciendo la confianza en él e incrementando el riesgo y la inestabilidad del sistema y

---

<sup>482</sup> Conf. QUIRK, P.; *Macroeconomic Implications of Money Laundering -IMF Working Paper-*, International Monetary Fund, Junio de 1996, pp. 16, 17.

<sup>483</sup> Así, por ejemplo, se puede ver en el trabajo de Quirk que las aproximaciones al monto real del dinero disponible por las organizaciones criminales para ser blanqueado sólo se conoce por medio de proyecciones que presentan una gran falibilidad. QUIRK, P.; *Macroeconomic Implications of Money Laundering -IMF Working Paper-*, pp. 15, 16.

<sup>484</sup> Ver QUIRK, P.; *Macroeconomic Implications of Money Laundering -IMF Working Paper-*. También ALLDRIDGE, P.; "The Moral Limits of the Crime of Money Laundering", pp. 312 y ss. Un breve resumen en HETZER, W. "Finanzmärkte und Tatorte. Globalisierung und Geldwäsche", pp. 358, 359. Ver TANZI, V; *Money Laundering and the International Financial System -IMF Working Paper-*, International Monetary Fund, Mayo de 1996.

<sup>485</sup> TANZI, V; *Money Laundering and the International Financial System -IMF Working Paper-*, p. 2.

c) como consecuencia de a y b, reduciendo la tasa de crecimiento de la economía mundial<sup>486</sup>.

A pesar de que la ausencia de verificación empírica de estos estudios permitiría omitir su tratamiento, de todos modos puede resultar de interés llevar a cabo un análisis crítico de las hipótesis propuestas, por lo que las trataré a continuación.

a) *Inversiones ineficientes*

Con este argumento se afirma que quienes blanquean capitales pretenden reducir el riesgo inherente que poseen los beneficios que provienen de un delito al poder ser decomisados por las autoridades estatales y utilizados como prueba (Bienes/Ganancia y Bienes/Prueba). Esta tasa de riesgo mayor, que es propio de estos capitales, determina que no se siga los criterios de inversión propios de los agentes económicos (Bienes/Inversión): no se determinan por diferencias en fundamentos económicos (*economic fundamentals*) ni en la tasa de retorno o en las tasas de interés reales; se determinan por las diferencias en controles y regulaciones, buscando los destinos más seguros.

Así, este tipo de capitales, en razón del riesgo de ser decomisados por las autoridades y de ser utilizados como prueba del delito, supondría un riesgo de pérdida que cuenta como un daño esperado que variará con la posibilidad de detección de las autoridades. Lo que intentan los blanqueadores es reducir esta pérdida esperada invirtiendo estos capitales en lugares seguros, es decir donde la probabilidad de detección sea lo más baja posible: a menor posibilidad de detección menor es el coste esperado (y mayor la utilidad neta)<sup>487</sup>.

Como consecuencia de ello, el dinero puede trasladarse desde países con buenas políticas económicas y tasas de retorno superiores a países con políticas económicas más pobres y tasas de retorno inferiores. Se afirma

---

<sup>486</sup> TANZI, V; *Money Laundering and the International Financial System -IMF Working Paper-*, p. 2.

<sup>487</sup> Partiendo de la consideración de que se trata de agentes racionales, éstos ponderarán los beneficios esperados de la tasa de retorno esperada en un país determinado con el riesgo de pérdidas propio de la inversión en ese país (riesgo país). Sin embargo, dicha ponderación de riesgos será corregida, teniendo en cuenta la posibilidad de detección y decomiso del capital en ese territorio así como la tasa de probabilidad de que de ese decomiso se derive una investigación que pueda desencadenar otros costes, como el de ser condenado. Invertirán donde la utilidad sea mayor. *Así las decisiones son tomadas de modo racional, en el sentido de que se maximizan las tasas de retorno ajustadas por el riesgo de detección por parte de las autoridades.*

que, por esta razón, el dinero es invertido de una manera menos óptima de lo que lo sería si no existieran actividades de blanqueo. Esto, bajo ciertas circunstancias, podría operar como un incentivo para mantener políticas públicas no deseables como podría ser mantener una alta tasa de déficit fiscal que sea financiado con dinero proveniente del blanqueo<sup>488</sup>. De este modo, se producen las condiciones para que el blanqueo opere como incentivo para que algunos países desarrollen políticas “poco sanas”.

Sin embargo, este fenómeno se debe a que las regulaciones nacionales imponen la prohibición total o parcial del BdeC. En efecto, *si el blanqueo se legaliza entonces los recursos se invertirían del mismo modo que los que provienen de actividades legales ya que no existirían los efectos derivados del decomiso y castigo que alteran los incentivos en la decisión de invertir*. Se trata, entonces, de un problema de los incentivos que crea la regulación anti-blanqueo, una vez que ya se ha decidido prohibirlo por alguna otra razón. Esto muestra que la razón para prohibirlo debe ser otra, anterior a ésta y que *los efectos mencionados son efectos no deseados de la legislación anti-blanqueo*.

#### *b) Consecuencias sobre el diseño de políticas públicas*

Se afirma que si el delito, la economía sumergida y el blanqueo de dinero tienen lugar a gran escala, entonces quienes diseñan políticas macroeconómicas deben tenerlos en cuenta. El error al hacerlo puede resultar en diagnósticos erróneos y diseño incorrecto de políticas públicas<sup>489</sup>. En efecto, el hecho de que la economía real de una determinada sociedad difiera sensiblemente de su economía oficial impide la puesta en práctica de una política económica coherente y eficaz por parte del Estado, ya que esa divergencia en los datos plantea dudas respecto de las estadísticas oficiales con base en las cuales se diseñan las políticas públicas<sup>490</sup>.

---

<sup>488</sup> TANZI, V; *Money Laundering and the International Financial System -IMF Working Paper-*, pp. 6, 7. Por ejemplo, si los decisores (*policymakers*) de algún país que se encuentra con problemas de inflación, sobrevaluación del tipo de cambio y un gran déficit fiscal siguen, a pesar de ello, recibiendo flujos de capital desde el exterior (por el blanqueo) pueden verse menos inclinados a cambiar sus políticas. Conf. ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 314.

<sup>489</sup> QUIRK, P.; *Macroeconomic Implications of Money Laundering -IMF Working Paper-*, pp. 18, 27. En el mismo sentido, VAN DUYN, P./GROENHUIJSEN, M./SCHUDELAR/A.; “Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy”, p. 125.

<sup>490</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 56. Debe aclararse, sin embargo, que este daño social no es creado específicamente por la existencia de dinero sucio (es decir, dinero de origen ilícito) sino por la existencia de dinero negro, es decir, no declarado antes los organismos fiscales y de la seguridad social. Pero también puede predicarse un daño al sistema estadístico en el caso del encubrimiento de cualquier delito

Sin embargo, si en esto consistiera la lesividad social del blanqueo la respuesta regulatoria actual sería totalmente desmedida ya que alcanzaría con adecuar las técnicas de investigación para obtener mejores datos económicos sobre los cuales diseñar las políticas<sup>491</sup>. Pero más importante es que *este efecto lesivo también es una consecuencia no deseada de la prohibición total o parcial del BdeC, ya que si ésta fuera una actividad legal* (“legalización” en la nomenclatura utilizada) *no sería necesario ocultar el origen de los bienes de modo tal que se invertirían siguiendo los criterios de decisión relativos a los que provienen de actividades legales*, debido a que no existiría el riesgo de decomiso y utilización de los bienes como prueba. De hecho, tal como se verá *infra* uno de los argumentos en favor de legalizar el blanqueo es que permite emerger la economía ilegal.

c) *Burbujas de precios y consecuencias sobre la tasas de interés, de cambio y de retorno*

Así mismo, los ingresos y egresos de grandes sumas de capital podrían influir en variables, tales como el tipo de cambio (*exchange rates*) y la tasa de interés o en el precio de ciertos bienes (*particular assets*) en los que se invierte el dinero, tales como tierras o inmuebles con todas sus consecuencias indeseables<sup>492</sup>.

Sin embargo, esto también puede predicarse de los flujos de inversión legales: si un fondo de inversión importante decide retirar sus inversiones de un país pueden ocurrir las mismas consecuencias. En efecto, es totalmente legal para cualquiera con capital suficiente comportarse de un modo tal que impacte en el tipo de cambio. Esa fue la forma en la que especuladores expulsaron a la libra esterlina del mecanismo europeo de

---

(no sólo de los que producen beneficios económicos), ya que al pasar a formar parte de la “cifra negra” de la criminalidad también afecta la adecuación a la realidad de las estadísticas y, sin embargo, esta no es una apreciación muy usual. Así mismo, la existencia de metodologías cuantitativas complementarias a las estadísticas oficiales como las “encuestas de victimización” permiten reducir dicho efecto sin necesidad de apelar a prohibiciones jurídico-penales.

<sup>491</sup> Conf. ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 314.

<sup>492</sup> Si el tipo de cambio puede fluctuar libremente, el ingreso de grandes sumas de capitales puede llevar a su apreciación y/o a una expansión de la base monetaria. La apreciación del tipo de cambio puede reducir la competitividad de las exportaciones tradicionales y promover importaciones. A su vez, la expansión de la base monetaria, si no es esterilizada, puede imponer una presión sobre la tasa de inflación. Así, el legislador debería crear superávit presupuestario para utilizarlo en la esterilización de los efectos monetarios del ingreso de capitales. La salida de capitales podría tener los efectos contrarios. TANZI, V; *Money Laundering and the International Financial System -IMF Working Paper-*, p. 8.

cambio en 1993<sup>493</sup>. En todo caso, *ceteris paribus*, o bien puede predicarse que existen razones para declarar la ilegalidad de ambas acciones o de ninguna de ellas.

Ahora, si el BdeC fuera legal (legalización) no habría razones especiales para explicar estos movimientos de capital más que cualquier explicación general predicable de los flujos de inversión. *Que el dinero sucio pueda ser objeto de movimientos económicos distintos a los que sufre el dinero limpio es producto de las regulaciones anti- blanqueo, es decir de su prohibición.*

Sin embargo, tal como se ha analizado en el estudio de los efectos del BdeC sobre el sistema financiero, *el caso en que es el crimen organizado quien dispone de grandes sumas de capital en la economía legal* permitirá que estas organizaciones cuenten con *poder económico para negociar impunidad* por sus actividades delictivas amenazando con retirar las inversiones realizadas con los consecuentes costes sociales. *Este daño social (la acumulación de poder económico por parte de las organizaciones delictivas) sí puede predicarse como un efecto directo del BdeC (y no de su prohibición).*

*Conclusiones sobre el daño macroeconómico:* Como se ha observado, la verificación de este daño social que se atribuye al BdeC presenta dos tipos de problemas. Por un lado, a pesar de los intentos de los organismos internacionales no existe verificación empírica de éste y los modelos de análisis no permiten hacer afirmaciones concluyentes. Por otro lado, ya las propias hipótesis presentan problemas ya que los daños macroeconómicos que se atribuyen al BdeC son producto de las distorsiones que incorpora la regulación preventiva y represiva, de modo tal que debería hablarse, más bien, de efectos no deseados de la legislación preventiva y represiva del BdeC, más que del daño social que causa el blanqueo<sup>494</sup>.

Además del *efecto criminógeno* y del *efecto anticompetitivo* ya establecidos *supra* debe agregarse aquí un potencial efecto económico derivado de aquellos

---

<sup>493</sup> Todo conf. ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 314.

<sup>494</sup> En efecto, una eventual **legalización** del blanqueo llevaría a que los inversores decidieran acerca del proceso de inversión del mismo modo que lo hacen con el capital de origen lícito, ya que los bienes no se encontrarían sujetos a riesgo jurídico alguno. Sin embargo, sólo una plena legalización llevaría a este resultado ya que una **prohibición parcial**, en la que no se prevén sanciones para los blanqueadores, seguiría manteniendo los incentivos indeseables en virtud del riesgo de decomiso y utilización de los bienes como medio de prueba. Sin embargo, si la legalización de la actividad conllevara la inexistencia de los efectos indeseables, la razón para la prohibición debería hallarse en otros fundamentos.

casos en que se produce una concentración económica en manos de organizaciones delictivas: éstas podrían utilizar la decisión sobre los bienes invertidos en la economía legal como un método de extorsión para garantizar impunidad para sus actividades, lo que bajo ciertas condiciones podría tener efectos sobre variables macroeconómicas (del mismo modo que si un grupo de grandes inversores con posiciones en el sector financiero decide retirar el dinero de los bancos de un momento a otro). Sin embargo, debe observarse que no se trata de un riesgo que proviene de la inversión de los bienes en sí mismo sino del *poder económico que adquieren organizaciones delictivas* como consecuencia de dicha inversión (Bienes/Inversión) con las diversas consecuencias indeseables que ello puede conllevar (incremento de la actividad delictiva, corrupción, etc).

### **c. Corrupción pública y privada**

Se afirma que el BdeC es fuente de corrupción de funcionarios públicos y de directivos del sector financiero y causa serios riesgos al sistema político democrático<sup>495</sup>. De todos modos, como se verá, no se trata de un efecto directo del BdeC sino de un epifenómeno derivado de un efecto lesivo que sí puede atribuirse al blanqueo en aquellos casos en que se trata de la inversión (Bienes/Inversión) de grandes sumas de capital por organizaciones delictivas que controlan de modo organizado dicho proceso de inversión.

#### **aa. Corrupción de funcionarios públicos y privados**

Se argumenta que el crimen organizado puede corromper a los funcionarios que toman decisiones acerca del mercado financiero de los países. Asimismo, se puede corromper partes del sistema financiero y socavar la gestión de los bancos, corrompiendo o intimidando a los directores de bancos y supervisores<sup>496</sup>. Esto sucede para asegurar el ingreso de los capitales de origen delictivo en el sector financiero o en cualquier otro sector de la economía sin que se descubra o se denuncie a las autoridades la existencia de capital de origen delictivo.

Sin embargo, el dinero sucio que se destina a ejercer influencia sobre el entorno institucional por medio de la corrupción o intimidación de

---

<sup>495</sup> Conf. CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; “El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, p. 335.

<sup>496</sup> QUIRK, P.; *Macroeconomic Implications of Money Laundering -IMF Working Paper-*, p. 2.

funcionarios públicos o privados no es destinado, por lo tanto, al BdeC, ya que carece de sentido utilizar dinero legitimado que es muy costoso de obtener para destinarlo a negocios ilícitos<sup>497</sup>. La confusión proviene de atribuir erróneamente al BdeC un riesgo inherente al dinero sucio no destinado al blanqueo. No todo el dinero sucio se dirige al BdeC y, por ende, los riesgos inherentes al dinero sucio no blanqueado no pueden predicarse del dinero sucio blanqueado.

*Aún más, esta posición parece confundir el riesgo de corrupción de funcionarios que acompaña a toda actividad ilícita con un daño específico atribuible al BdeC: toda prohibición supone el riesgo de que los responsables de controlar dicha infracción (sean funcionarios públicos o privados) sean corrompidos o coaccionados por los infractores con el objetivo de conseguir impunidad. Por ende, si se quiere resolver el riesgo de corrupción creado por la prohibición total del BdeC la solución más inmediata y simple sería legalizar el blanqueo, de modo tal que se acabarían los incentivos para corromper o coaccionar a funcionarios. La negativa a esta medida no podrá provenir sino de un daño social distinto al que aquí se trata y, por ende, no puede indicarse que este daño social sea el fundamento de la prohibición total o parcial del BdeC, que deberá buscarse en alguno de los otros daños sociales analizados.*

Sin embargo, sí puede afirmarse, tal como se ha expresado, que la consolidación de organizaciones delictivas en la economía legal incrementa su poder económico. El incremento del poder económico en la economía legal de estas organizaciones puede derivar en un incremento de las actividades delictivas a las que éstas se dedican como producto de que aquellas ganan capacidad de negociación, extorsión o corrupción de funcionarios públicos. No se trata, entonces, de un efecto directo del blanqueo sino de uno meramente indirecto como consecuencia del efecto inmediato de *incremento del poder económico de las organizaciones delictivas*.

## **bb. Otras consecuencias lesivas sobre el sistema político**

Se afirma que las organizaciones criminales podrían financiar candidatos a cambio de garantizar la impunidad de estos grupos<sup>498</sup>. Este hecho es un riesgo potencial de la existencia del crimen organizado y de la acumulación de poder por parte del mismo.

---

<sup>497</sup> Conf. FUENTES GONZÁLEZ, G.; “El proceso económico del tráfico de drogas”, pp. 19, 20.

<sup>498</sup> TANZI, V; *Money Laundering and the International Financial System -IMF Working Paper-*, p. 10.

De nuevo la vinculación con el BdeC se construye por medio del incremento de poder de las organizaciones delictivas: para minimizar los riesgos de que el Estado identifique los bienes de origen delictivo y lo decomise y utilice como prueba estas organizaciones necesitan protección política. Un medio idóneo para ese objetivo es financiar campañas políticas a cambio de protección. Sin embargo, esta argumentación evidencia que esto es producto de la prohibición (total o parcial) del BdeC ya que si éste fuera legal (legalización) no sería necesaria tal protección política para las inversiones ya que carecerían de riesgos jurídicos.

Sin embargo, sí existe un fundamento para adquirir poder político: asegurar impunidad para aquellas actividades que proveen los frutos que luego son blanqueados, sea el tráfico de drogas, de armas, de personas u otra actividad respecto de la cual no se plantea su legalización. *Pero la correlación con el blanqueo se presenta exclusivamente por el hecho de que el blanqueo coadyuva al incremento del poder económico del crimen organizado y es como consecuencia de dicha acumulación de poder como se crean riesgos sistémicos.*

### **C. Los beneficios sociales del BdeC**

La inversión de bienes de procedencia delictiva tiene, también, efectos sociales positivos. La oferta de bonos del Estado opacos al fisco, a la vez que permite la introducción de capital de origen delictivo en la economía legal es útil para financiar el déficit público. Así mismo, la inversión de capitales de procedencia extranjera o nacional, aun cuando sean de procedencia ilegal, favorece la estabilización de la balanza de pagos, con los mismos efectos positivos que la inversión de capital con origen en actividades legales<sup>499</sup>. Un ejemplo cercano: la Hacienda Pública ha financiado en los años 80 el déficit público español mediante una oferta de opacidad fiscal para pagarés del tesoro<sup>500</sup>.

---

<sup>499</sup> DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, p. 69. También acepta que hay efectos positivos del BdeC, al menos en el caso de los paraísos fiscales, PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 275.

<sup>500</sup> Conf. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, en *Derecho Penal Económico*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 678. Un ejemplo destacable de beneficios sociales obtenidos del BdeC es que América Latina pudo aligerar parcialmente los efectos de la crisis de la deuda de los años 80 por el retorno de narcodólares: se afirma que debido a una política monetaria conservadora y la influencia de los narcodólares pudo arreglárselas para mantener su deuda en márgenes aceptables, Conf. VAN DUYNÉ, P./GROENHUIJSEN, M./SCHUDELARO/A.; “Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy”, p. 124.



En efecto, una vez que el dinero es blanqueado pasa a ser documentado, contabilizado y fiscalizado, aun cuando su verdadero origen haya sido ocultado<sup>501</sup>, con todos los efectos positivos esperados del proceso de inversión de capital en la economía legal. Esta valoración positiva del blanqueo es la que fundamenta la tesis de la legalización que sostiene BAJO FERNÁNDEZ y que se analizará *infra*.

#### **D. Problemas de distribución de costes y beneficios sociales entre distintas sociedades: la cuestión internacional**

##### **a. La inequitativa distribución de costes y beneficios del BdeC transnacional**

El carácter transnacional del BdeC y la distribución de los costes y beneficios derivados de dicha actividad plantean dificultades al momento de aproximarse a su análisis y a una propuesta de regulación. En concreto: al analizar los costes y beneficios sociales del BdeC se ha observado que *algunos daños, como la afectación de la libre competencia, se producen en el lugar mismo donde se realiza la inversión del capital, de modo tal que será, entonces, la misma sociedad que obtenga los beneficios derivados del blanqueo la que resultará afectada por los efectos negativos del mismo. Estas sociedades pueden ponderar los costes y beneficios sociales de la actividad de blanqueo y decidir libremente si prefieren legalizar el blanqueo o prohibirlo.*

Sin embargo, esta perspectiva del daño social del BdeC no parece explicar adecuadamente el interés internacional por su regulación. Descartados los efectos macroeconómicos y los efectos sobre el sistema financiero como explicación última de la prohibición del BdeC (ver *supra*) —que podrían fundamentar el interés internacional en el fenómeno— queda sólo como explicación de la necesidad de una regulación transnacional el efecto incentivo para cometer delitos (*efecto criminógeno*): el paraíso fiscal que, por ejemplo, permite ocultar el dinero proveniente de la corrupción en los países del tercer mundo crea incentivos para la comisión futura y repetida de dicha actividad en aquellos países<sup>502</sup>.

---

<sup>501</sup> Conf. BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R.T./ WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, p. 8.

<sup>502</sup> En este sentido, COMSTOCK, M.; “Gatt and Gats: A Public Morals Attack on Money Laundering”, p. 167. Un proceso similar ocurre con la corrupción en el ámbito público, cuando la legislación de algunos Estados, motivados por el bienestar social de sus sociedades, otorgan amparo jurídico a las empresas y directivos que operan en su territorio cuando éstos pagan sobornos en terceros países, causando un daño social en estos últimos. Acerca de la confrontación entre los Estados Unidos y los países europeos

Si un Estado no previene el BdeC en su territorio crea incentivos para la comisión de los delitos precedentes que crean costes sociales en otros países. De este modo, la conducta del primer Estado crea externalidades negativas en el bienestar social del Estado en que se cometen aquellos. Por el contrario, aquella afirmación carecería de sentido si se hiciera referencia a los otros daños sociales: el Estado en cuestión puede tolerar el daño derivado del BdeC para obtener los beneficios de la inversión del capital, ya que no hay terceros Estados implicados.

Esta línea de argumentación no es incompatible con la prohibición del BdeC en el caso en que los bienes provienen de actividades delictivas desarrolladas en el mismo territorio; simplemente afirma que, en todo caso, la soberanía del Estado permitirá que se realice el *trade-off* entre costes y beneficios, cosa que no resulta posible cuando se trata de un agente que tiene autonomía para determinar su propio bienestar y sobre el que se causan externalidades negativas (la sociedad vecina).

En efecto, si bien una sociedad puede legítimamente decidir legalizar el BdeC cuando estos efectos se producen en su territorio (ponderando los costes y beneficios sociales del blanqueo) no puede hacerlo en caso de que los efectos negativos tengan lugar en el territorios de otros Estados (externalidad negativa): en este caso, existe un fuerte argumento que establece límites a la legalización.

## **b. Análisis de los incentivos para que los refugios financieros cumplan con las normas de prevención del BdeC**

Los refugios financieros ofrecen ventajas a los inversores que no desean revelar el origen de sus activos y necesitan la garantía de un puerto seguro, lo que los convierte en fuente de atracción de capitales. La baja fiscalidad, el secreto bancario, la garantía de la estricta confidencialidad, la flexibilidad y desregulación en la constitución de sociedades, los trusts y la falta de cooperación judicial con otros países convierte a estas jurisdicciones en inmejorables destinos para los capitales procedentes del delito<sup>503</sup>.

---

para elaborar normas internacionales para la prevención de la corrupción y los argumentos relacionados con el daño en los Estados que sufren la corrupción, ver ABBOTT, K.W./SNIDAL, S.; “Values and Interests: International Legalization in the Fight Against Corruption”, *Journal of Legal Studies* (Enero 2002), p. 156 ss.

<sup>503</sup> Conf. ROSADO DOMÍNGUEZ, F.; “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado

Estas jurisdicciones ofrecen impuestos bajos o no existentes en un mundo en el que el dinero se desplaza constantemente en busca de una mayor rentabilidad. Esta baja o nula fiscalidad, combinada con el hecho de que muchas jurisdicciones no consideran la evasión fiscal como delito cuando se comete en un país extranjero, hace que estos refugios financieros cumplan mercedamente con su calificativo de paraísos fiscales<sup>504</sup>. A los efectos de esta investigación, interesa el riesgo que suponen estas jurisdicciones por las peculiaridades de su sistema financiero y jurídico como centros susceptibles de ser utilizados para el blanqueo de activos de origen delictivo<sup>505</sup>.

En los estudios legales y politológicos, el análisis positivo de las decisiones de los Estados se desarrolla desde dos perspectivas distintas. El *modelo basado en el interés (interest based model)* desarrolla el análisis positivo de las decisiones de los Estados partiendo del supuesto de que éstos son actores racionales que interactúan en un espacio común (internacional) como agentes racionales que persiguen su propio bienestar<sup>506</sup>. Por el contrario, el *modelo basado en normas (norm based model)* explica las decisiones de los Estados desde una perspectiva distinta: la que si bien reconoce que los Estados pueden ser actores que actúan motivados por su propio interés también afirma que los Estados son miembros de una “comunidad” internacional que comparte valores, uno de los cuales es la lucha contra ciertos tipos de actividades delictivas que dañan estos valores compartidos<sup>507</sup>: transparencia política (afectada por la corrupción),

---

(Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 158. Los factores que condicionan la elección de un territorio como lugar ideal al que destinar la riqueza son, por un lado, la mayor o menor debilidad de los mecanismos legales destinados a vigilar la circulación de la riqueza y la consecuente posibilidad de eludirlos y, por otro, el grado de colaboración demostrado en la práctica por las personas e instituciones encargadas de llevar a cabo tales controles. En suma, determinantes resultan tanto las regulaciones legales como su grado de cumplimiento (*enforcement*). Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 127. Para un análisis detallado de las prestaciones que ofrecen los refugios financieros ver JORGE, G.; “La reducción del anonimato en los centros offshore”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 41-67.

<sup>504</sup> Conf. ROSADO DOMÍNGUEZ, F.; “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo”, p. 159.

<sup>505</sup> Conf. ROSADO DOMÍNGUEZ, F.; “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo”, pp. 168-171.

<sup>506</sup> HATHAWAY, O.A.; “Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law”, *The University of Chicago Law Review* N° 72 (2005), pp. 472, 477, 478.

<sup>507</sup> HATHAWAY, O.A.; “Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law”, pp. 472, 481, 482.

derechos individuales (afectados por diversos delitos cometidos por el crimen organizado), etc<sup>508</sup>.

Así mismo, desde perspectivas integradas (*integrated theories*) de estos modelos se propone analizar los motivos por los cuales los Estados cumplen los tratados o compromisos internacionales con una función de utilidad ampliada. Estas aproximaciones integradas pretenden describir y predecir las decisiones de los Estados con base en cuatro variables: consecuencias legales (internas y transnacionales) y consecuencias colaterales (internas y transnacionales). Las consecuencias legales hacen referencia a los efectos derivados de normas legales mientras que los efectos colaterales hacen referencia, más bien, a los efectos reputacionales de cumplir o incumplir aquellas normas legales provocados tanto por individuos, como por ONG's, organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el FMI, etc. De estas variables se deriva el siguiente cuadro<sup>509</sup>:

	<b>Sanciones Legales</b>	<b>Consecuencias Colaterales</b>
<b>Internas</b>	Incentivos para el cumplimiento provienen de la expectativa de se controle la infracción de la norma <i>-enforcement-</i> (Tratado, Convención, etc.) cuando la fuente de control proviene de dentro mismo del Estado	Incentivos para el cumplimiento son creados por la anticipación de las reacciones de actores internos a una decisión del gobierno a cumplir con una norma internacional (Tratado, Convención, etc.).
<b>Transnacionales</b>	Incentivos para el cumplimiento provienen de la expectativa de que se controle la infracción de la norma <i>-enforcement-</i> (Tratado, Convención, etc.), cuando la fuente de control proviene de un actor externo al propio Estado	Incentivos para el cumplimiento son creados por la anticipación de las reacciones de actores transnacionales a una decisión del gobierno a cumplir con una norma internacional (Tratado, Convención, etc.)

<sup>508</sup> Véase una aplicación de estos dos modelos de actores en el ámbito internacional aplicado al proceso de creación de las normas internacionales para la prevención y castigo de la corrupción, en ABBOTT, K.W./SNIDAL, S.; "Values and Interests: International Legalization in the Fight Against Corruption", particularmente pp. 145 y 156 y ss.

<sup>509</sup> Sigo a HATHAWAY, O.A.; "Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law", pp. 492, 493.

Pretendo utilizar este cuadro para explicar los mecanismos utilizados para lograr que los países reticentes apliquen las normas antiblanqueo.

Asumo, siguiendo a MASCIANDARO, que los paraísos fiscales presentan tres características que restringen su conjunto de oportunidad: a) poseen escasos recursos físicos para exportar, b) poseen potencial para desarrollar servicios financieros (fundamentales para el BdeC), c) poseen características que les permiten evitar los costes sociales asociados con el BdeC (como el incremento de actividades de crimen organizado). En suma, se trata de “países pequeños”. La decisión del Estado en cuestión de proveer servicios de blanqueo por medio de una regulación financiera flexible dependerá de los resultados de los costes y beneficios esperados del mismo, buscando maximizar los beneficios netos<sup>510</sup>.

Si partimos del hecho de que existe una gran cantidad de capital sucio que busca un destino donde ser blanqueado y que cada dólar o euro blanqueado puede proveer un valor positivo esperado al blanqueador, puede deducirse intuitivamente que cuanto más bajo sea el ingreso nacional y más alta la proporción de ingreso que depende de los servicios financieros, mayor será la propensión de un país a ofrecer servicios de BdeC<sup>511</sup>. Si, al mismo tiempo, se observa que la implementación de severas regulaciones contra el BdeC genera en el mismo país altos costes de cumplimiento puede observarse que la decisión racional será blanquear.

Sin embargo, conforme el cuadro *supra*, estos territorios deben afrontar distintos costes derivados de su actividad de blanqueo: a) *costes reputacionales internacionales*: estos costes reputacionales pueden tener un efecto negativo en relación con el capital, intermediarios y compañías sensibles a la integridad o efectos en sus relaciones internacionales en general, b) *costes derivados del BdeC en su propio territorio (daño social del BdeC)*: así, por ejemplo, el BdeC puede incentivar las actividades delictivas en su propio territorio; c) *costes de la imposición de sanciones internacionales formales*: así la OMC o la OCDE pueden imponer sanciones económicas a sus miembros que no colaboren en la prevención del BdeC<sup>512</sup>.

---

<sup>510</sup> Conf. MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, en *European Journal of Law and Economics* n° 20 (2005), pp. 18, 19, 24.

<sup>511</sup> Conf. MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, p. 19.

<sup>512</sup> Conf. MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, p. 20, 21.

Así el dilema que enfrenta el *policy maker* en estos territorios es el siguiente: si se diseña una regulación financiera laxa que favorece la oferta de servicios de BdeC y la comunidad internacional no lo sanciona, el beneficio para el país es positivo, neto de los costes esperados asociados con los costes reputacionales internacionales y de los daños directos del blanqueo; mientras que si, por el contrario, este territorio es alcanzado por sanciones internacionales deberá asumir el coste de la sanción más los reputacionales asociados a ella. *Si la ponderación entre los beneficios esperados del blanqueo y los costes esperados del mismo (en forma de costes reputacionales internacionales, costes del daño social del BdeC y costes de las sanciones) da lugar a beneficios netos, el territorio se dedicará a esta actividad*<sup>513</sup>.

La comunidad internacional reaccionó frente a los refugios financieros por medio de la creación de una lista negra de “territorios no cooperadores” con la finalidad de generar costes reputacionales internacionales para dichos territorios<sup>514</sup>. Fue el GAFI, un grupo técnico especializado en la prevención del BdeC creado por el G-7 a fines de los años 90, quien publicó el 22 de junio de 2000 su informe sobre países y territorios que no cooperan en la lucha contra el blanqueo de capitales<sup>515</sup>. Este informe se ocupa en exclusiva de identificar aquellos países, territorios o jurisdicciones que presentan deficiencias graves en sus regímenes antilavado y en las vías de cooperación internacional para combatir el delito de blanqueo<sup>516</sup>.

En efecto, siguiendo el cuadro, puede observarse que el procedimiento utilizado es una forma de intervención por la vía de costes reputacionales originados en una organización no estatal (consecuencias colaterales transnacionales). Estos informes tienen, a su vez, efectos en las decisiones que toman el FMI y el Banco Mundial, en lo que se refiere a la calificación de los países y el otorgamiento de préstamos, lo que supone un reforzamiento del mismo procedimiento<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> Conf. MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, pp. 21, 23.

<sup>514</sup> Conf. MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, p. 18.

<sup>515</sup> Pueden encontrarse más detalles sobre el GAFI en la Parte Tercera del presente trabajo.

<sup>516</sup> Conf. ROSADO DOMÍNGUEZ, F.; “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo”, pp. 168-171, donde puede verse el informe del GAFI en pp. 178-202. Un análisis detallado de este procedimiento en PIETH, M./AIOLFI, G.; ; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, pp. 10-11.

<sup>517</sup> Cuando el país era colocado en la lista, el GAFI recomendaba a sus miembros que establecieran medidas específicas al realizar transacciones económicas con personas físicas o jurídicas de ese país, lo que usualmente se traducía en reglamentaciones del supervisor financiero indicando a los intermediarios financieros la necesidad de aumentar

Sin embargo, MASCIANDARO ha identificado algunos riesgos de esta estrategia de imposición de costes reputacionales. Este autor entiende que una estrategia pura de “*name and shame*” puede tener dos efectos no deseados que deben considerarse: 1) el *efecto del amigo reacio a colaborar (reluctant friend effect)*: cuando la comunidad internacional llama la atención sobre algún territorio como no cooperador está proveyendo, a la vez, una certificación de que dicho país se encuentra especializado en BdeC, lo que puede causar un efecto contrario al buscado; 2) el *efecto del falso amigo (false friend effect)*: se trata de los países que a pesar de que formalmente reforman sus regulaciones nacionales para cumplir con los estándares internacionales de prevención del blanqueo, son laxos al momento de su aplicación, produciéndose un desacoplamiento entre las normas legales vigentes y su efectivo cumplimiento<sup>518</sup>.

Este autor realiza una propuesta que debe suscribirse para evitar el primero de dichos efectos no deseados: complementar la estrategia “*name and shame*” (consecuencias complementarias internacionales) con otra de carácter sancionador (sanciones legales internacionales, según el cuadro). El ejemplo que propone como modelo a seguir es el reflejado en la Recomendación 21 del GAFI: los intermediarios financieros deben evaluar con mayor detalle las operaciones que provienen de contrapartes domiciliadas en paraísos fiscales. De este modo, se crea una suerte de “cordón sanitario” alrededor de los países no cooperadores que debería suponer mayores costes, pudiendo llegarse, inclusive, a su exclusión del mercado financiero internacional<sup>519</sup>. También se propone la utilización de estrategias regulatorias no punitivas para incentivar a los refugios financieros a cooperar. Otros proponen la utilización de sanciones

---

la diligencia en transacciones provenientes de ese país. Esto originaba un aumento de los costes de los servicios financieros provenientes del país colocado en la lista de países no cooperadores y, consecuentemente, perjudicaba económicamente a tal jurisdicción. En junio de 2000, en forma paralela y coordinada con la iniciativa del GAFI, el FMI lanzó un programa para evaluar el cumplimiento de aquellos estándares internacionales que podían influir en la estabilidad financiera mundial: se trataba de un programa voluntario, pero el incentivo para enlistarse en el programa era el temor al condicionamiento en las relaciones institucionales con las instituciones financieras internacionales. Todo conf. JORGE, G.; “La reducción del anonimato en los centros offshore”, pp. 36-39.

<sup>518</sup> Conf. MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, p. 26.

<sup>519</sup> Conf. MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, p. 27. La propuesta de exclusión del mercado financiero es llevada a cabo por TANZI, V; *Money Laundering and the International Financial System -IMF Working Paper-*, pp. 12, 13.

económicas<sup>520</sup> y algunos la utilización de un criterio de reciprocidad y colaboración, como encontrar soluciones de desarrollo económico alternativo para los paraísos fiscales<sup>521</sup>.

Distintos son los incentivos para cumplir las normas en aquellos casos de Estados que sí han ratificado alguna de las Convenciones internacionales para la prevención del BdeC o que son miembros de organizaciones para la prevención del BdeC (como el GAFI). Este tipo de problemas se vincula con el mencionado *efecto del falso amigo*. En estos casos, los incentivos no sólo serán colaterales sino también legales. Y estos incentivos legales no serán sólo de carácter transnacional sino también de carácter interno, ya que en muchos casos la propia regulación estatal o la jurisprudencia integran las normas internacionales en la legislación nacional.

### c. Armonización de la regulación internacional

Ante el reforzamiento de la reglamentación anti-blanqueo en algunos territorios los capitales sucios se desplazan a otros centros financieros<sup>522</sup>. Los efectos de desplazamiento y atracción de un territorio a otro de la actividad de BdeC pueden asegurar la rentabilidad de la actividad delictiva de origen que se realiza en un territorio distinto a aquel donde se invierte

---

<sup>520</sup> Así, Comstock propone la imposición de barreras comerciales por medio de tarifas especiales para el comercio en el marco del Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT) y de acuerdos logrados en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC). COMSTOCK, M.; “Gatt and Gats: A Public Morals Attack on Money Laundering”, p. 144.

<sup>521</sup> Blum/Levi/Naylor/Williams entienden que muchos países han adoptado el secreto bancario con el objeto de superar problemas económicos o financieros. Para muchos países, dicen, la fuga de capitales plantea un peligro mucho más inminente para su estabilidad económica y social que el blanqueo de fondos delictivos, por lo que se sienten inclinados a aceptar capitales de cualquier origen para superar dicho problema. Por ello, proponen que los países más afectados, por ejemplo por el tráfico de drogas, ofrezcan su apoyo para los esfuerzos de algunos países en desarrollo por atajar el daño fiscal y financiero que les ocasiona la fuga de capitales a cambio de que estos países dejen de atraer dinero sucio y de que implementen una política de prevención del blanqueo. Según esta propuesta, se trata de encontrar soluciones de desarrollo económico alternativo ideados en colaboración con los círculos comerciales mundiales para los refugios financieros. Conf. BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R.T./ WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, pp. 23, 28. También refieren a los problemas de competitividad de los refugios financieros SUSS, E./WILLIAMS, O./MENDIS, CH.; *Caribbean Offshore Financial Centers: Past, Present, and Possibilities for the Future -IMF Working Paper-*, International Monetary Fund, 2002, p. 18.

<sup>522</sup> Conf. ROSADO DOMÍNGUEZ, F.; “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo”, p. 161.



el capital. Por ello, la armonización normativa, como prerequisite de la eficacia de las normas contra el BdeC ante la internacionalización del mismo<sup>523</sup>, ha sido una aspiración de los organismos internacionales al formular sus recomendaciones, que aún no ha sido plenamente lograda<sup>524</sup>.

En el apartado anterior se analizó el fenómeno de los paraísos fiscales, es decir de aquellos territorios que pretenden quedar al margen de la regulación internacional dirigida a prevenir el BdeC. En el presente apartado se analizará un caso distinto que se relaciona con el segundo efecto no deseado mencionado en el apartado anterior: *el efecto falso amigo*. Los costes que impone la regulación antiblanqueo a aquellos que se han comprometido a cumplirlas y los efectos distorsivos de la competencia en los casos en que los comprometidos (sujetos privados o Estados) no los cumplen del mismo modo.

En efecto, la regulación contra el BdeC supone la imposición de importantes costes privados a las empresas y profesionales obligados a colaborar y que si no se imponen de forma armónica perjudican a aquellos que pretenden cumplirlas con la máxima exigencia<sup>525</sup>. Este efecto

---

<sup>523</sup> JORGE, G.; “Regímenes para prevenir y reprimir el lavado de dinero”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 8, 9.

<sup>524</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 7, 8. En sentido similar, con relación a la dispar transposición de las Directivas Europeas a las legislaciones de los Estados Miembro y la consecuente reducción de la eficacia de las mismas, BACIGALUPO, E.; “Estudio comparativo del derecho penal de los Estados Miembro de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, p. 469. No se trata, en todo caso, sólo de la armonización de las normas jurídico-penales, sino también de los otros instrumentos regulatorios. Conf. PIETH, M.; “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität“, en *ZStW* N° 109 (1997), pp. 775, 776.

<sup>525</sup> Los esfuerzos nacionales *ad-hoc* para la prevención del blanqueo pueden bloquear procesos de integración económica, ya que imponen costes a los agentes del sector financiero y de otros mercados, que pueden afectar la competitividad de los diferentes mercados nacionales. En relación con los riesgos para la integración del Sistema Financiero Europeo Ver SMITH, G.; “Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering”, pp. 128 y ss, 135. Cumplir con la diligencia debida supone la asunción de costes y, por ello, las comisiones que deben cobrar las entidades financieras en Estados que imponen más controles serán menos competitivas. Conf. BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R.T./WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, p. 23. Así, la armonización de las normas de prevención es uno de los fines de las normas internacionales, tanto de los Convenios Internacionales como de las normas técnicas producto del trabajo conjunto de los grupos técnicos del FMI, Banco Mundial, GAFI, Comité de Basilea, normas IOSCO (International Organisation of Securities Commissions) y el Grupo Egmont; conf. ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE FINANZAS

puede plantearse tanto dentro del mismo territorio (dos bancos en el mismo país que cumplen las normas en niveles distintos) como entre territorios diferentes (Estados que a pesar de haber sucrito las normas internacionales no aseguran un cumplimiento adecuado de las mismas).

Las regulaciones para la prevención del blanqueo de capitales, como la Directiva Europea, imponen costes a los agentes económicos e intervienen en la relación entidad/cliente. Así, los requisitos de información que supone cumplir con dichos deberes se obtienen solicitando información al cliente, el que puede optar por dirigirse a otra firma en la que no deba tolerar tales preguntas. Por ello, sólo si cada firma de un sistema financiero cumple con el deber de recabar información de sus clientes se puede evitar dicho problema<sup>526</sup>.

Así mismo, en relación con los aspectos penales del BdeC el intento más claro de armonización se ha planteado en el marco del *Corpus Iuris*<sup>527</sup>, como propuesta de unificación del Derecho penal incluyendo entre las ocho conductas típicas propuestas los delitos de BdeC y receptación. La discrepancia con que los ordenamientos jurídicos han desarrollado la transposición de la Directivas Europeas en la materia podría generar una repercusión negativa en virtud del carácter internacional de la comisión de los hechos<sup>528</sup>.

El peligro en el efecto competitivo de la imposición de normas tiene lugar por dos partes. Por un lado, los Estados Miembro pueden verse compelidos a seguir el mínimo común denominador tendiendo a que la norma general sea aquella vigente en el Estado que posee la regulación menos exigente. Por otro lado, en caso de que uno de los Estados tenga una ventaja competitiva en un ámbito regulado el resto de los Estados pueden actuar conjuntamente para forzar la imposición de normas con estándares más exigentes para afectar la ventaja competitiva que tiene uno de los Estados<sup>529</sup>. Si bien esta segunda alternativa no sería problemática

---

SUIZA, “*Geldwäscherei-bekämpfung in der Schweiz*” (octubre de 2003), en [http://www.efv.admin.ch/d/dokumentation/downloads/themen/finanzmarkt/brochure\\_gwg\\_d.pdf](http://www.efv.admin.ch/d/dokumentation/downloads/themen/finanzmarkt/brochure_gwg_d.pdf) (visitada el 20 de agosto de 2008), pp. 21, 26.

<sup>526</sup> En este sentido SMITH, G.; “Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering”, p. 131.

<sup>527</sup> Sin embargo, se afirma que no debe quedarse en el *Corpus Iuris*, sino ir más allá por medio de la coordinación policial (Europol) y la elaboración de normas en el marco de los organismos internacionales; conf. KAISER, G; “Brauchen wir in Europa neue Konzepte der Kriminalpolitik?”, p. 157.

<sup>528</sup> Conf. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, p. 701.

<sup>529</sup> En este sentido SMITH, G.; “Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering”, p. 136. Un ejemplo en el seno de la Unión Europea que cita este autor es el de Luxemburgo.

ya que redundaría en una mejor prevención del blanqueo resulta prudencial que sean las regulaciones y acuerdos internacionales los que provean los incentivos adecuados para evitar estos efectos.

## E. Las críticas a la prohibición del BdeC

Algunos autores han puesto en cuestión la necesidad de prohibir el BdeC o al menos han criticado la extensión de la prohibición a la formulación de tipos penales. En particular, es la propuesta de BAJO FERNÁNDEZ la que, por su radicalidad, ha tenido mayor reflejo en los textos especializados y ha generado un importante debate acerca de esta cuestión<sup>530</sup>. Por ello, comenzaré analizando su posición para luego contrastarlas con la de SUÁREZ GONZÁLEZ y PETER ALLDRIDGE, lo que permitirá matizarlas y evidenciar que no son coincidentes.

---

Cuando a principios de los noventa la mayoría de los Estados de la Unión habían dictado normas que restringían el secreto bancario, Luxemburgo estableció nuevas normas prohibiendo a sus bancos proveer información a las autoridades fiscales locales o extranjeras.

<sup>530</sup> Hasta donde alcanzo, en los últimos años en la doctrina española no ha habido otros autores que hayan manifestado esta opinión, si bien Cobo del Rosal/Zabala López-Gómez parecen sustentarla, al decir que con el BdeC “(...) la verdad es que no se daña ningún bien jurídico, más bien se crea riqueza donde no la había (...)”. Sin embargo, a continuación parecen contradecirse al afirmar que “(...) el llamado delito de blanqueo de capitales, sencillamente, no debiera ser delito, en su caso infracción administrativa (...) con una simple aunque grave multa”, ya que si esta conducta crea sólo beneficios y ningún daño social, entonces, no se comprende por que razón debería ser desincentivada por vía administrativa. Concluyen diciendo que “no llegamos al extremo de Bajo Fernández que, defiende que ‘el blanqueo de dinero es una actividad que debe ser promovida’ (...) sobre el delito de blanqueo de capitales se ha escrito mucho sobre su bien jurídico protegido, pero no se ha hablado, en la misma medida, de los beneficiarios de este delito que, a nuestro juicio, no serán otros que la sociedad en su conjunto (...)”. Desconcertante es la frase que precede algunas de estas afirmaciones: “(...) nos negamos a admitir un delito que no tiene un concreto bien jurídico protegido: el delito afectaría, a lo sumo, al control estatal como tutelador del circuito legal de capitales, propio y específico, de una economía de mercado”. La imposibilidad de definir si los autores consideran que el BdeC causa daño social y si este daño social afecta o no algún bien jurídico que merezca protección penal, así como las contradicciones en que incurrir al manifestar, por un lado, los enormes beneficios sociales del BdeC y, por otro, aceptar la imposición de sanciones administrativas por su comisión, impide tomarlos como referentes de la posición legalizadora. Ver COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Blanqueo de Capitales. Abogados, Procuradores y Notarios, Inversores, Bancarios y Empresarios*, pp. 89, 93, 94.

## a. La tesis de Bajo Fernández

La tesis de este autor que desarrolla en su trabajo “*Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales*”<sup>531</sup>, como podrá observarse, consiste en *proponer la legalización del BdeC*. En efecto, al parecer los beneficios reportados por esta actividad son tales que no sólo no se debe sancionar a los blanqueadores (sean bancos, notarios o ciudadanos) sino que, además, se debe promocionar esta actividad, lo que implica otorgar derechos de propiedad a los intervinientes en los delitos previos sobre los beneficios obtenidos de los mismos así como impedir su utilización como prueba de la comisión de aquellos. En lo que sigue analizaré sus afirmaciones para someterlas a un análisis crítico.

La afirmación más provocadora de BAJO FERNÁNDEZ y que sirve como síntesis de su opinión es que “(...) *el blanqueo de dinero es una actividad que debe ser promocionada desde todos los puntos de vista por los poderes públicos, ya que coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica del país: Inspección Tributaria, Inspección de Trabajo, etc.*”<sup>532</sup>. Y agrega: “*Y es que el blanqueo de dinero no hay que obstaculizarlo ni impedirlo, lo que hay que hacer es conducirlo*”<sup>533</sup>.

Más allá de ello, las opiniones de este profesor español son ambiguas en relación con, al menos, tres cuestiones relevantes:

1. No resulta claro si propone que esta legalización del BdeC se reduzca exclusivamente a los casos en los que el capital proviene de la evasión tributaria o si alcanza al capital que proviene de cualquier delito. Sin embargo, puede deducirse de sus afirmaciones que alcanza a todo tipo de delito previo<sup>534</sup>. De este modo, la propuesta de legalización

---

<sup>531</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995. Una tesis similar ha sostenido en el año 2001 junto con Silvana Bacigalupo en BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, p. 675 y ss.

<sup>532</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, p. 75.

<sup>533</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, p. 75.

<sup>534</sup> “(...) *el titular tiene dos opciones: la una, confesar el origen de dicha riqueza y, al menos, responder por delito fiscal o por cualquier otro delito que hubiera en el origen de la adquisición de ese dinero, o proceder a lo que denominamos ‘blanqueo de dinero’*” (el subrayado es mío). BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, p.74. El autor refiere aquí, como puede observarse, al blanqueo del capital proveniente de cualquier delito. La misma interpretación de este texto lleva a cabo Fabián Caparrós, quien critica a Bajo Fernández porque no distingue entre dinero negro (producto de la evasión tributaria) y dinero sucio (producto de actividades delictivas) ya

del BdeC que realiza incluye, sin distinciones, tanto al blanqueo del capital proveniente de infracciones fiscales como al que proviene de cualquier actividad delictiva.

2. Tampoco resulta claro cuál es la extensión de dicha amnistía fiscal, lo que se relaciona con el grado de legalización de la actividad que propone:

- Imposición de sanciones al blanqueador: parece claro que propone que de ningún modo los bancos puedan ser considerados responsables por la actividad de blanqueo<sup>535</sup>. Sin embargo, cabe una pregunta adicional: ¿es extensible esta propuesta a la actividad de cualquier tercero (notarios, casinos de juego, sociedades de bolsa, ciudadanos en general). Supongo que debe ser así, ya que, *prima facie*, carece de sentido excluir sólo a los bancos si de lo que se trata es de no responsabilizar a quienes colaboran en una actividad que (al parecer del autor) sólo redundaría en beneficios sociales. Hilando un poco más fino cabe preguntarse si cuando se refiere a la legalización de la actividad de los bancos (que considero extensible a otros terceros) hace referencia sólo a la regulación administrativa (es decir, proponiendo su derogación) o también a la penal. El autor no es claro al respecto, ya que si bien menciona la vigencia de los tipos penales de receptación y encubrimiento dice, al mismo tiempo, que el BdeC “(...) *se trata de una actividad que en sí misma carece de valoración negativa, que ciertamente tiene un enorme valor probatorio de la existencia de otros delitos cometidos, pero que, sin embargo, implica una especie de arrepentimiento que si no va nunca acompañado de la contrición de corazón, sí significa una retractación o un replanteamiento de la actividad económica del sujeto para poder disfrutar de la riqueza conseguida*”<sup>536</sup>. Si esto es así, si hay un arrepentimiento que el legislador debe valorar positivamente (¡porque el infractor desea poder disfrutar de la riqueza conseguida!), entonces no se comprende por qué deberían aplicarse los tipos penales de encubrimiento y receptación, los que según el mismo autor “(...) *se explican desde el punto de vista político criminal por la necesidad de reprimir aquellos comportamientos, posteriores al hecho delictivo, que sirvan para agotar y*

---

que “(...) *sitúa expresamente en perfecto pie de igualdad riqueza negra y riqueza sucia* (...)”. Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 64 nota al pie 106.

<sup>535</sup> En efecto, dice este autor respecto de los bancos: “*En relación con la cuestión del blanqueo de dinero se vienen cometiendo algunos equívocos que es necesario denunciar en el momento presente. Por un lado, la pretensión de convertir a los Bancos en cómplices de actividades criminales reprochándoles excesivo celo en el mantenimiento del secreto bancario* (...)”. BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, p.78.

<sup>536</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, p. 75.

- para consumir los objetivos del delincuente, especialmente preocupantes en aquellas figuras delictivas, donde el receptor actúa como factor criminógeno*<sup>537</sup>. Pues bien, si de lo que se trata en el BdeC es de un arrepentimiento que legitima la actividad entonces el legislador debería remover aquéllos obstáculos que dificultan aquel fin legítimo: los tipos de encubrimiento y receptación son dos de esos obstáculos.
- Derecho de propiedad sobre los beneficios económicos del delito: El autor afirma expresamente que resulta socialmente deseable orientar el BdeC, por ejemplo hacia la adquisición de pagarés del Tesoro<sup>538</sup>, debiendo suponerse que los bienes no deben ser decomisados ni restituidos –otorgándose un derecho de propiedad sobre los mismos–.
  - Carácter probatorio de los bienes –respecto del delito precedente–: El autor no se pronuncia expresamente, pero cabe derivar de sus dichos (y del hecho de que nadie haría aparecer el capital si pudiera ser utilizado como prueba) que tampoco serían utilizados como prueba del delito precedente<sup>539</sup>.
3. Por último, el autor no hace referencia a la cuestión de si dicha “amnistía fiscal” debe extenderse también a los delitos cometidos en el territorio de otros Estados. Así, por ejemplo, al capital proveniente del soborno obtenido por funcionarios corruptos de Estados distintos al español o, por ejemplo, de la evasión tributaria delictiva cometida en otros país y con los que se pretende comprar bonos del tesoro español. Pero por el tenor del texto y la ausencia de referencia a la cuestión parece que resulta una distinción irrelevante, de modo tal que no debería haber excepción alguna a la legalización de esta actividad.

*Conclusión: BAJO FERNÁNDEZ propone que se legalice el BdeC, de modo tal que:*  
a) los infractores adquieran derechos de propiedad sobre los beneficios

---

<sup>537</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, p. 76.

<sup>538</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, p. 75.

<sup>539</sup> Así, dice este autor: “(...) *el dinero negro tiene que ser necesariamente blanqueado en algún momento de la vida de su titular para poder disfrutar de él, su familia y sus herederos de la riqueza creada. En dicho momento, el titular tiene dos opciones: la una, confesar el origen de dicha riqueza y, al menos, responder por delito fiscal o por cualquier otro delito que hubiera en el origen de la adquisición de ese dinero, o proceder a lo que denominamos ‘blanqueo de dinero’*”. BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, p. 74. Así, la opción que presenta el autor es o bien confesar el origen de dicha riqueza (ya que los bienes probarán de todos modos el hecho punible cometido) o bien blanquear los bienes: de este modo, el blanqueo aparece como la contracara de la confesión o utilización de los bienes como prueba.

económicos de los delitos que dan origen a la actividad económica, b) el capital no pueda ser utilizado como prueba de la comisión de aquéllos y c) quienes blanqueen el capital no sean sujetos de sanción jurídica negativa alguna. Todo esto sin distinguir cuál haya sido el delito cometido (tráfico de drogas, cohecho, tráfico ilegal de personas, evasión tributaria, etc.). Por último, puede inferirse que el autor propone que esta legalización se realice sin distinguir si los delitos cometidos lo han sido dentro del territorio español o en el territorio de otro/s Estado/s.

La falta de distinción entre riqueza negra y riqueza sucia tiene importantes consecuencias al momento de prescribir cuál debe ser la regulación de una u otra. En efecto, si bien es cierto que desde una perspectiva fenomenológica existen numerosos puntos de conexión entre dinero negro y sucio, ello no quiere decir que ambas categorías deban ser tratadas del mismo modo<sup>540</sup>.

Así, por ejemplo, FABIÁN CAPARRÓS indica que no cree que la regularización fiscal merezca en sí una sanción y prescribe, apoyándose en el trabajo de BAJO FERNÁNDEZ, que el ordenamiento jurídico no debe castigar el blanqueo de dinero negro, sino encauzarlo e incluso promoverlo<sup>541</sup>. En efecto, si la conducta evasora de los deberes fiscales ha causado un daño social (a la hacienda pública) es cierto que crear incentivos para que dicho capital vuelva a integrarse a la economía legal es una suerte de reparación del daño causado y que, tratándose de un bien de carácter supraindividual que protege funciones estatales, la aceptación del Estado de dicha reparación presenta similitudes con la aceptación que hace la víctima de un delito de la reparación del daño que el mismo le ha ocasionado<sup>542</sup>. Pero, por el contrario, esta política no puede seguirse respecto de la riqueza sucia; o al menos no sin considerar los costes sociales de dicha decisión, así como el efecto que esta decisión tiene sobre el bienestar de otras sociedades (externalidad negativa).

---

<sup>540</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 63.

<sup>541</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 57-58.

<sup>542</sup> En sentido similar al propuesto, aceptando la legalización del BdeC en estos casos, PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 274. Sin duda deberá tenerse en cuenta cuál es el daño remanente. En efecto, si consideramos que quienes incumplen sus deberes con el fisco lo hacen con la finalidad de obtener de ello algún beneficio cabe esperar que la posterior regularización del capital supondrá una disminución de lo que el contribuyente debió haber pagado en el momento oportuno y, por ello, algún daño remanente. Ello no significa que la regularización no deba llevarse a cabo, pero sí que estas consideraciones deberán ser evaluadas. Así, por ejemplo, en el análisis positivo deberá considerarse si la expectativa de regularización es considerada por el actor al momento de decidir incumplir los deberes tributarios y cuáles son los efectos de ello, y en el análisis normativo si los beneficios sociales de regularizar exceden los costes sociales de esta decisión.

En efecto, si bien es cierto que el BdeC tiene efectos sociales positivos sobre la sociedad donde se invierte el dinero también lo es que existen los costes sociales de incremento de la actividad delictiva y, eventualmente, un efecto lesivo de la leal competencia: la decisión de legalizar el BdeC debe ser el producto de una explícita ponderación de los costes y beneficios sociales de dicha decisión pública y no de una sobrevaloración de sus beneficios y una ocultación de sus costes. Pero, además, en el caso usual en que una sociedad se beneficia del incremento de la actividad delictiva ocurrido en la otra no alcanza con dicha ponderación: el producto de la legalización es una externalidad negativa sobre el bienestar de otra sociedad y, por ende, requiere de una regulación internacional que la evite o fuerce a internalizarla.

## **b. La tesis de Suárez González**

SUÁREZ GONZÁLEZ también ha elaborado argumentos críticos contra la prohibición del BdeC, pero que, como se verá, poseen un tenor distinto a los de BAJO FERNÁNDEZ. *Su argumentación puede identificarse con la de aquellos que sostienen (que sostenemos) una tesis de prohibición total del BdeC, pero con el matiz de que resulta sujeto a crítica la certeza de que los blanqueadores merezcan una sanción que exceda la de carácter administrativo: en suma, se trata de una aplicación del principio de ultima ratio a la tipificación penal de la conducta de los blanqueadores.*

Es en su artículo “*Blanqueo de Capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*”<sup>543</sup> donde este autor expone sus opiniones acerca de la regulación para la prevención y castigo del blanqueo. Tal como se ha hecho en el punto precedente extraeré sus ideas más importantes para ponerlas en perspectiva con los modelos de legalización/prohibición del blanqueo ya expuestos.

Ante todo, y con buenas razones, SUÁREZ GONZÁLEZ afirma que el BdeC da lugar a beneficios sociales y que, al mismo tiempo, el daño social (daño a bienes jurídicos) que se adjudica a la actividad de blanqueo no resulta tan extenso como piensan algunos autores. En concreto:

1. En primer lugar, el autor reconoce, correctamente en mi opinión, al igual que BAJO FERNÁNDEZ, que el BdeC da origen a importantes beneficios sociales. Así, dice: “(...) desde la perspectiva jurídico-económica,

---

<sup>543</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, en *Cuadernos de Política Criminal* N° 58 (1996), p. 125 y ss.



*que el dinero se blanquee merece valoración positiva, pues al aflorar e introducirse en los circuitos económicos legalmente establecidos esos montantes monetarios van a estar sujetos a los mismos controles y obligaciones impositivas de índole tributario que los capitales de procedencia ilícita. En este sentido, el dinero lavado pasa a convertirse en dinero controlado”<sup>544</sup>.*

2. En relación con los daños sociales del BdeC, entiende que no se encuentra claramente probado que el blanqueo cause un daño al orden socioeconómico: “(...) no se determina el resultado lesivo concreto (...) en el orden económico, ni tampoco los principios económicos a los que afecta. Es más, quienes defienden esta postura pasan por alto que, de hecho, grandes sectores de la economía se hallan bajo el control exclusivo de determinadas personas o grupos de personas y que, además, para el orden jurídico-económico resulta más funcional que circulen capitales limpios que no dinero negro”. En todo caso, dice este autor “(...) resulta inadecuado ver en este indicio una alteración distinta del orden socio-económico de la que producen los demás comportamientos lesivos de estos intereses”<sup>545</sup>. En particular, este autor critica que se quiera atribuir a la actividad de blanqueo una especificidad lesiva (más grave) que otras prácticas anticompetitivas que se llevan a cabo con capital de origen lícito: “(...) cabría partir de la hipótesis de que el hecho que al mercado accedan capitales de procedencia ilícita, puede perturbar las leyes de mercado en el sentido de constituir competencia desleal frente al resto de los operadores, pues se integran en el mercado recursos financieros obtenidos a un coste considerablemente inferior al de las actividades lícitas. Sin embargo, dicha aseveración también resulta poco convincente. En primer término, las prácticas contrarias a la libre competencia no ostentan en los ordenamientos jurídicos europeos una protección global. Además, resulta dudoso que el blanqueo de capitales pueda ser asimilado a alguno de dichos comportamientos. Como también lo es señalar que los capitales de origen ilícito se obtienen a un coste -económico?, jurídico?- menor que los de origen lícito. (...) Dicho con un ejemplo, el poder económico que pueda ostentar un importante consorcio de empresas frutos de su actividad y el uso que del mismo puede hacer, en nada se distingue del que pueda realizar alguien que ha obtenido de forma ilícita cantidades ingentes de dinero”<sup>546</sup>. También esta opinión puede suscribirse: ya se ha analizado que las regulaciones que protegen la leal competencia en el mercado sólo intervienen en casos de afectación suficiente a la misma y no frente a cualquier caso de competencia desleal. Así mismo, también es cierto que en este caso la actividad lesiva no se distinguiría en nada de la que

---

<sup>544</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, p. 142.

<sup>545</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, p. 142.

<sup>546</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, pp. 143, 144.

realicen con el mismo efecto lesivo empresas que se financian con bienes de origen lícito o con bienes que provienen de ilícitos administrativos (se tratará, en todo caso, de distintas formas de afectar la competencia). Sin embargo, sí puede afirmarse que el blanqueo es una forma específica de competencia desleal fundada en la infracción de normas: cuestión distinta es si tal ventaja adquiere o no en el caso concreto la dimensión de una ventaja competitiva “suficiente”.

3. Sin embargo, el autor sí reconoce que la conducta de blanqueo puede ocasionar diversos daños sociales a bienes jurídicamente protegidos. Así, en relación con la Administración de Justicia dice: “(...) *en toda receptación y blanqueo se coadyuva, en mayor o menor medida, al ocultamiento de un delito*”. La crítica del autor se dirige solamente a la necesidad de un tipo penal de BdeC, ya que en lo que hay de lesivo en estas conductas “(...) *ya halla protección por vía de los preceptos que castigan el encubrimiento (...)*”<sup>547</sup>.
4. En lo que se refiere al efecto criminógeno “*la clave del castigo del blanqueo de capitales se encontraría, por tanto, en que constituye un mecanismo que sirve de estímulo para la eventual comisión de futuros hechos delictivos*” señalando que “*nada justifica otorgar a estos supuestos un tratamiento distinto del que se dispensa en el resto de los casos a la denominada participación postdelictiva*” ya que “*lo que de factor criminógeno pueden entrañar estos comportamientos ya encuentra necesaria respuesta por vía de los preceptos que castigan el encubrimiento y la receptación, teniendo presente que si en su actual redacción se considera que no ofrecen cobertura a todos los comportamientos merecedores de sanción lo propicio sería proceder a una modificación de los mismos, pero en modo alguno crear, como se ha hecho, nuevas figuras delictivas que, presentando la misma naturaleza que los hechos a los que dichos preceptos se refieren, sólo vienen a añadir innecesarias complicaciones interpretativas a la hora de delimitar las distintas figuras que claramente se solapan*”<sup>548</sup>. Así, el autor

---

<sup>547</sup> Por ello no resultaría necesaria la tipificación de un nuevo delito y menos aún la imposición de penas más o menos graves según el tipo de delito precedente encubierto, ya que “*desde el punto de vista del buen funcionamiento de la Administración de Justicia, la naturaleza del delito encubierto resulta indiferente*”. Todo en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, p. 146. Como podrá observarse *infra*, creo que esta opinión dominante acerca de que resulta irrelevante el tipo de delito que se oculta a la Administración de Justicia debería ser reconsiderada por la doctrina. En mi opinión, si se entiende que la Administración de Justicia en materia penal se dirige a imponer sanciones penales de distinta entidad, que manifiestan diferente reproche y, sobre todo, que se dirigen a evitar delitos de diferente entidad, no puede resultar equivalente que se frustre la imposición de una pena por un hurto que por una estafa o un homicidio, ya que el efecto incentivo sobre uno u otro delito da lugar a diferentes daños sociales.

<sup>548</sup> Todo en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, pp. 149, 150.

admite como daño social el efecto criminógeno de la actividad de blanqueo y, además, entiende que tal daño supone una lesión a bienes jurídicos de una entidad tal como para justificar la intervención del Derecho penal; la crítica se dirige solamente a la técnica legislativa utilizada, a saber, la tipificación de un tipo penal que no resulta articulado con los tipos penales de receptación y encubrimiento con los que comparte, indefectiblemente, su carácter de incentivo a la comisión de delitos futuros. Si mi interpretación de sus afirmaciones es correcta, el profesor SUÁREZ GONZÁLEZ no puede estar más acertado en sus apreciaciones: el efecto incentivo es un elemento compartido tanto por el BdeC en sentido estricto como por las otras formas de intervención postdelictiva y que, por ende, reclama una sistemática articulación legislativa y dogmática<sup>549</sup>.

5. Así mismo, el autor reconoce una particular lesividad social de la actividad de blanqueo cuando se realiza sobre los beneficios económicos obtenidos de la actividad delictiva por organizaciones delictivas. Así, dice: “(...) no cabe desconocer, sin embargo, que al mismo tiempo que estimula la ulterior actividad delictiva, el blanqueo de capitales incrementa el poder económico de las personas u organizaciones que sobre esta base obtienen un lucro”. A pesar de que el autor reconoce que la criminalidad organizada puede suponer un serio riesgo para la seguridad interior del Estado y para los bienes jurídicos cuya actividad lesionan, afirma que “es difícilmente aceptable que este riesgo (...) proceda en estos casos del propio hecho del blanqueo de capitales y no de la exclusiva existencia de la propia organización constituida con fines criminales”<sup>550</sup>. Sin embargo, tal como ya se ha afirmado, el BdeC permite invertir el capital de origen ilícito en mercados legales incrementando el valor potencial del capital, de modo tal que la actividad delictiva resulta más rentable. Así mismo, la obtención de posiciones económicas en mercados legales en casos en que éstas se vuelven dominantes o permiten adquirir poder económico (como los de cualquier otro agente del mercado con poder económico) adquiere una connotación lesiva particular cuando se trata del crimen organizado<sup>551</sup>: la toma de decisiones de las

---

<sup>549</sup> Tal como se analizará en la Parte Tercera de este trabajo, Sánchez Ostiz ha propuesto el concepto de *norma de resguardo* para explicar y justificar la punición de las conductas de encubrimiento y receptación y articular, alrededor de ello, una teoría general de las intervenciones post-ejecutivas, con base en que éstas perturban la efectividad de las normas penales. Ver SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Garrigues Cátedra - Universidad de Navarra/Thomson Civitas, Madrid, 2004., p. 271.

<sup>550</sup> Todo en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, pp. 150, 151.

<sup>551</sup> Acerca del poder económico que adquieren las organizaciones, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Receptación y Blanqueo de Capitales”, p. 565.

organizaciones delictivas respecto de las inversiones de sus empresas o activos en la economía legal pueden regirse por la motivación de asegurar sus posiciones en los mercados ilegales (así, por ejemplo, el cierre de una empresa adquirida por una organización criminal puede suponer una seria cuestión social para los trabajadores y el gobierno; el retiro intempestivo de fondos del sistema bancario puede afectar la estabilidad de algunas entidades con el consecuente riesgo para ahorristas y el gobierno; casos en los cuales puede observarse que la organización adquiere capacidad de extorsión para negociar impunidad o una menor actividad de persecución de sus actividades delictivas)<sup>552</sup>. De este modo, dadas las circunstancias, utilizarán su poder económico para otorgar protección a sus actividades delictivas, disminuyendo la probabilidad de descubrimiento de dichas actividades, con la consecuencia de que se reduce la probabilidad de condena por aquellos delitos (disminución de los costes esperados de la actividad) y se incrementan los beneficios de la misma (reducción de la probabilidad de decomiso de las ganancias del delito). En esas circunstancias puede predecirse que se incrementará la actividad delictiva que da origen a los bienes ilegales, con el consecuente incremento en la actividad delictiva y en el daño ocasionado a los bienes jurídicos vinculados.

6. Una cuestión importante que plantea este autor, no ya en cuanto al daño social del BdeC sino en relación con la justificación del alcance de la respuesta penal, es la referida a la anticipación de la intervención penal en estadios previos a la lesión de un bien jurídico: dice este autor que *“el adelanto de las barreras punitivas al ámbito previo a la lesión de un bien jurídico sólo debería tener cabida en los supuestos excepcionales en los que existiese la certeza de la eficacia de la respuesta penal y en los que el hecho previo punible tuviera, a mayores, una vinculación directa y no sólo presuntamente mediata, con el eventual bien jurídico afectado”*<sup>553</sup>. En todo caso, no se trata de que la actividad de blanqueo sea una conducta inocua sino de que, en todo caso, la respuesta punitiva debe limitarse, en razón de las particularidades del subsistema jurídico-penal, a ciertos casos en que la intervención penal sea eficiente y tenga una relación directa con el

---

<sup>552</sup> Así, en sentido similar dicen Bajo/Bacigalupo: *“el delito de blanqueo se vincula con determinadas formas de criminalidad organizada, en la medida en que estimula la ulterior actividad delictiva e incrementa el poder económico de personas u organizaciones que pueden controlar sectores en que se introduzcan esquemas de funcionamiento no deseables, de modo que va aumentando su poder organizativo. En este sentido, el objeto de protección lo conformarían los bienes jurídicos que potencialmente pueden en el futuro ser puestos en peligro como consecuencia del incremento de dichas estructuras organizativas”*. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, pp. 683, 684.

<sup>553</sup> Todo en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, p. 153.

bien jurídico afectado, mientras que en el resto de los casos, debo presumir, resulta legítimo intervenir por medio de otros instrumentos de regulación jurídica como el Derecho administrativo o civil o incentivando, por ejemplo, la utilización de sistemas de autorregulación. La intervención penal sobre una persona para prevenir la comisión de un delito imponiendo una pena a un sujeto distinto a aquél cuyo comportamiento se quiere evitar, entiende este autor, puede conculcar el principio jurídico penal de “personalidad de las penas”<sup>554</sup>. Esta afirmación, aun cuando controvertible en su aplicación al tipo penal de BdeC, es muy distinta a la que indica que el blanqueo debe incentivarse, ya que afirma solamente que, a pesar de que se reconoce el daño social que ocasiona el BdeC, no puede apelarse en todos los casos a la imposición de pena a los autores de este tipo de conductas sino que deberán aplicarse otros medios jurídicos de intervención.

7. En efecto, como corolario, que permite afirmar que SUÁREZ GONZÁLEZ entiende, de forma radicalmente opuesta a BAJO FERNÁNDEZ, que los beneficios económicos de la actividad delictiva deben ser decomisados por el Estado, o al menos, no objeta el Derecho positivo español que así lo indica: “(...) *por otra parte, no puede pasarse por alto que el castigo del hecho previo siempre lleva aparejado, como consecuencia accesoria (...) el comiso de los efectos e instrumentos del delito*”.

*En conclusión:* en la misma línea de lo que se ha sostenido en el presente trabajo, SUÁREZ GONZÁLEZ indica que el BdeC da origen a beneficios sociales que deben ponderarse con los costes sociales derivados de su carácter de incentivo a la comisión de actividades ilícitas (*efecto criminógeno*), así como del particular efecto que adquiere este fenómeno en el caso del crimen organizado y que consiste en permitir que estas organizaciones adquieran poder económico con el cual pueden intentar obtener impunidad para sus actividades delictivas (*efecto incremento del poder económico del crimen organizado*).

De ello se deriva que los bienes de origen delictivo pueden ser utilizados como prueba del delito precedente que dio lugar a ellos, que los intervinientes en aquellos delitos no adquieren derechos de propiedad sobre los mismos ya que se encuentran sujetos a decomiso y que, por último, los terceros que realizan la actividad de blanqueo pueden ser desincentivados por todos los medios hetero- y autorregulatorios disponibles, debiéndose restringir la intervención penal sobre estos terceros a ciertos casos en los que considere legítima la intervención previa a la lesión de bienes jurídicos.

---

<sup>554</sup> Conf. SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, p. 145.

En relación con el daño a los bienes protegidos por las leyes de la competencia (*efecto anticompetitivo*) el autor entiende que no posee la entidad para justificar una intervención estatal diferente a la que sucede con otros casos de afectación de la competencia: a esta opinión puede agregarse que, en todo caso, la intervención penal se fundaría en el daño a las reglas de la competencia y como un refuerzo jurídico-penal de las mismas y que el BdeC sería un caso más de ventaja competitiva adquirida como producto de la violación de normas. Obsérvese que así regulado podría tratarse de un tipo penal autónomo que estuviera en relación concursal con el tipo penal de BdeC (fundado en la prevención de los efectos criminógenos y el efecto incremento de poder económico de las organizaciones delictivas) y que resultaría aplicable en aquellos casos en que la inversión de bienes de origen delictivo además de ocultar el origen ilícito de los mismo causara un daño suficiente a la leal competencia en el mercado.

Así, *este modelo de prohibición total* sujeto a un análisis de eficiencia acerca de la necesidad de la intervención sobre terceros y, particularmente, de su intervención penal, coincide con el aquí propuesto, de modo tal que estas consideraciones son compartidas por quien escribe estas páginas. La identificación de la tesis del profesor SUÁREZ GONZÁLEZ con la de aquellos que promueven la legalización del BdeC es errónea<sup>555</sup>.

### **c. La tesis de Peter Alldridge**

PETER ALLDRIDGE en su artículo *“The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”*<sup>556</sup> expresa también críticas a la criminalización del BdeC, lo que lo hace merecedor de un análisis detallado. Seguiré el procedimiento utilizado en este apartado, que consiste en identificar los párrafos más relevantes de su trabajo para perfilarlos y mostrar mis coincidencias y disidencias con su contenido. El objetivo, como hasta ahora, no es sólo evidenciar sus posiciones sino también las mías.

*“La criminalización (del BdeC) requiere una justificación diferenciada de aquella que da soporte al decomiso de las ganancias (confiscation). La criminalización del blanqueo de capitales no se justifica simplemente porque el bien se encuentre sujeto a decomiso”*<sup>557</sup> afirma este autor al comienzo del trabajo. A partir de aquí el autor intenta

---

<sup>555</sup> Así, por ejemplo, induce a este error PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, pp. 268-273.

<sup>556</sup> ALLDRIDGE, P.; *“The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”*, p. 279 y ss.

<sup>557</sup> ALLDRIDGE, P.; *“The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”*, p. 281.

vincular la actividad de BdeC con el principio del daño para verificar si el tipo penal de BdeC satisface dicho requisito<sup>558</sup>.

En efecto, al tiempo que justifica la apelación al decomiso de las ganancias como instrumento de disuasión de conductas lesivas<sup>559</sup> afirma que esta fundamentación no alcanza necesariamente para justificar la criminalización de la conducta de quienes tratan con dichos bienes<sup>560</sup>. Paso seguido analiza uno por uno los diferentes daños sociales que se atribuyen al BdeC.

Alldrige encuentra objeciones diversas a las argumentaciones que indican que el BdeC se vincula con daños al sistema financiero, daños a la libre competencia, corrupción de profesionales, daños al sistema bancario y daños macroeconómicos.

1. En relación con los efectos macroeconómicos del blanqueo asume que *“una gran cantidad de capitales podrían traer inestabilidad al mercado mundial. El total de recursos controlados por organizaciones criminales podría, se dice, ser tan grande que transferirlos de una jurisdicción a otra podría tener importantes consecuencias económicas. En el plano nacional se afectaría el tipo de cambio y las tasas de interés”*. El autor admite que si esta tesis es correcta *“da cuenta del daño del blanqueo de capitales”*. Sin embargo entiende que esta tesis *“(…) sólo argumenta en favor de la criminalización del blanqueo de capitales internacional, pero no del blanqueo que tiene lugar en una sola jurisdicción”*<sup>561</sup>. Es correcta la afirmación de que sólo en el caso de que grandes sumas de dinero sean administradas de forma centralizada por organizaciones delictivas puede hablarse de un riesgo de este tipo. Sin embargo, el riesgo no se limita al blanqueo internacional: es plausible que la organización decida retirar el dinero del sistema financiero de un país e invertirlo en otro sector económico del mismo país o dejarlo en cajas de seguridad y el efecto lesivo será el mismo. Así mismo, existe el riesgo de que este poder económico sea utilizado por las organizaciones para negociar impunidad con las autoridades.
2. En relación con el daño a la libre competencia como consecuencia de la competencia desleal en el caso en que el negocio del competidor es *“subsidiado”* con dinero sucio, afirma que la evidencia al respecto dista

---

<sup>558</sup> ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 305.

<sup>559</sup> “No sería coherente, por un lado, tratar de crear desincentivos para cierto tipo de conducta y, por otro, permitir que quien la realiza goce de los beneficios de la misma”, dice, en este mismo sentido, ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 284.

<sup>560</sup> ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 287.

<sup>561</sup> Todo en ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 306.

de ser abrumadora. Pero, aun así, entiende que *“la solución a este tipo de casos debe ser encontrado en el Derecho de defensa de la competencia (ya que) lo que causa el daño es el subsidio cruzado y no el hecho de que su origen sea ilegal”*<sup>562</sup>. Esta opinión es coincidente con la que sostuve *supra*.

3. En lo que se refiere a la corrupción<sup>563</sup>, al daño al sistema bancario<sup>564</sup> y a los efectos negativos sobre la macroeconomía<sup>565</sup>, el autor se muestra escéptico en mayor o menor medida respecto de que exista una vinculación evidente con el BdeC.
4. Existe, por último, un argumento de ALLDRIDGE que me interesa confrontar en virtud de la importancia que tiene en la estructuración del presente trabajo: el autor niega que la imposición de sanciones a los blanqueadores tenga un efecto desincentivo para cometer los delitos que dan origen al dinero sucio y, por lo tanto, niega que se pueda dañar el bien jurídico protegido por el delito que da origen a los bienes. Los argumentos son dos:
  - a) no es auto-evidente que si se dificulta el BdeC habrá una disminución sustancial en la actividad delictiva precedente. Aun cuando hubiera un control perfecto del cumplimiento de las normas penales del BdeC, los beneficios provenientes del tráfico de drogas son tan importantes que siempre habría incentivos para retener el dinero en efectivo hasta que llegue el momento de gastarlo;
  - b) más importante, en opinión del autor, es la objeción fundada en que el argumento anterior depende para su validez de una contrastación empírica que aparece como poco plausible y aún no probada, y agrega: *“si la conducta delictiva precedente es ya un delito y existen facultades para decomisar los beneficios, ¿qué fuerza adicional provee el legislar como delito el ocultamiento del origen ilícito de los mismos?”*<sup>566</sup>.

La primera objeción (a) es débil. Resulta evidente que los intervinientes en los delitos precedentes pueden retener el dinero (encubrirlo) hasta el momento en que puedan utilizarlo, pero excepto que manifiesten algún “síndrome de avaricia” por el cual manifiesten una preferencia por “sentarse sobre el dinero” su deseo es adquirir con éste bienes y servicios; es decir, utilizarlos para consumo (Bienes/Consumo) y para inversión (Bienes/Inversión). Por ende, si la legislación dificulta la entrada del capital a la economía legal evita que el mismo adquiera capacidad de

---

<sup>562</sup> Todo en ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 307.

<sup>563</sup> ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 308.

<sup>564</sup> ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 309 y ss.

<sup>565</sup> ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 312 y ss.

<sup>566</sup> Todo conf. ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 288.



adquisición efectiva, cumpliendo así su finalidad. Además, el ingreso en cuentagotas del capital en la economía legal, que permitiría evitar su descubrimiento, puede resultar posible cuando se trata de pequeñas cifras pero se torna imposible cuando se trata con millones.

En relación con la segunda objeción (b), basta con agregar que de lo que se trata, entonces, es de verificar empíricamente si la imposición de sanciones a terceros que intervienen como blanqueadores tiene efectos disuasorios y, además, de si dicha medida resulta eficiente. Esta hipótesis no resulta en absoluto poco plausible si se parte del supuesto conductual de racionalidad de los actores, modelo cuya aplicación al estudio del BdeC ya se justificó en la Primera Parte de este trabajo. La hipótesis es absolutamente plausible y, conforme la doctrina criminológica actual sobre delitos económicos, cuenta con buenas oportunidades de resultar verificada empíricamente. Los terceros que blanquean bienes cumplen la función de incrementar los beneficios esperados del delito previo y reducir los costes esperados, de modo tal que desincentivar la actividad de estos terceros sí tiene sentido desde la perspectiva de la protección del daño a los bienes jurídicos protegidos por los delitos que dan origen a los bienes.

*En conclusión: ALLDRIDGE sostiene un modelo de prohibición parcial del BdeC, en el sentido, ya explicado, de que los bienes provenientes de actividades delictivas deben ser decomisados y utilizados como prueba del delito previo mientras que, por otro lado, entiende que no existen razones contundentes fundadas en el principio del daño para sancionar a los terceros blanqueadores. El autor concede, en todo caso, que bajo ciertas circunstancias pueda intervenir sobre éstos por vía del Derecho administrativo en el caso, por ejemplo, de que se afecten las reglas de la libre competencia. Mi opinión, como se ha visto, se opone a la de este autor en un punto fundamental: la actividad de los blanqueadores tiene efectos criminógenos y, eventualmente, efectos anticompetitivos y de incremento del poder económico de las organizaciones delictivas, lo que permite dar fundamento suficiente para desincentivar esta actividad, siendo legítimo recurrir al Derecho penal si ello resulta eficiente comparado con la utilización de otras sanciones negativas no penales (verbigracia, sanciones administrativas).*

## F. Conclusiones al ACB de la actividad de BdeC

Luego de haber llevado a cabo el ACB de la actividad de BdeC<sup>567</sup> puede afirmarse que *prima facie* existen buenas razones para desincentivar esta actividad debido a tres efectos lesivos derivados de la misma: el *efecto criminógeno* que puede predicarse de todo tipo de blanqueo y que supone un incremento de la actividad delictiva en virtud del incentivo que supone esta actividad, el *efecto incremento del poder económico de las organizaciones delictivas* cuando el blanqueo lo es de bienes bajo su dominio, tiene una gran entidad económica y se lleva a cabo de modo organizado y, por último, el *efecto anticompetitivo* que puede predicarse de ciertas formas de blanqueo dirigidas a la inversión productiva de bienes o servicios y que afecten de modo sustancial a la leal competencia<sup>568</sup>.

Otros efectos lesivos que se atribuyen al BdeC carecen de fundamento. Carece de fundamento lógico el *efecto reputacional sobre el sistema financiero* ya que no es sino un efecto de la regulación dirigida a la prevención del blanqueo y no de esta actividad en sí; carece de fundamento empírico el *efecto macroeconómico* ya que no existe evidencia alguna del mismo y los modelos de análisis de los organismos internacionales no permiten ninguna conclusión definitiva; carece de fundamento, así mismo, el *efecto corrupción del sector público o privado* ya que el dinero blanqueado no debería ser utilizado racionalmente para el pago de sobornos. Así mismo, también estos dos últimos efectos no serían sino un efecto de la prohibición y regulación preventiva del blanqueo, ya que si esta actividad se legalizara no existiría motivo alguno para que el flujo de inversión siga un ciclo

---

<sup>567</sup> Si bien resulta muy controvertido si deben considerarse los beneficios del delito en el ACB existen casos en que al menos el ejercicio intelectual no resulta tan lesivo a las intuiciones morales: la distinción entre las conductas “mala in se” (como el homicidio o la violación) y “mala prohibita” (como muchas infracciones administrativas que devienen delitos) pueden ser un primer indicio de aceptabilidad. Ogus incluye algunos criterios adicionales que parecen combinar elementos de eficiencia con criterios distributivos: 1) La dimensión de los costes agregados relativos a los beneficios agregados: cuanto más pequeños los primeros más aceptables los resultados, 2) la identificación de grupos dentro de la comunidad que se benefician y perjudican respectivamente de la actividad que impone los costes: cuanto más se superpongan (overlap) estos grupos más aceptable el resultado, 3) la extensión con que los costes se encuentran esparcidos a lo largo de la sociedad: cuánto más focalizados se encuentren y más identificables sean los perdedores más inaceptable el resultado. Conf. OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, p. 196.

<sup>568</sup> Así, también identifica la lesividad social del BdeC refiriendo al efecto anticompetitivo (el BdeC “*distorsiona el mercado y su competencia basada en la igualdad de oportunidades*”) y al efecto de acumulación de poder económico por las organizaciones delictivas (“*que puede desembocar en poder político*”), BOTTKE, W.; “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, pp. 7, 8, 11, 14, 15.

diferente al del dinero limpio y, en relación con la corrupción, tampoco existirían motivos para sobornar a funcionarios ya que la actividad sería legal.

También se ha considerado que el blanqueo provee importantes beneficios sociales, lo que puede deducirse de la acumulación de Estados que proveen servicios especializados de blanqueo (refugios financieros): éstos intentan favorecerse de los beneficios económicos de las cuantiosas inversiones de dinero de origen ilícito, una parte del cual será de origen delictivo.

El modelo del ACB afirma que cada Estado debería evaluar de forma abierta y explícita los costes y beneficios sociales que esta actividad le provee: así deberá ponderarse el incremento de la actividad delictiva en su propio territorio (coste) con el proceso de inversión de esos bienes en la economía legal (beneficios), como consecuencia de la legalización del blanqueo. Este análisis no es en absoluto extraño a la realidad: cuando un Estado decide ofertar una “amnistía fiscal” que incluye a quienes han cometido delitos contra la Hacienda Pública, pondera el efecto incentivo que puede incrementar futuras evasiones con los beneficios (inmediatos) del flujo de inversión (por ejemplo, en bonos opacos del Estado). Sin embargo, esta argumentación sería difícilmente extensible a todos los delitos, resultando paradigmática la inaceptabilidad de un procedimiento similar en relación con los delitos de corrupción.

Sin embargo, y para concluir, se ha dicho que desde la perspectiva del ACB la legalización del blanqueo no debe abarcar la de los bienes producto de delitos cometidos en los territorios de otros Estados: ninguna sociedad tiene derecho a decidir sobre el bienestar de otras; se trataría, así, de externalidades que la producción de una sociedad hace pesar sobre otra.

Las regulaciones internacionales tienden a evitar este efecto así como a armonizar la legislación para incrementar la persecución de esta actividad y para evitar las distorsiones competitivas que pudiera acarrear una imposición heterogénea de las normas.

### **III. Sumario y orientación**

En este capítulo se han analizado los costes y beneficios sociales de la actividad de BdeC, concluyéndose que el blanqueo causa una diversidad de daños sociales que pueden resumirse en el *efecto criminógeno*, *efecto*

*anticompetitivo y efecto incremento del poder económico de las organizaciones delictivas* cuya ponderación con los beneficios de esta actividad resultará, en la mayoría de los casos, en favor de su desincentivación.

Ello no significa que no existan excepciones: puede que el análisis coste-beneficio indique que resulta eficiente para una sociedad permitir que sean blanqueados los bienes que se obtuvieron por medio de la evasión de impuestos ya que la Hacienda Pública que se vio perjudicada por la anterior evasión resulte compensada por el posterior blanqueo. Sin embargo, en muchos casos como en el de la corrupción de funcionarios públicos dicha legitimación será insostenible en virtud de los valores en juego.

Así mismo, resulta ilegítimo que un Estado decida blanquear los bienes de delitos cometidos en el territorio de otros Estados: razones de equidad y soberanía resultan preponderantes.

## Conclusiones de la Segunda Parte

1. Existen divergencias al momento de caracterizar el fenómeno del BdeC. Mientras algunos autores prefieren caracterizarlo como un proceso de inversión de grandes sumas de activos de origen delictivo en la producción de bienes o servicios, otros parecen destacar el elemento “ocultación” del origen ilícito con la consecuente evitación de las consecuencias jurídicas de su identificación (decomiso y utilización como prueba del delito previo). Así mismo, una parte de la literatura especializada suele destacar un elemento subjetivo como caracterizante: los bienes que se blanquean son producto de los beneficios del crimen organizado.

2. En el presente trabajo he adoptado una definición que pretende destacar los beneficios que este proceso provee al infractor del delito previo como motivo del proceso. De este modo adopté la siguiente definición: se trata de un *proceso más o menos complejo (dependiendo de las circunstancias) que trata con bienes de origen delictivo y que tiene la finalidad de incorporar dichos bienes en la economía legal para transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen ilícito en poder de adquisición efectivo, lo que implica ocultar dicho origen ilícito*. Puede observarse que esta descripción se halla más cerca de la que aceptan quienes destacan el elemento “ocultación” y no restringen su aplicación a los casos en que actúa el crimen organizado.

3. Luego he llevado a cabo un análisis positivo de diferentes alternativas regulatorias del blanqueo con la finalidad de comparar estos diferentes entornos institucionales para evaluar los efectos de cada uno de ellos. La finalidad de esta evaluación es distinguir los efectos lesivos del blanqueo de otros que pueden adjudicarse a la propia regulación preventiva y represiva (efectos no deseados de la legislación) así como de aquellos que carecen de sustento empírico. Para llegar a ello he llevado a cabo un análisis comparativo de tres entornos institucionales distintos en relación con el blanqueo partiendo del supuesto de que los bienes se relacionan con tres funciones: son prueba del delito previo (Bienes/Prueba), son ganancia que se orienta al consumo (Bienes/Consumo) y son inversión en la economía legal (Bienes/Inversión). Los tres entornos legales que se han analizado son los siguientes: *a) la legalización del blanqueo* que implica que los bienes no se decomisan adjudicándose derechos de propiedad sobre ellos a los intervinientes en los delitos previos, que los bienes no se utilizan como prueba de aquellos y que los blanqueadores no son sancionados por dicha actividad, *b) prohibición parcial* en el que los bienes

son decomisados y utilizados como prueba pero no se sanciona a los blanqueadores y c) *prohibición total* en el que se sí se sanciona a los blanqueadores.

4. Con base en el estudio comparativo de los entornos institucionales mencionados he concluido que el BdeC puede ser origen de importantes *beneficios económicos* para las sociedades que reciben la inversión de los bienes, lo que estará en relación directa con la cantidad de los bienes blanqueados. Así mismo, he argumentado que el blanqueo causa *tres tipos de daños sociales*: a) el *efecto criminógeno* es un efecto compartido por toda forma de blanqueo de bienes de origen delictivo; b) el *efecto incremento del poder económico de las organizaciones delictivas*, también puede predicarse de ciertas formas de blanqueo: aquellas que se vinculan con delitos cometidos por organizaciones y que se invierten en activos estables en la economía y c) el *efecto anticompetitivo* se presenta sólo en aquellos casos en que el blanqueo presenta las características de tratarse de grandes sumas de capital que se invierten en la producción de bienes o servicios, causando un daño suficiente a la competencia.

5. También he argumentado que si bien una sociedad puede decidir legalizar el BdeC cuando estos efectos se producen en su territorio (ponderando los costes y beneficios sociales del blanqueo) no resulta legítimo hacerlo en caso de que los efectos negativos (externalidad negativa) tengan lugar en el territorio de otros Estados: en este caso, si bien un argumento de eficiencia en sentido Kaldor-Hicks podría justificar la legalización con base en la capacidad de reparación potencial del daño, existe un fuerte argumento de equidad que, vinculado con la idea de soberanía, establece límites a la legalización.

6. Luego se ha analizado la regulación internacional para afirmar, con base en los modelos integrados, que los actores internacionales (los Estados) que actúan motivados por la persecución de los beneficios sociales de la actividad de blanqueo deberían ser disuadidos por medio de los costes legales y reputacionales derivados de la regulación internacional. Como consecuencia de ello se ha afirmado que la tendencia a la armonización normativa (tanto en relación con la legislación penal como la administrativa e inclusive la autorregulatoria) es una condición necesaria para una adecuada prevención del blanqueo internacional. Esta regulación debe evitar dos efectos no deseados en el ámbito internacional: el *efecto del amigo reacio a colaborar* y el *efecto del falso amigo*.

7. Así mismo, se han presentado tres tesis críticas con la prohibición total del blanqueo. La más radical de ellas, la de BAJO FERNÁNDEZ,

propone la legalización de la actividad mientras que las de SUÁREZ GONZÁLEZ y ALLDRIDGE sostienen la prohibición de la actividad con base en ciertos daños sociales que se atribuyen al blanqueo. La diferencia entre estos dos últimos consiste en que mientras que ALLDRIDGE se inclina por la prohibición parcial debido a que considera que la criminalización de los blanqueadores infringe el requisito del principio del daño, SUÁREZ GONZÁLEZ se inclina por una alternativa de prohibición total (que comparto) sujeta a una evaluación de eficiencia en relación con la necesidad de la utilización de un sanción penal para los blanqueadores. Estas posiciones sirven para terminar de perfilar mis propios argumentos acerca de la efectiva y grave lesividad social del blanqueo así como de sus beneficios sociales.

8. Por último, se han analizado los costes y beneficios de la actividad de BdeC, concluyéndose que aparece relacionada con una diversidad de daños sociales cuya ponderación con los beneficios de esta actividad resultará, en la mayoría de los casos, en favor de su desincentivación.

9. En la Parte Tercera se llevará a cabo un ACB y Análisis Coste-Eficacia de los instrumentos y estrategias de prevención y castigo utilizados para reducir la actividad de blanqueo, con los consecuentes beneficios derivados de su aplicación así como de los costes públicos y privados impuestos para su cumplimiento.





## **Tercera Parte**

# **Análisis Positivo y Normativo del Sistema de Prevención y Castigo del BdeC**



## Introducción

Esta *Parte Tercera* esta conformada por tres apartados vinculados entre sí por una línea rectora: *el análisis del sistema de prevención y castigo del BdeC*. En efecto, mientras que en la Parte Primera se analizaron los conceptos fundamentales del marco teórico provisto por el AED y en la Parte Segunda se analizó la lesividad social del BdeC, en esta última Parte se pretende analizar, con base en el supuesto conductual de racionalidad de los agentes, la eficiencia de la política jurídica orientada a la reducción de los daños sociales derivados del blanqueo.

El *Capítulo I* presenta la racionalidad del sistema de prevención y castigo del blanqueo argumentando que los instrumentos legales que conforman tal sistema tienen como objetivo último el decomiso de los bienes (que evita que con ellos se pueda consumir u obtener una renta) y su utilización como prueba del delito cometido (que tiene como finalidad mantener la eficacia disuasoria de la pena establecida para el delito previo). Para cumplir esta doble finalidad resulta necesario que existan agencias encargadas de cumplir con un requisito previo: la *identificación del origen ilícito de los bienes*. Para ello resulta necesaria, como siempre, la *intervención directa* de las diferentes agencias del Estado encargadas de la investigación del delito. Pero en el caso del BdeC se apela, también, a una estrategia de *intervención indirecta* para la identificación de los bienes: se imponen deberes de colaboración a agentes del sector privado.

El *Capítulo II* se concentra en la intervención indirecta y, particularmente, en los programas de cumplimiento (*Compliance Programs*) que deben desarrollarse en el ámbito de aquellas empresas identificadas por la regulación administrativa como sujetos obligados a colaborar en la identificación de los bienes de origen delictivo. En este Capítulo se lleva a cabo un desarrollo tanto de los aspectos de contenido de dichos programas como de los incentivos legales y reputacionales que tienen los individuos vinculados a la empresa tanto para implementar estos programas como para cumplirlos una vez establecidos.

Por último, el apartado final, *Conclusiones Generales de la Parte Tercera*, pretende interrelacionar, a modo de conclusiones acerca del sistema de prevención y castigo del BdeC, los aspectos más relevantes de los Capítulos I y II de esta Parte Tercera a la vez que, de forma algo *sui generis* para unas conclusiones, se pretende *establecer el marco teórico general para indicar de qué modo debe llevarse a cabo la evaluación de la eficacia y eficiencia del sistema de prevención y castigo del BdeC*.

# Capítulo I

## La Racionalidad del Sistema de Prevención y Castigo del BdeC

### I. Introducción

Conforme lo afirmado en la Segunda Parte de este trabajo, existen buenos fundamentos para desincentivar el BdeC. Las normas internacionales han establecido las directrices de una diversidad de instrumentos y estrategias que confluyen en crear un sistema de prevención y castigo del blanqueo que ha encontrado reflejo en la legislación española.

Estos instrumentos de prevención y castigo del blanqueo tienen como objetivo último el decomiso de los bienes (que evita que con ellos se pueda consumir u obtener una renta) y su utilización como prueba del delito cometido (que tiene como finalidad mantener la eficacia disuasoria de la pena establecida para el delito previo). Para cumplir esta doble finalidad resulta necesario que existan agencias encargadas de cumplir con un requisito previo: la *identificación del origen ilícito de los bienes*. Para ello resulta necesaria, como siempre, la *intervención directa* de las diferentes agencias del Estado encargadas de la investigación del delito. Pero en el caso del BdeC se apela, también, a una estrategia de *intervención indirecta* para la identificación de los bienes: se imponen deberes de colaboración a agentes del sector privado.

La argumentación de este capítulo se orientará a analizar, en primer lugar, los fines del sistema de prevención y castigo del BdeC, con particular atención al *decomiso de las ganancias*. Luego pasaré a considerar los mecanismos de intervención directa e indirecta establecidos para identificar la situación de los bienes que provienen de actividades delictivas: me concentraré en la particular estrategia que consiste en la *responsabilización del sector privado* para que apoye las funciones estatales de identificación del origen ilícito de los bienes, que serán analizados a la luz de las funciones que cumplen estos agentes privados en sus roles de *gatekeepers* y *whistleblowers*, según la nomenclatura de la legislación y doctrina anglosajona.

En la última parte del presente capítulo se analizará el tipo penal y sus funciones político-criminales asociadas, tanto en relación al blanqueador vinculado al infractor del delito previo (el que da origen a los bienes) como a los evitadores del blanqueo (los agentes del sector privado que deben colaborar en la prevención).

## **II. Análisis sistemático de los instrumentos de prevención y castigo del BdeC**

### **1. Introducción**

Quienes diseñan la política criminal cuentan con diversos instrumentos regulatorios para lograr reducir la actividad delictiva. Estos instrumentos se dirigen tanto a restringir el conjunto de oportunidades de los actores como a alterar los resultados que presentan las diferentes alternativas de acción, de modo tal que al momento de evaluar la utilidad de la conducta delictiva ésta sea menos atractiva que las alternativas conformes a Derecho (o, de acuerdo con la teoría de la disuasión marginal, al menos se pueda orientar el comportamiento hacia una conducta delictiva alternativa menos lesiva). La regulación para la prevención del BdeC es una excelente muestra de que el complejo de reglas sobre el blanqueo debe incluir no sólo al Derecho penal sino también al Derecho administrativo, las regulaciones de supervisión financiera y la autorregulación de los sujetos privados<sup>569</sup>.

Las diversas normas internacionales que constituyen el *global village crime control* han dedicado gran atención a la prevención del blanqueo de capitales, promoviendo la cooperación internacional en esta materia y tendiendo a la armonización de las normas nacionales. Una parte de estos documentos internacionales se ocupa de la regulación del intercambio de

---

<sup>569</sup> Conf. PIETH, M.; “Staatliche Intervention und Selbstregulierung der Wirtschaft“, en *FS Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 319, 320. En el mismo sentido, Andrea Castaldo afirma que, con relación al lavado de dinero, se impone una política criminal integral que no sea exclusivamente una política penal y propone un sistema integrado por “escalones“, donde se reserva un espacio para el Derecho penal identificado a través del principio de subsidiariedad, complementario de la intervención por medio de instrumentos autorregulatorios, de Derecho administrativo, de Derecho civil, así como de Derecho tributario; CASTALDO, A.; “Criminalidad organizada y mercado económico-financiero”, pp. 304, 305. En particular, es en el ámbito del, así denominado, Derecho penal expandido donde resulta más evidente que el Derecho penal es sólo un elemento de un complejo regulatorio que no puede ser comprendido si se analizan solamente las normas jurídico-penales. Sobre la expansión del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001.

información entre Estados, de la extradición de los imputados y de la coordinación de acciones así como de la transferencia entre Estados de los bienes decomisados en otro territorio.

A pesar de esta diversidad de instrumentos de intervención político-criminal, la doctrina alemana ha acuñado el concepto “doble estrategia” (*Doppelstrategie*) para identificar los elementos jurídico-penales que configuran la política criminal que se dirige a la prevención del BdeC: el decomiso de las ganancias derivadas de la actividad delictiva y la tipificación penal del BdeC<sup>570</sup>. Sin embargo, esta caracterización soslaya un tercer instrumento sin el cual resulta incompleta la descripción de la estrategia político-criminal contra el BdeC: me refiero a la responsabilización de profesionales y empresarios para que colaboren en la política criminal contra el blanqueo. En efecto, la estrategia de prevención en cuestión se caracteriza por regular actividades económicas y profesionales, con la finalidad de evitar su utilización para esta actividad<sup>571</sup>, por lo que resulta inexacto restringir el análisis de la estrategia de prevención al decomiso y a la tipificación penal de las conductas de blanqueo.

El estudio debe ampliarse atendiendo, entonces, a los deberes que impone la regulación administrativa y a su integración con los elementos que componen la doble estrategia<sup>572</sup>. Así, podría considerarse la existencia

---

<sup>570</sup> Conf. KILCHLING, M.; “Geldwäsche und Gewinnabschöpfung in internationaler Perspektive. Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen für ein vergleichendes empirisches Forschungsprojekt“, p. 80. También KAISER, G.; “Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Gewinnabschöpfung“, en *wistra* N° 19 (2000), p. 121. Afirma que el origen de esta doble estrategia político-criminal se encuentra en la lucha contra el crimen organizado, NELLES, U.; “Die europäische ‘Wasche von Erträgen aus Straftaten’“, en *Money, money, money... Geldwäsche, Gewinnabschöpfung und Rückgewinnungshilfe*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 113.

<sup>571</sup> Conf. NELLES, U.; “Die europäische ‘Wasche von Erträgen aus Straftaten’“, p. 114.

<sup>572</sup> Sobre la importancia de analizar la regulación administrativa para evaluar las políticas de prevención del BdeC, KILCHLING, M.; “Geldwäsche und Gewinnabschöpfung in internationaler Perspektive. Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen für ein vergleichendes empirisches Forschungsprojekt“, p. 103. En este sentido, destaca los esfuerzos de armonización tanto en relación con la tipificación penal del BdeC, del decomiso de las ganancias así como de la regulación preventiva de carácter administrativo, ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, en *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 370, 371. Por su parte, y en una versión novedosa de la “triple estrategia” en relación con los delitos de corrupción, Blanco Cordero indica que la política criminal dirigida a privar a los corruptos de sus ganancias se asienta esencialmente sobre tres pilares: 1. el comiso de los bienes de origen delictivo, para arrebatar las ganancias ilícitas a los corruptos, 2. la sanción del blanqueo de dinero como delito y 3. el enfoque o estrategia “Al Capone”, que consiste en gravar impositivamente los bienes de origen ilícito. Conf. BLANCO

de una “triple estrategia regulatoria” constituida por el decomiso de las ganancias derivadas de la actividad ilícita, por la imposición de deberes de colaboración a sujetos privados y, *last but not least*, la tipificación penal de las conductas identificadas como BdeC.

Sin embargo, esta clasificación por acumulación no permite identificar con claridad las distintas funciones político-criminales que cumplen cada una de estas normas y el control de su cumplimiento. En lo que sigue propondré una reorganización de las funciones político-criminales de estas normas con base en el supuesto conductual de racionalidad de los agentes y guiado por la idea de lograr la reducción de la actividad delictiva de BdeC al menor coste social posible. Previo a ello, resulta necesario analizar la evaluación de los diversos documentos supra e internacionales así como los mojones claves de su evolución.

## 2. Análisis de las normas inter- y supranacionales

### A. Introducción

Cuando en la actualidad se plantea el estudio de las estrategias de regulación en cualquier ámbito se deben estudiar tanto las estrategias de regulación por parte de actores estatales como no estatales, en las que el Estado es tanto sujeto como objeto de regulación (por ejemplo, por parte del FMI, Moody's, la Organización Mundial de Comercio y otras organizaciones)<sup>573</sup>. Lo propio ocurre con el BdeC, ámbito en el cual actores estatales (organismos nacionales reguladores y de prevención del delito), internacionales (ONU), regionales (Unión Europea), y otros de carácter no estatal (GAFI, G7, consultoras de riesgo) concurren en un espacio regulatorio sujeto a tensiones.

La política criminal contra el BdeC es un concepto relativamente nuevo que no se extiende más allá de las tres últimas décadas<sup>574</sup>, si se incluyen en él las iniciales regulaciones bancarias en los EEUU<sup>575</sup>. Más allá del

---

CORDERO, I.; “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos”, en *Estudios Penales y Criminológicos* N° 27 (2007), p. 40.

<sup>573</sup> Conf. BRAITHWAITE, J., “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, p. 51.

<sup>574</sup> PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 6.

<sup>575</sup> Así la *Bank Secrecy Act (1970)* de los EEUU fue una norma precursora de la legislación preventiva del BdeC, ya que establecía un sistema de reporte obligatorio con la finalidad de poder seguir el rastro del dinero (paper trail); conf. ZAGARIS, B.; “A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters”, *Vand. J. Transnat* N° 32 (1999), p. 1056.

análisis del contenido de estas normas, lo que merece mayor atención es, a partir de ellas, mostrar las líneas de evolución de la política criminal para prevenir el BdeC.

Un análisis comparado de las mencionadas normas permite identificar tres líneas fundamentales de acción que han ido consolidando la forma actual de la política de prevención del blanqueo:

- a) la *tipificación penal* de toda conducta que pueda calificarse como BdeC,
- b) la regulación y ampliación del *decomiso de las ganancias* derivadas de la actividad delictiva,
- c) la imposición de *deberes de colaboración a sujetos privados* con base en la regla “conocer al cliente” (reglas de *due diligence*)<sup>576</sup>.

Estas tres vías de intervención presentan una particularidad en común que consiste en la progresiva ampliación de su ámbito de intervención como producto de la acumulación de las sucesivas normas inter- y supranacionales que han regulado la materia<sup>577</sup>.

Las normas fundamentales cuya mención resulta ineludible para comprender la evolución legislativa de la política de prevención del BdeC en el plano inter y supranacional son, por orden de aparición:

1. Declaración de Principios de Basilea sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal (1988),
2. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) –Convención de Viena-,
3. 40 recomendaciones del GAFI (1990),
4. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (1990) –Convención del Consejo de Europa-,
5. Directivas Europeas (1991, 2001, 2005),
6. Corpus Iuris (1999),
7. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (2000) –Convención de Palermo-,
8. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)<sup>578</sup>.

---

<sup>576</sup> PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, pp. 6-12. También en PIETH, M.; “The Prevention of Money Laundering: A Comparative Analysis”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice Vol. 6/2 (1998)*, p. 162 y ss. En el mismo sentido, ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, p. 73.

<sup>577</sup> En relación con estas ampliaciones ver ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, pp. 78-80.

<sup>578</sup> Por todos y para un análisis más detallado de cada una de estas normas; ver particularmente el análisis de ABEL SOUTO, M.; *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*. También ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El*



El estudio de la regulación inter- y supranacional es de gran importancia en virtud de su gran influencia en la aproximación político-criminal al BdeC en España. En efecto, tanto la introducción como las sucesivas reformas que sufrió el tipo penal de blanqueo de capitales en el CP han sido justificadas por el legislador argumentando que España debía cumplir los compromisos internacionales para la prevención y castigo que había suscrito. En efecto, del mismo modo que la Ley 19/1993 supone la transposición de la Directiva 91/308/CEE y los compromisos deontológicos de los profesionales del sector bancario español son el reconocimiento de la Declaración de Principios de Basilea (1988), la legislación penal se ha visto influenciada por la Convención de Viena (1988), por la Convención del Consejo de Europa (1990), por la propia Directiva y sus reformas, así como por las Recomendaciones del GAFI<sup>579</sup>.

## B. La Declaración de Principios de Basilea (1988)

*La Declaración de Principios de Basilea sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal* fue aprobada el 12 de diciembre de 1988 por el Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias compuesto por los representantes de los Bancos Centrales y autoridades de supervisión de banca del Grupo de los Diez (G-10)<sup>580</sup>.

---

*delito de blanqueo de capitales*, p. 150 y ss. También en COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Blanqueo de Capitales. Abogados, Procuradores y Notarios, Inversores, Bancarios y Empresarios*, pp. 18-20. También HETZER, W.; "Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch Unterbindung der Geldwäsche", en *misra n° 8 (1993)*, p. 286. HETZER, W.; "Der Geruch des Geldes – Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche", en *NJW N° 51 (1993)*, p. 3299. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; "La dimensión internacional del blanqueo de dinero", en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, García Arán (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 189 y ss. MOLINA MANSILLA, M.; "El delito de blanqueo de capitales: concepto y fases", p. 90 y ss. ZARAGOZA AGUADO, J.A.; "El blanqueo de bienes de origen criminal", pp. 368, 369. Sobre las normas internacionales que influyeron en la legislación alemana contra el BdeC, ver PÜTTER, N.; "Geldwäsche und die Achillesferse des 'organisierten Verbrechens'", en *Krim. Journal 27 N° 4 (1995)*, p. 261 y ss

<sup>579</sup> Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 150.

<sup>580</sup> En un principio el G-10 estaba compuesto por los representantes de los bancos centrales de los diez países más industrializados del mundo. En la actualidad está compuesto por representantes de doce países: Alemania, Bélgica, Canadá, EEUU, Francia, Italia, Japón, Holanda, Luxemburgo, Suecia y Suiza. También participa la Unión Europea como observador. Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 110 nota al pie n° 1.

La Declaración consiste en un código de conducta sobre reglas y prácticas de control de operaciones bancarias, con la pretensión de elaborar una guía de actuación por parte de las entidades y autoridades financieras de los distintos países ante el problema del blanqueo<sup>581</sup>. Se trata, así, de una serie de normas de *due diligence* circunscriptas al ámbito financiero y que proponen una serie de controles sobre las operaciones que se realizan con base en la exigencia de “identificación seria” de los clientes.

Este documento puede considerarse un punto clave en la evolución de la línea preventiva del BdeC por vía de la responsabilización de sujetos privados. Evidencia de ello es que la Asociación de Banca Privada (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) manifestaron ya en 1990 su plena adhesión a la Declaración de Basilea en un documento que lleva por título “Normas para la prevención del blanqueo de origen criminal” y que desarrolla las reglas y principios básicos de aquella Declaración. Debe destacarse, de todos modos, que estas reglas de conducta carecían de incentivos para su cumplimiento adicionales a los meramente reputacionales, al carecer de mecanismos de control y sanción (hetero- o autorregulatorios)<sup>582</sup> de modo tal que sólo al ir creándose en el futuro los incentivos adecuados es cuando estas reglas pueden cumplir su función con más eficacia.

### **C. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas -Convención de Viena- (1988)**

La *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*<sup>583</sup>, aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988, representa un hito esencial en el desarrollo legislativo en el plano internacional, pues resume todos los esfuerzos anteriores por armonizar la legislación relativa al narcotráfico<sup>584</sup> y constituye el punto de partida de las propuestas en el plano internacional de prevención y castigo del BdeC,

---

<sup>581</sup> Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 110. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, pp. 189, 190.

<sup>582</sup> Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 111-113.

<sup>583</sup> Fue ratificada por España el 30 de junio de 1990 (BOE de 10 de noviembre de 1990) y entró en vigencia el 11 de noviembre de 1990.

<sup>584</sup> Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 150.

por lo que ha sido denominada “Convención Madre” (*Mutterkonvention*)<sup>585</sup> en relación con esta materia.

En efecto, este documento internacional estableció la agenda para el futuro en materia de prevención del BdeC<sup>586</sup>: criminalización del BdeC (ya que incorpora la redacción en su art. 3.b de tipos legales de blanqueo de capitales referidos al tráfico de drogas)<sup>587</sup>, decomiso de los beneficios económicos derivados del delito, cooperación internacional y levantamiento del secreto bancario<sup>588</sup>.

#### **D. 40 Recomendaciones del GAFI (1990)**

A pesar de que la Convención de Viena había indicado los puntos clave de la política de prevención del BdeC, EEUU, Gran Bretaña y Francia entendieron que no resultaba suficiente para evitar que las entidades financieras fueran utilizadas para el blanqueo de bienes de origen delictivo y, por ello, promovieron la creación del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) en el marco del Grupo de los 7 (G-7), esto es la Reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno de los siete países más industrializados del mundo<sup>589</sup>, en julio de 1989. Se trata de un grupo de trabajo conjunto en el que se integraron desde el principio otros ocho países, entre ellos España. El objetivo que se perseguía con la constitución de este grupo era la creación de un organismo de diseño de políticas de prevención del BdeC<sup>590</sup>.

---

<sup>585</sup> La denominación pertenece a AMBOS, K; “Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel ‘Geldwäsche’“, *ZStW* n° 114 (2002) *Cuaderno n° 1*, p. 237.

<sup>586</sup> Conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 8.

<sup>587</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 151.

<sup>588</sup> Todo conf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, pp. 191-193.

<sup>589</sup> Conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 8. El G-7 se encontraba conformado por Alemania, Canadá, EEUU, Francia, Italia, Japón, y Reino Unido. Luego de la incorporación de Rusia el foro se denomina G-8. Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 152 y nota al pie n° 13. Una descripción de los órganos internos del GAFI (Presidencia, Plenario, Secretaría) y de su ámbito de actuación en ROLDÁN, J.M.; “La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 206-209. Una descripción de la evolución del GAFI y de la creación de sedes regionales en ROSADO DOMÍNGUEZ, F.; “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo”, p. 173 y ss.

<sup>590</sup> Conf. ROLDÁN, J.M.; “La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)”, p. 205.

Las 40 Recomendaciones, primeras normas fruto del trabajo de este grupo técnico, comprenden una lucha integral contra el blanqueo ya que regulan conjuntamente tanto la perspectiva penal como la de supervisión financiera<sup>591</sup>. Las normas que propone bajo el título de “Recomendaciones” poseen una gran influencia internacional sobre los Estados nacionales ya que se trata de la única organización especializada que se dedica privativamente a esta tarea. Si bien no resulta fácil categorizar el estatus de estas normas, creo que se las puede homologar con las normas técnicas propuestas para otros ámbitos como la gestión del riesgo ambiental, tales como las normas ISO. En efecto, se trata de normas que obtienen su legitimidad con base en la característica de emanar del conocimiento que poseen los expertos para prevenir de forma eficaz y eficiente y el BdeC.

El GAFI se ha ido extendiendo desde su creación y se ha ido ampliando el número de miembros, a punto tal que, en la actualidad, existe una rama del GAFI en América Central (GAFI-Caribe) y otra en América del Sur (GAFI-SUD)<sup>592</sup>, lo que permite dimensionar el nivel de institucionalización que ha alcanzado y el grado de influencia de las normas/recomendaciones que dicta.

## **E. Convención del Consejo de Europa (1990)**

En el seno del Consejo de Europa se aprobó en 1990 el *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*<sup>593</sup>. A pesar de que el Convenio ha sido preparado por el Consejo de Europa no es, en realidad, un Convenio europeo, ya que se trata de una “convención

---

<sup>591</sup> El texto consta de cuatro partes: a) en la primera se exhorta a los Estados a ratificar la Convención de Viena y se añaden directrices relativas al secreto profesional y bancario y a la cooperación internacional; b) en la segunda parte se contiene la regulación penal y se recomienda a los Estados que adopten los tipos penales regulados en la Convención de Viena, con la indicación de que no se restrinja al producto del tráfico de drogas sino que se amplíe a todos los delitos graves; c) en la tercera parte se indican medidas de prevención aplicables al sector financiero (*due diligence*); y d) la cuarta parte se refiere a la cooperación internacional. Conf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, pp. 194-196. También en ROLDÁN, J.M.; “La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)”, p. 209 y ss.

<sup>592</sup> Conf. ROSADO DOMÍNGUEZ, F.; “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo”, p. 173.

<sup>593</sup> España ratificó el instrumento ocho años después. El instrumento de ratificación y la publicación del Convenio pueden consultarse en el BOE, nº 525, de 21 de octubre de 1998. Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 154 nota al pie nº 22.

abierta” a Estados ajenos al Consejo de Europa. Este documento internacional se inspira de forma manifiesta en la Convención de Viena (1988), lo que se aprecia singularmente en la descripción de las conductas típicas referentes al blanqueo, que son una repetición de las allí reguladas (art. 6).

Sin embargo, se afirma que este texto supone un significativo cambio en la política criminal internacional vinculada a la prevención del BdeC, ya que el Convenio centra su atención en la existencia de una ganancia ilícita, no en la cualidad del delito previo<sup>594</sup>. De esto se derivan dos diferencias importantes en relación con los enunciados de los tipos penales redactados por la ONU: en primer lugar, en línea con las Recomendaciones del GAFI, el delito precedente, aquel del que provienen los bienes destinado al blanqueo, se amplía a “todo ilícito penal que genere un producto” y en segundo lugar se hace referencia a la regulación del tipo penal imprudente de BdeC en aquellos casos en que por negligencia se desconoce el origen delictivo de los bienes. Así mismo, este documento consagra el principio de universalidad respecto de los delitos previos en el sentido de que es irrelevante el lugar de comisión de aquellos y no resulta necesaria la doble incriminación<sup>595</sup>.

## F. Directivas Europeas (1991, 2001, 2005)

La Unión Europea ha elaborado sucesivas Directivas que manifiestan la necesidad de lograr un marco jurídico común que abarca tanto la prohibición penal del blanqueo como la minuciosa regulación de los deberes de colaboración que se imponen a los sujetos obligados a colaborar en la prevención. Pueden identificarse dos tipos de fuentes de esta norma: por un lado, en lo que refiere a los deberes de colaboración que se imponen a los sujetos obligados (*due diligence*) deben mencionarse sin duda la Declaración de Principios de Basilea (1988) y las 40 Recomendaciones del GAFI (1990), mientras que en lo que se refiere a la

---

<sup>594</sup> Conf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 155.

<sup>595</sup> Todo conf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, pp. 197-201. Así, Díez Ripollés afirma que dos importantes diferencias de la Convención del Consejo de Europa con la Convención de Viena son que la primera termina incluyendo, por un lado, la extensión de los tipos a conductas de blanqueo de los beneficios obtenidos de cualquier delito y, por otro, los comportamientos imprudentes respecto de la verificación del origen ilícito de los bienes (“pudiendo haber conocido la procedencia ilícita de los bienes”). DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en *Política Criminal y Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 832.

tipificación penal de las conductas de blanqueo esta norma recibe la influencia de la Convención de Viena (1988) y de la Convención del Consejo de Europa (1990).

La Directiva Europea que da origen a la armonización normativa en Europa en esta materia es la *Directiva Europea 91/308/CEE, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* (1991) (en adelante, Directiva 1991 o Primera Directiva). Esta norma fue modificada por la *Directiva Europea 2001/97/CE de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*.<sup>596</sup> (en adelante, Directiva 2001 o Segunda Directiva). El objetivo central de la reforma consistió en extender el ámbito de aplicación de la Directiva para incluir entre los sujetos obligados a determinadas profesiones y actividades no financieras que se consideran “puertas de entrada” usualmente utilizadas por los blanqueadores para ingresar los bienes de origen delictivo. Así, la Segunda Directiva extiende los deberes de colaboración, ya aplicables a las entidades financieras, a estos otros sujetos privados.

Por último, la *norma actualmente vigente*, y que derogara las anteriores, es la *Directiva 2005/60/UE para la prevención de la utilización del sistema financiero para operaciones de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo* (en adelante Directiva 2005, Tercera Directiva o Directiva Europea a secas)<sup>597</sup>. Con base en esta norma se llevarán a cabo las consideraciones que sigan a lo largo del presente trabajo.

## **G. Corpus Iuris (1999)**

En el espacio europeo otro claro intento de armonización, ya en el ámbito del enunciado del tipo penal, se ha planteado en el marco del Corpus Iuris (1999). Se trata de un informe realizado a petición del

---

<sup>596</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, pp. 204-210.

<sup>597</sup> Las referencias completas de las Directivas Europeas mencionadas son: Directiva Europea 91/308/CEE del 10 de junio de 1991 sobre prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales (Primera Directiva) -DO L 166 de 28.6.1991, p. 77/83-; Directiva Europea 2001/97/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 4 de diciembre de 2001 para modificar la primera Directiva (Segunda Directiva) -DO L 344 de 28.12.2001, p. 76/82-; Directiva Europea 2005/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 2005 para la prevención de la utilización del sistema financiero para operaciones de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo (Tercera Directiva) -DO L 309 de 25.11.2005, p. 15/36-.

Parlamento Europeo por investigadores de las Asociaciones de Juristas europeos para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, bajo el patrocinio de la Dirección General de control financiero de la Comunidad Europea. El estudio se llevó a cabo entre noviembre de 1995 y mayo de 1996<sup>598</sup>.

El Corpus Iuris incluye el delito de blanqueo de capitales y el de receptación entre las ocho conductas típicas que propone<sup>599</sup>. Este intento de armonización ha dado lugar a un texto común del delito de BdeC, que se ha considerado idéntico al del art. 301.1 y 301.2 del CP y que se limita a reproducir la definición del delito de blanqueo de las Directivas Europeas con la diferencia de que se considera en forma autónoma la conducta del delito de receptación<sup>600</sup>.

## **H. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada—Convención de Palermo- (2000)**

La Convención de Palermo se considera la evolución natural de la Convención de Viena (1988) dado que acoge las tres tipificaciones previstas en aquella, si bien ampliando su objeto material. Esta Convención incluye el blanqueo en el marco de un amplio abanico de figuras penales destinadas a combatir la delincuencia organizada<sup>601</sup>.

El artículo 6 de la Convención reproduce la propuesta de tipificación penal establecida en la Convención de Viena mientras que el artículo 7 refiere a diversas medidas de prevención que incluye los deberes de colaboración de las entidades financieras, la creación de una Unidad de Información Financiera y la promoción de la cooperación entre Estados. En los artículos 12, 13 y 14, por su parte, se refiere al decomiso del producto e instrumentos de los delitos comprendidos en la Convención.

---

<sup>598</sup> Conf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, p. 211, nota al pie n° 66. El texto completo del Corpus Iuris puede verse en el libro *Hacia un espacio judicial europeo: corpus iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Espósito (Trad.)/BACIGALUPO (Superv.), Madrid, 1998.

<sup>599</sup> Las otras son: Fraude al Presupuesto, Fraude en Concursos y Subastas Públicas, Corrupción, Ejercicio Abusivo del Cargo, Malversación y Revelación de Secretos Oficiales. Conf. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, p. 701.

<sup>600</sup> Conf. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, p. 701. Para un análisis detallado del tipo penal de BdeC en el Corpus Iuris, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, pp. 210-213.

<sup>601</sup> Conf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, p. 210.

## I. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue adoptada por la Resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Ha sido suscrita por 140 países y ratificada por más de 100 y se trata del primer instrumento jurídico de carácter universal que establece un marco normativo comprehensivo sobre recuperación de activos de la corrupción<sup>602</sup>.

El Tratado incluye regulaciones sobre cooperación internacional y prevención del BdeC que se nutren de los desarrollos del GAFI y del Comité de Basilea y destaca como indicador de riesgo la categoría de “Personas Expuestas Políticamente” (PEP)<sup>603</sup>. Pero la parte más novedosa del Tratado es la que refiere a la *recuperación de activos de la corrupción*, no sólo por la sofisticación de las reglas técnicas consensuadas sino, primordialmente, por enfocar el problema como una responsabilidad compartida entre países en desarrollo y centros financieros<sup>604</sup>.

### 3. La evolución de las estrategias de intervención a la luz de la normas

Una vez explicadas las normas internacionales que permiten comprender el estado actual de la política criminal contra el BdeC, corresponde analizar el proceso evolutivo que llevó desde la elaboración de las primeras normas contra el BdeC a un entramado regulatorio complejo que incluye e interpenetra normas legales (heterorregulación) con las

---

<sup>602</sup> JORGE, G.; “Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. XX nota al pie n° 20. Acerca de las relaciones entre BdeC y corrupción política, FABIÁN CAPARRÓS, E.; “Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción”, en *Blanqueo de Dinero y Corrupción en el Sistema Bancario. Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa Vol. II*, Ferré Olivé (Ed.), Edit. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 105, 106.

<sup>603</sup> Este concepto pretende denotar el caso de todas aquellas personas que cumplen o han cumplido funciones públicas; se trata de un factor de riesgo introducido en la prevención del BdeC en relación con la prevención y castigo de la corrupción pública. Sobre los PEP’s, ver JORGE, G.; “Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 117, 122 y ss.

<sup>604</sup> Conf. JORGE, G.; “Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción”, pp. XXI, XXII.



normas autorregulatorias del sector privado en un proceso que se ha denominado corregulación o autorregulación regulada<sup>605</sup>.

### A. Primera etapa: la creación de un nuevo paradigma

En su forma original la política criminal antiblanqueo fue concebida como un instrumento que contribuiría a la reducción del tráfico ilícito de drogas y que tuvo su origen en la *Convención de Viena (1988)* que se concentró, sobre todo, en la regulación jurídico-penal: la cooperación internacional, el decomiso de los beneficios económicos del tráfico ilícito de drogas y la tipificación penal del delito de blanqueo de bienes provenientes de aquel delito. Incluso el objetivo inicial de la Convención era regular el decomiso de los beneficios económicos del delito mientras que la inclusión del tipo penal del blanqueo se llevó a cabo en los últimos momentos como un instrumento de respaldo complementario<sup>606</sup>.

La emergencia de los deberes de diligencia con el cliente (*customer due diligence*) fue un desarrollo paralelo pero separado de aquellas medidas. El origen de estas medidas debe buscarse en la regulación prudencial y la gestión del riesgo interno en el ámbito de las entidades financieras, fundadas en las buenas prácticas, que comienza con la premisa de que comprender la actividad comercial del cliente y realizar controles de diligencia (*diligence checks*) es el medio más efectivo de minimizar la exposición, por ejemplo, a los efectos de los riesgos acumulados.

Así, el Código de Conducta de la banca suiza de 1977, celebrado entre los bancos y la Asociación de Bancos Suizos que propuso una guía para la

---

<sup>605</sup> Sigo la clasificación de PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.), Beck, Munich, 2006, pp. 40-56. Para un análisis comparado de la evolución de las normas en diferentes legislaciones nacionales tanto desde la perspectiva jurídico-penal como administrativa, ver; ADRIASOLA, G.; “Estudio comparado de la legislación uruguaya y argentina sobre lavado de activos”, en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, particularmente pp. 318 y ss. CASTALDO, A.; “La normativa italiana antilavado”, en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, pp. 375 y ss. FLAVIO GOMES, L.; “El lavado de activos en el derecho penal brasileño”, en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, particularmente en pp. 370-373 pueden encontrarse completos cuadros comparativos de las normas legales en diversos países de América Latina.

<sup>606</sup> Todo conf. PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, pp. 41, 43.

identificación del cliente (que incluía el apoyo frente a la evasión tributaria y el desarrollo del concepto de beneficiario) sirvió como base para la *Declaración de Principios de Basilea (1988)*. Esta serie de recomendaciones dio fundamento para que las entidades supervisoras de los bancos aceptaran por primera vez los riesgos asociados con el abuso del sistema financiero, permitiendo presagiar la futura introducción de los deberes de diligencia en la prevención del BdeC<sup>607</sup>.

## **B. Segunda etapa: unificación de los estándares**

A pesar de la adopción de la Convención de Viena para prevenir el blanqueo de los bienes derivados del tráfico de drogas y de la aprobación de la Declaración de Principios de Basilea que contenía los deberes de diligencia bancarios, los países que conformaban el G-7 no estaban convencidos de que estas medidas fueran suficientes para prevenir la utilización del sistema financiero para el BdeC. Por ello, en el encuentro del G-7 que tuvo lugar en Harrisburgh (Estados Unidos) en 1988, el país anfitrión propuso la creación de una organización para promover el programa de la Convención de Viena. Fue un año después, en el encuentro de 1989 en París, Francia, donde se logró el acuerdo para la creación del Grupo de Acción Financiera (GAFI).

Es en las *40 Recomendaciones del GAFI (1990)*, documento posterior en el tiempo a la Declaración de Principios de Basilea y la Convención de Viena, donde ambas perspectivas político-criminales reflejadas en estos cuerpos normativos, las regulaciones jurídico-penal (cooperación internacional, tipificación penal del blanqueo y decomiso de las ganancias derivadas del delito) y la regulación de los deberes de diligencia (deber de identificar al cliente, deber de controlar operaciones inusuales, deber de registración, deber de informar ciertas operaciones y deber de organizar un sistema de cumplimiento interno), se unifican, sentándose las bases de la actual estrategia político-criminal para la prevención del BdeC<sup>608</sup>.

Sin embargo, estas normas no proveían una base jurídica segura ya que consistían (a excepción de las contenidas en la Convención de Viena), en todo caso, en normas técnicas dictadas por un grupo de expertos con

---

<sup>607</sup> Conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, pp. 8, 9.

<sup>608</sup> Todo conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 9. También PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, p. 43.

cierta capacidad de influencia y presión. Por ello, tres procesos resultan decisivos en este proceso de unificación<sup>609</sup>:

- a) Por un lado, se produce una *consolidación jurídica* de estos estándares debido a que se dicta la Primera Directiva Europea (1991) que toma como fuente tanto la Convención de Viena como las 40 Recomendaciones del GAFI;
- b) Por otro lado, el GAFI comienza un proceso de *ampliación de su ámbito geográfico de influencia* con el surgimiento de asociaciones regionales de este grupo en el Caribe, en Asia, en Sudamérica y en África al tiempo que en el seno de otras organizaciones, como la Organización de Estados Americanos (OEA), surgen grupos de trabajo como la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas) que elaboran normas modelo de prevención con base en los estándares del GAFI y que permiten que diversos Estados los tomen como modelo de orientación;
- c) Por último, el *Grupo Egmont*<sup>610</sup>, con sede en Londres, que desde 1995 conforman una gran cantidad de Unidades de Información Financiera de distintos Estados permite la cooperación entre grupos de reguladores expertos.

### **C. Tercera etapa: ampliación del ámbito de intervención de los estándares**

Además de esta unificación de los estándares comienza, así mismo, a gestarse la progresiva ampliación del ámbito de intervención de las normas antiblanqueo: a) por un lado, tiene lugar una progresiva ampliación del catálogo de delitos previos al blanqueo, b) por otro, se produce una progresiva inclusión de nuevas profesiones y actividades económicas a la lista de sujetos obligados y, por último, c) se intensifica la regulación del reporte de operaciones sospechosas<sup>611</sup>.

En relación con lo primero (a), cabe decir que si bien estas regulaciones tuvieron su origen en la lucha contra el tráfico de drogas en 1996 se inició dentro del GAFI el proceso de extensión que amplió la referencia a todos los “delitos graves”, que se ha incluido en las Directivas Europeas en la materia, dejando a cada país la determinación de qué tipo de delitos

---

<sup>609</sup> Conf. PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschekämpfung“, pp. 44, 45.

<sup>610</sup> Para más datos sobre el Grupo Egmont ver su página web <http://www.egmontgroup.org/> (visitada el 9 de octubre de 2008).

<sup>611</sup> Conf. PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschekämpfung“, pp. 46, 47.

podían encuadrarse en este concepto. En algunos casos, como en el art. 301 del CP se ha eliminado la referencia al carácter “grave” del delito, de modo tal que cualquier delito puede considerarse precedente del delito de BdeC (“*principio all crime*”)<sup>612</sup>. Así mismo, la ampliación también se ha extendido al aspecto subjetivo del tipo incorporándose el tipo imprudente de blanqueo<sup>613</sup>, como efecto de una interpretación de la Convención del Consejo de Europa<sup>614</sup>.

En relación con los sujetos obligados también puede observarse una ampliación del ámbito de intervención de los deberes de diligencia (b): las obligaciones de colaborar en la prevención se amplían desde los bancos hasta otras entidades financieras no bancarias y a entidades no financieras. Las evoluciones posteriores imponen el deber de colaboración a una serie de actores de diversos mercados que incluyen, por ejemplo, a notarios y abogados<sup>615</sup>, para lo que resultan decisivas no sólo las modificaciones y revisiones de la Recomendaciones del GAFI de 1996 sino también la Segunda Directiva Europea (2001).

Pero no sólo se amplió la lista de personas físicas o jurídicas obligadas a colaborar sino que, al mismo tiempo, se intensifica la regulación del reporte de operaciones sospechosas que les incumbe (c). Mientras que hasta 1996 se discutía si la comunicación de operaciones sospechosas al Estado por parte de los sujetos obligados debía ser obligatorio o facultativo, en ese año el GAFI estableció el estándar de obligatoriedad del reporte, aún cuando los Estados pueden decidir crear una agencia especial para recibir los reportes –Unidad de Información Financiera (UIF)- o determinar que la comunicación se dirija a otros órganos del Estado encargados de la persecución penal como las Fiscalías<sup>616</sup>.

---

<sup>612</sup> Refieren al principio “all crime”, WIRTZ, G./BERMEJO, M. G., “Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución?”, en *ZIS 11/2007*, p. 450.

<sup>613</sup> En relación con la progresiva ampliación del tipo penal, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, CASTALDO, A.; “Una introducción al problema”, en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 280.

<sup>614</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, p. 832.

<sup>615</sup> Conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 9.

<sup>616</sup> Conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 9.

#### D. Cuarta etapa: consolidación de los estándares

La consolidación de los estándares tuvo lugar como consecuencia de la implementación de una constante evaluación de los regímenes regulatorios de los Estados por parte del GAFI. Esta evaluación tiene lugar entre los propios miembros del Grupo como respecto de otros Estados que no forman parte de él<sup>617</sup>.

En relación con los Estados miembro la evaluación se aparta de la concepción tradicional de que la aplicación de los Acuerdos y Convenios internacionales son una mera cuestión interna de cada Estado. Mientras el “Procedimiento de Autoevaluación” (*Self Evaluation Process –SEP-*) permite a los Estados miembro describir anualmente su situación con base en un cuestionario estandarizado, el “Procedimiento de Evaluación Mutua” (*Mutual Evaluation Procedure –MEP-*) consiste en una misión de expertos de otros Estado miembro que se traslada al lugar mismo de la evaluación. La consecuencia sancionatoria de un incumplimiento puede consistir en que las operaciones de las personas y empresas que operan en el territorio deban ser analizadas por los otros Estados con una “diligencia incrementada” (*increased diligence*), aumentando así los costes de la industria que opera en esos países cuando comercia con el exterior<sup>618</sup>.

En relación con los Estados que no son miembros, el GAFI tomó una medida impensable hasta ese momento: supervisar las políticas de prevención del BdeC de estos Estados que no conformaban el Grupo. Este camino se inició con la publicación el 14 de febrero de 2000 de un informe con los 25 criterios que permitían al GAFI calificar a los Estados como “Territorios y Países No Cooperadores” (*Non Cooperative Territories and Countries*), publicando en junio del mismo año una primera lista de tales países: las operaciones llevadas a cabo con estos países serían consideradas como “sospechosas” por el resto de los Estados<sup>619</sup>.

---

<sup>617</sup> PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, p. 48.

<sup>618</sup> Conf. PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, p. 48.

<sup>619</sup> Conf. PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, p. 49.

## E. Quinta etapa: cambios en la estrategia regulatoria; del “mandato y control” a la “gestión del riesgo”

### a. El contenido del cambio

En esta etapa sucede un cambio de paradigma en el cumplimiento de los deberes de diligencia por parte de los sujetos obligados: se pasa de un modelo en el que el regulador estatal establecía no sólo las situaciones de riesgo (*red flags*) sino también las medidas que debían aplicar los sujetos obligados por medio de reglas jurídicas impuestas y controladas por el Estado (estrategia de mandato y control), a otro basado en evaluación y monitorización por parte del sujeto obligado del riesgo de blanqueo en la relación con sus clientes (gestión del riesgo).

En efecto, cuando el GAFI definió los deberes de diligencia en 1989/90 para combatir el BdeC utilizó un modelo basado en un detalle de los deberes que debían cumplir las entidades financieras<sup>620</sup>. Los documentos más recientes sobre deberes de diligencia aplican una metodología diferente, influenciados sobre todo por la idea de que las reglas invitaban al mero cumplimiento ritual y, así mismo, imponían costes innecesarios. El deber de conocer al cliente (*Know Your Customer*) se entiende que incluye una doble faz; por un lado, se hallan los “*procedimientos de aceptación del cliente*” y, luego, una vez que una persona ya es cliente de la entidad se pasa al “*monitoreo permanente*” (*monitoring*) del cliente y sus operaciones<sup>621</sup>. De este modo, se pretende ir más allá de la mera identificación formal de personas físicas o jurídicas.

Los estándares actuales requieren que las instituciones obtengan de sus clientes información suficiente como para comprender la actividad comercial del cliente con la finalidad de detectar operaciones inusuales o patrones de transacciones. La gran diferencia entre la metodología actual y la promovida en 1990 es, a decir de PIETH/AIOLFI, que mientras la

---

<sup>620</sup> 1. Deber de identificar al cliente (obligación que consistía en verificar la identidad del cliente basándose en documentos de identidad oficiales); 2. Debían incrementar la diligencia cuando encontraban que una operación era “compleja o inusualmente grande” y prestar a atención “a todos los patrones de operaciones inusuales, que no tengan un objeto económico aparente o legítimo visible” (GAFI 1990, Rec. 12, 13 y GAFI 1996 Rec. 10, 11); 3. Debían guardar la información relativa a los deberes anteriores y mantenerla durante 5 años; 4. Debían reportar operaciones sospechosas de BdeC a las competentes Unidades de Información Financiera (UIF), 5. Debían implementar conceptos de cumplimiento interno de las normas (*in house compliance concepts*), capacitar a los empleados e introducir una función de auditoría para controlar los sistemas.

<sup>621</sup> Todo conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; ; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 13.

formulación original dejaba librado a la intuición del gerente responsable si se encontraba frente a una operación inusual con la información de su cliente con la que contaba, los estándares actuales requieren la recolección de información sustantiva respecto de los clientes que llega inclusive a la elaboración de un *perfil del cliente*. Por ello, PIETH/AIOLFI entienden que “la regla conozca a su cliente ha evolucionado desde una rutina formal de documentación de la identidad a un proceso complejo dirigido a comprender la actividad económica del cliente”<sup>622</sup>.

En los inicios de las políticas de prevención del BdeC las agencias estatales de supervisión de los bancos definían los riesgos y las medidas que debían tomar los bancos (“mandato y control”). Éstos debían seguir ciertas normas específicas y se arriesgaban a la imposición de sanciones por el incumplimiento de las mismas. Pero en muchas circunstancias las reglas eran excesivamente onerosas y los procedimientos invitaban al cumplimiento puramente formal de los mismos, mientras que en otras circunstancias eran inadecuados porque no tomaban en cuenta necesariamente ciertos riesgos incrementados. La situación se afrontó por medio de una aproximación alternativa: la *aproximación basada en el riesgo*, que consiste en que el sujeto obligado tiene la responsabilidad de definir los riesgos, de llevar a cabo medidas para evitarlos y, sobre todo, de una dinámica de gestión del riesgo (*risk management*) dentro de la institución.

Esta aproximación basada en el riesgo tiene la ventaja de permitir a los bancos (u otros sujetos obligados) un procedimiento ordinario relativamente simple y de bajo coste para la banca al por menor y casos sin factores específicos de riesgo en general. No obstante, tan pronto como aparecen indicadores de riesgo (*red flags*) se espera que los sujetos obligados reaccionen de forma específica: realizando preguntas al cliente, recopilando información acerca de él, contrastando información acerca de sus actividades y transacciones regulares<sup>623</sup>.

Así, deben hacer preguntas acerca de las fuentes de ingreso del cliente, los destinos y razones económicas de la transacción y, en caso de que con esta información no pueda justificarse la operación, requerir explicaciones adicionales, hasta el punto en que incluso por medio de la verificación de la información el profesional de la entidad quede satisfecho o lo

---

<sup>622</sup> PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 13.

<sup>623</sup> Así, el seguimiento de las cuentas de alto riesgo deberá ser mas intenso, considerando diversos factores de riesgo y adaptándose a las particularidades específicas de cada entidad. MAÑERU LÓPEZ, J.; “El blanqueo de capitales, en permanente evolución”, en *Seguritecnia. Revista decana independiente de seguridad* N° 302 (diciembre de 2004), p. 86.

persuadan de que las explicaciones no alcanzan para justificar la operación y que, por ende, corresponde clasificarla como sospechosa<sup>624</sup>.

Sin embargo, también esta forma de regulación con base en la **gestión del riesgo** es **normativa** en el sentido de que las instituciones financieras desarrollan reglas de cumplimiento (*compliance rules*) que deben seguir sus empleados y funcionarios. La regulación basada en la gestión del riesgo por parte del sujeto obligado supone que, por un lado, la empresa se responsabiliza por la gestión y que, por otro lado, se le garantiza una margen de discreción<sup>625</sup>.

Es en esta normativización de la gestión del riesgo donde las **normas autorregulatorias** juegan un papel importante en el ámbito empresarial. Estas normas coadyuvan a la determinación del contenido de las normas administrativas, permitiendo una adaptación del marco legal a las particularidades de la organización. Esta corregulación público/privada es *prima facie* más eficiente que la regulación pública ya que reduce los costes públicos y privados de adecuar las normas a cada tipo de organización, tanto en lo que se refiere a los costes públicos para la burocracia estatal como los costes privados como efecto de la imposición de los costes que podría tener una heteroregulación detallada en cada empresa.

## b. Los actores del cambio

Los actores más importantes del giro desde una estrategia heterorregulatoria basada en reglas a una corregulatoria orientada por la gestión del riesgo no provienen de los organismos reguladores sino del GAFI y de un grupo de bancos privados que se organizan en el denominado Grupo Wolfsberg<sup>626</sup>. El Grupo Wolfsberg es una asociación

---

<sup>624</sup> Conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, pp. 13. En concreto, se mencionan diversos factores para determinar el riesgo: 1. Factores vinculado al origen (ciudadanía, lugar de residencia); 2. Factores personales (así, por ejemplo, si se trata de una “persona expuesta políticamente” –PEP-); 3. Sector de actividad económica (así, actividades en el comercio de armas); 4. Una combinación de factores geográficos y sectoriales (verbigracia, actividad política en países con altos índices de corrupción); 5. Productos sujetos a riesgos específicos (préstamos de regreso, operaciones listadas como inusuales por el regulador o asociaciones profesionales). Conf. PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, p. 54. En efecto, el hecho de que el cliente sea una “persona expuesta políticamente” (PEP) es considerado un indicador de riesgo en relación con el BdeC de bienes obtenidos de la corrupción; sobre los PEP’s, ver JORGE, G.; “Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública”, pp. 117, 122 y ss.

<sup>625</sup> PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 14.

<sup>626</sup> PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 15.



de 12 bancos internacionales<sup>627</sup> que pretende desarrollar un *código de conducta*<sup>628</sup> con estándares para la industria de los servicios financieros y productos relacionados para las políticas de prevención del BdeC y actividades terroristas.

El grupo se reunió en el año 2000 en compañía de los representantes de Transparencia Internacional para trabajar en borradores de directivas para la prevención del BdeC en la banca privada. Los *Principios Wolfsberg para Prevenir el BdeC en la Banca Privada (Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Private Banking)* fueron publicados posteriormente en octubre del año 2000 (y revisados en mayo de 2002)<sup>629</sup>. El grupo ha continuado trabajando desde entonces de forma activa sobre todo en lo referente a la prevención de la corrupción.

El objetivo del este grupo de trabajo es establecer estándares comunes para la banca privada en relación con la prevención del BdeC desde la perspectiva de la gestión del riesgo. Los Principios Wolfsberg incluyen criterios de gestión o procedimientos para conocer al cliente, para abrir y mantener en supervisión las cuentas, el desarrollo de criterios específicos para personas políticamente expuestas (es decir, funcionarios públicos potencialmente corruptos), etc<sup>630</sup>, todo ello regido por el criterio rector de la gestión del riesgo por parte de la entidad.

El GAFI, por su parte, al *revisar en el año 2003 las 40 Recomendaciones* también adoptó la aproximación basada en la gestión del riesgo<sup>631</sup>. En junio de 2007 el GAFI publica una *Guía basada en la gestión del riesgo para*

---

<sup>627</sup> La lista de bancos que conforma este grupo es la siguiente: ABN AMRO, Banco Santander Central Hispano, Bank of Tokio-Mitsubishi UFJ, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, J.P. Morgan Chase, Societe Generale, UBS. Conf. la información que consta en la página web del Grupo Wolfsberg en <http://www.wolfsberg-principles.com/> (visitada el 1 de abril de 2008).

<sup>628</sup> Conf. PIETH, M.; “Staatliche Intervention und Selbstregulierung der Wirtschaft“, p. 321.

<sup>629</sup> Para una explicación de las razones que motivan a los miembros de este grupo así como de los pasos que se fueron dando hasta su constitución, ver el ilustrativo relato de PIETH, M./AIOLFI, G.; “The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process”, en *Journal of Financial Crime Vol. 10 N° 4 (2003)*, particularmente pp. 359, 360.

<sup>630</sup> LEVI, M.; “Blanqueo de dinero: La banca privada se vuelve menos privada”, p. 7.

<sup>631</sup> Conf. PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, p. 53. Puede observarse la vigencia del enfoque basado en la gestión del riesgo en los diversos documentos del SEPBLAC que refieren a su aplicación en relación con diversos sujetos obligados: casinos, abogados, etc. En [http://www.sepblac.es/espanol/informes\\_y\\_publicaciones/documentos\\_sobre\\_blanqueo.htm](http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/documentos_sobre_blanqueo.htm) (visitada el 26 de marzo de 2009).

*combatir el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo*<sup>632</sup> que pretende orientar tanto al sector público como al sector privado en la aplicación de la gestión del riesgo en la prevención del blanqueo con posteriores desarrollos en ámbitos específicos de ciertos mercados y actividades profesionales<sup>633</sup>.

La emergencia de reglas orientativas resulta urgente en vista de que la Tercera Directiva Europea (2005) ha establecido las bases para esta estrategia corregulatoria afirmando entre múltiples referencias a la gestión del riesgo que “*en el ejercicio de sus competencias de ejecución de conformidad con la presente Directiva, la Comisión debe respetar los siguientes principios: (...) la necesidad de conservar la flexibilidad necesaria en la aplicación de las medidas de ejecución siguiendo un planteamiento basado en el riesgo (...)*” (Considerando n° 47)<sup>634</sup>.

Con la aceptación y adopción de la aproximación basada en la gestión del riesgo como método para tomar acciones contra el BdeC las organizaciones intergubernamentales han reconocido la crucial contribución de la autorregulación del sector financiero. Esta estrategia se apoya en el sector privado como corresponsable en la regulación y en la

---

<sup>632</sup> FATF/GAFI, “Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing. High Level Principles and Terrorist Financing”. Junio 2007. (en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/43/46/38960576.pdf>). Visitada el 9 de octubre de 2008..

<sup>633</sup> En efecto, el GAFI desarrolló guías para aplicar estos criterios a ámbito específicos como el sector inmobiliario en GAFI/FATF, RBA *Guidance for Real Estate Agents*, 17 de junio de 2008 (en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/18/54/41090722.pdf>), visitada el 9 de octubre de 2008 y los contables en GAFI/FATF, RBA *Guidance for Accountants*, 17 de junio de 2008 (en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/19/40/41091859.pdf>). visitada el 9 de octubre de 2008.

<sup>634</sup> La Directiva Europea (2005) se encuentra plagada de enunciados que refieren a la gestión del riesgo de blanqueo por parte de los sujetos obligados, como, por ejemplo, “*el nivel de las medidas de diligencia debida con respecto al cliente responde al riesgo de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas, que depende del tipo de cliente, de la relación comercial, del producto o de la transacción*” (Considerando n° 10); “*debe reconocerse que el riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo no es el mismo en todos los casos. Conforme a un planteamiento basado en el riesgo, debe introducirse en la presente Directiva el principio de contemplar, en casos adecuados, medidas simplificadas de diligencia debida con respecto al cliente*” (Considerando n° 22), “*del mismo modo, la legislación comunitaria debe reconocer que determinadas situaciones presentan mayor riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Si bien debe determinarse la identidad y el perfil empresarial de todos los clientes, hay casos en que son necesarios procedimientos particularmente rigurosos de identificación del cliente y comprobación de su identidad*” (Considerando n° 24); “*lo anterior se aplica de modo particular a las relaciones de negocios con personas que ocupen o hayan ocupado cargos públicos importantes, máxime cuando procedan de países donde está extendida la corrupción*” (Considerando n° 25) y así mismo pueden verse los Considerando n° 37, 43 y los artículos 2.2, 8.1.b) y d), 8.2, 9.2, 9.6, 11.2, 11.5, 31.3, 34.1, 37.4, 40.1.b) y c).

gestión del riesgo<sup>635</sup>. El compromiso público de los bancos con estos principios produce un fuerte incentivo reputacional para cumplir con sus obligaciones<sup>636</sup>. Al mismo tiempo, el sistema es favorecido por el Estado ya que no sólo traslada al sector privado parte de los costes de prevención (que, de todos modos, deben seguir considerándose costes sociales) sino que, al mismo tiempo, extiende el ámbito de intervención del Derecho penal<sup>637</sup>.

#### 4. Toma de posición

La diversidad de instrumentos de intervención en el ámbito del BdeC así como el hecho de que su evolución sea producto más de una lenta acumulación de normas que de una organización sistemática de las mismas ha dificultado su consideración como un cuerpo funcional que, en mi opinión, excede los tópicos de la doble o triple estrategia.

La idea rectora de la organización funcional que propondré es que todo el sistema de prevención y castigo del BdeC tiene como ***fin inmediato*** la *detección de los bienes derivados de la actividad delictiva* con la ***finalidad última*** *de que el Estado pueda utilizarlos como prueba del delito que les dio origen (Bienes/Prueba) y decomisarlos (Bienes/Consumo y Bienes/Inversión)*. El cumplimiento de estas funciones de la Administración de Justicia se lleva a cabo con la finalidad de conjurar o reducir los daños sociales derivados de dichos bienes.

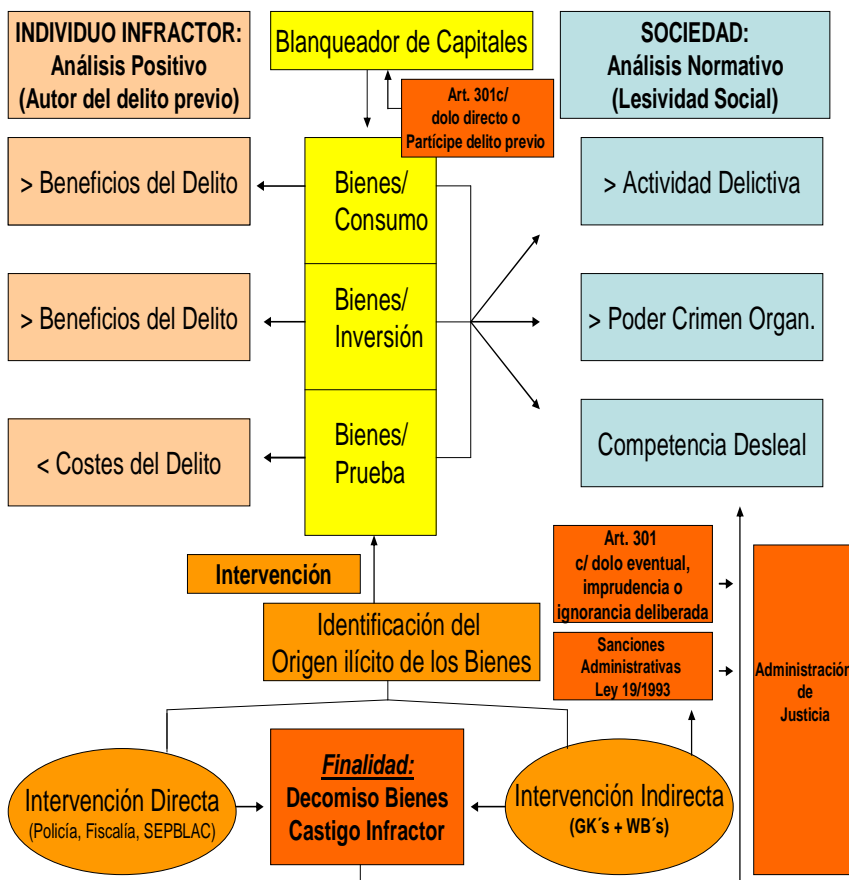
El siguiente cuadro resume la línea argumental:

---

<sup>635</sup> PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 15.

<sup>636</sup> LEVI, M.; “Blanqueo de dinero: La banca privada se vuelve menos privada”, p. 8.

<sup>637</sup> PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 15.



Este cuadro resume adecuadamente el desarrollo de este capítulo dedicado a la prevención y castigo del BdeC. Por ello, en lo que sigue, haré un breve análisis del mismo, para lo que debe tenerse presente que, tal como se ha dicho, el BdeC supone diferentes estructuras de agentes (tripartición), los que son considerados actores racionales: por un lado, el autor del delito previo (individuo infractor) que tiene interés en blanquear los bienes, por otro lado, el blanqueador que actúa dolosamente (blanqueador de capitales) proveyendo el servicio de blanqueo al infractor y, por último, el evitador –verbigracia, el notario- (intervención indirecta) que si actúa de forma imprudente, con dolo eventual o con ignorancia deliberada también interviene en el blanqueo de los bienes<sup>638</sup>.

<sup>638</sup> Forthauer propone también una distinción entre el autor del delito previo, por un lado, y aquellos que desarrollan una actividad legal en la economía y que blanquean los bienes al infringir ciertos deberes especiales que se les atribuyen en virtud de su especial posición. Sin embargo, si consideramos el dato criminológico que refiere a una

El blanqueo de capitales, al ocultar la vinculación de los bienes con el delito precedente (es decir, su origen ilícito), cumple una doble función para el individuo infractor (el que intervino en el delito previo): por un lado, aumenta los beneficios esperados del delito precedente ya que se orienta a asegurarle el goce de los mismos al tiempo que, por otro lado, disminuye los costes esperados de la pena establecida para aquel delito, ya que al ocultar su origen se evita que los bienes puedan ser utilizados como prueba del delito cometido.

El *autor del delito previo* (u otro interviniente en él) obtiene de este proceso un incremento en los beneficios esperados de la actividad delictiva a la vez que una reducción de los costes esperados derivados del riesgo de pena. El *blanqueador (con dolo directo)* provee un servicio especializado al autor del delito previo a cambio del cobro de honorarios: si no se establecen sanciones jurídicas negativas (penas) con un adecuado nivel de cumplimiento y el decomiso de los honorarios, existirán incentivos económicos para proveer este servicio<sup>639</sup>. Por su parte, *los sujetos obligados a colaborar en la prevención* también obtienen beneficios de la operación (del mismo modo que con cualquier operación económica) por lo que también se deben establecer los incentivos adecuados para que cumplan con su deber de evitación: las sanciones penales y administrativas consecuencia de la responsabilización de estos sectores persiguen esta finalidad.

Los instrumentos de prevención del blanqueo tienen como objetivo último el *decomiso de los bienes* (que evita que con ellos se pueda consumir u obtener una renta) y *su utilización como prueba del delito cometido* (que tiene como finalidad mantener la eficacia disuasoria de la pena establecida para el delito previo).

Para cumplir esta doble finalidad resulta necesario que existan agencias encargadas de cumplir con un requisito previo: la *identificación del origen ilícito de los bienes*. Para ello resulta necesaria, la *intervención directa* de las

---

diferenciación entre el autor del delito previo y el autor del blanqueo, en virtud de la creciente especialización de esta última actividad, creo que la tripartición entre el autor del delito previo, el blanqueador profesional que actúa con dolo directo y el evitador que ocupa posiciones especiales resulta más adecuada a la realidad. La perspectiva de la bipartición en FORTHAUSER, R.; *Geldwäscherei de lege lata et lege ferenda*, pp. 116-118.

<sup>639</sup> Cuando se hace referencia en la doctrina a que el BdeC es “esencialmente” doloso se pretende distinguir entre este blanqueador profesional y el evitador (sujeto obligado) al que se puede condenar por blanqueo imprudente. Así, afirma que el blanqueo es en esencia doloso, MILANS DEL BOSCH, S.; “Comisión imprudente del delito de blanqueo de capitales”, en *IURIS N° 94 (mayo 2005)*, p. 28.

diferentes agencias del Estado encargadas de la investigación del delito: policía, fiscalía, agencias especializadas (las Unidades de Información Financiera, como el SEPBLAC, en el caso del BdeC), etc<sup>640</sup>. Sin embargo, en el caso del BdeC se apela, así mismo, a la estrategia de “responsabilización” del sector privado (personas físicas o jurídicas) como estrategia de *intervención indirecta* para la identificación de los bienes: estos agentes privados prestan su apoyo a los agentes públicos para satisfacer las funciones de la Administración de Justicia (decomiso y castigo), por medio de su colaboración en la identificación de bienes que vayan a dirigirse al blanqueo (es decir, a la ocultación del origen ilícito de los mismos y, por ende, a la frustración del decomiso y castigo).

Esta estrategia dirigida a evitar la entrada de bienes de origen delictivo en la economía legal representa una *nueva política criminal* que desplaza el punto de atención a la intervención sobre el producto ilícito del delito<sup>641</sup>, a punto tal que se habla de un “giro copernicano” desde un Derecho penal centrado en el autor a uno centrado en los beneficios económicos del delito<sup>642</sup>.

La argumentación de este capítulo se orientará a analizar, en primer lugar, los fines del sistema de prevención del BdeC. Argumentaré que por medio del *decomiso de las ganancias* el Estado actúa directamente sobre los bienes obtenidos como producto de la actividad ilícita para privar de éstos a los responsables de los mismos. Con este instrumento regulatorio se persigue la finalidad de evitar que los infractores puedan gozar de los beneficios económicos del delito; de este modo, se reducen los beneficios esperados de la actividad ilícita y, por ende, los incentivos positivos para cometerlos (función disuasoria) y se inocuizan los bienes frente a otros

---

<sup>640</sup> Así, se contemplan como instrumentos de intervención directa la ampliación de las facultades de la policía para realizar indagaciones financieras, la mejora de la capacitación y organización de la policía y los tribunales, etc. Ver KAISER, G.; “Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Gewinnabschöpfung“, pp. 124-127. Así mismo, sobre la intervención directa en Alemania y las funciones de la Unidad de Información Financiera (UIF), ver VOGT, S.; “Geldwäsche aus Sicht des Bundeskriminalamtes”, en *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen. Präventive und repressive Massnahmen vor dem Hintergrund des 11. September 2001*, Gropp/Sinn (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 555 y ss. Un desarrollo de la evolución internacional de las Unidades de Información Financiera en GELEMEROVA, L.; “On the frontline against Money-laundering: the regulatory minefield”, en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 34-38.

<sup>641</sup> Conf. ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, p. 47.

<sup>642</sup> Conf. JEKIEWITZ, J.; “Nationale Massnahmen der Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung”, en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.), Beck, Munich, 2006, p. 63.

efectos lesivos del blanqueo (función inocuizadora). Por otro lado, la finalidad de *castigar a los responsables del delito previo* tiene como finalidad incrementar el coste esperado de la actividad delictiva previa, de modo tal de disuadir a los infractores.

En relación con el tipo penal de BdeC la concepción que aquí se mantiene de la Administración de Justicia aparece relacionada, tal como se desprende de las funciones que cumplen el decomiso de las ganancias y el castigo de los infractores, con la idea rectora de prevención de futuras lesiones sociales: este análisis se llevará a cabo al estudiar el bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC.

Luego pasaré a considerar los mecanismos de intervención directa e indirecta para identificar la situación de los bienes que provienen de actividades delictivas. Los mecanismos de *intervención directa* (investigación por parte de las agencias estatales) no serán analizados en profundidad ya que no presentan particularidades especiales en relación con el BdeC más que la presencia de una agencia especializada: el SEPBLAC. Sí me concentraré en la particular estrategia que consiste en la responsabilización del sector privado para que apoye las funciones estatales de identificación de la situación de los bienes y que he denominado *intervención indirecta*: el Estado incentiva la conducta de sujetos ubicados en ciertas posiciones especiales de ciertos mercados y actividades profesionales para que colaboren con el Estado en la identificación de la situación de los mismos. *En suma se pretende que estos profesionales y empresas eviten ser utilizados para la ocultación del origen ilícito de los bienes.*

Estos agentes del sector privado son caracterizados como *gatekeepers* y *whistleblowers* siguiendo la legislación y doctrina anglosajona: estos sujetos obligados a colaborar deben, por un lado, rechazar ejecutar cualquier operación de la que sospechen que pueda tratarse de BdeC (*gatekeeping*) y, por otro, informar al Estado de toda operación sospechosa (*whistleblowing*): el cumplimiento de estos deberes se respalda por medio de sanciones administrativas y penales.

Por último, por medio del tipo penal de BdeC (art. 301 CP) se persiguen dos fines político-criminales asociados pero diferentes. Puede considerarse que el proceso de blanqueo suele importar la intervención de dos agentes distintos. *Por un lado, el individuo que conoce el origen ilícito de los bienes (dolo directo) y pretende invertirlos en algún sector de la economía legal con la finalidad de que adquieran apariencia de origen lícito* (para lo que pretenderá utilizar, por ejemplo, una entidad financiera que desconoce dicho origen). *Por*

otro lado, se ballan los directivos o empleados de la entidad financiera que en el “caso normal”<sup>643</sup> actuarán con desconocimiento del origen ilícito de los bienes. En relación con la tipificación penal de su conducta resulta razonable considerar las hipótesis de que actuarán de forma imprudente, con dolo eventual o ignorancia deliberada, dependiendo de las circunstancias y la posición del infractor dentro de la empresa.

*En ambos casos resulta necesaria la disuasión:* para quien actúa con dolo directo porque de otro modo no asumiría ningún coste por dicha intervención – excepto que resulten aplicables los tipos penales de encubrimiento o receptación- y conservaría los honorarios percibidos (los que al provenir de una conducta punible son decomisados) y respecto de la entidad financiera porque debido a los altísimos beneficios esperados del blanqueo (por el cobro de sus honorarios) los costes impuestos por las sanciones administrativas por incumplir sus deberes de control no alcanzan a cumplir sus funciones disuasorias si no son respaldadas por una sanción jurídico-penal y el correspondiente decomiso de sus honorarios.

Con todo este sistema de prevención y castigo del BdeC se pretende eliminar o minimizar los daños sociales derivados de la ocultación del origen ilícito de los bienes y de su inversión en la economía legal, que tal como se ha argumentado en la Parte Segunda consiste en: 1) *efecto criminógeno*: el daño común a todas formas de BdeC, que consiste en el incremento de la actividad delictiva como producto del efecto incentivo del BdeC; 2) *efecto incremento de poder del crimen organizado*: el incremento del poder económico del crimen organizado, predicable de aquellas formas de blanqueo organizado de bienes provenientes de este tipo de criminalidad y 3) *efecto anticompetitivo*: el daño a los bienes jurídicos protegidos por las normas contra la competencia deseal, predicable de aquellas formas de blanqueo que consistan en la inversión de los bienes en actividades productivas de bienes o servicios y que tengan una entidad tal que causen un daño suficiente a la competencia.

## 5. Conclusiones

El sistema de normas orientadas a la prevención y castigo del BdeC se constituye por el decomiso de las ganancias derivadas de delito, por el tipo penal de BdeC así como por un complejo entramado normativo que regula el deber de colaboración del sector privado.

---

<sup>643</sup> Me refiero evidentemente a una normalidad estadística.



Conforme puede observarse del análisis histórico llevado a cabo, las normas jurídico-penales han sufrido una progresiva ampliación en su ámbito de intervención. Por un lado, el decomiso de las ganancias de ha consolidado como un instrumento clave en la prevención del blanqueo a la vez que el tipo penal de BdeC, que en sus orígenes se regulaba como un delito doloso referido al tráfico de drogas, ha devenido en un tipo penal que se refiere a todo tipo de delitos (o, en su defecto, a todos los delitos graves) y que comprende tanto la modalidad dolosa como la imprudente.

Así mismo, la regulación de los sujetos obligados a colaborar, que en sus orígenes refería sólo a las entidades financieras, incluye en la actualidad a un diverso número entidades no financieras, profesionales y actividades económicas, lo que puede interpretarse como una definitiva consolidación de la estrategia de responsabilización del sector privado. Pero, así mismo, una cuestión aún más compleja representa el giro estratégico que han sufrido las normas dirigidas al sector privado en los últimos diez años: desde un modelo de regulación basado en detalladas reglas dictadas por los reguladores y respaldadas por sanciones jurídicas (mandato y control o heteroregulación jurídica) a un modelos coregulatorio (autorregulación regulada) en el que las autoridades determinan principios y fines a perseguir y sancionan a los infractores mientras que es responsabilidad de los empresarios desarrollar reglas específicas para su tipo de actividad y dimensión empresarial. Los detalles de este modelo corregulatorio que se orienta por la gestión del riesgo son negociadas entre los organismos supervisores estatales y las asociaciones profesionales o empresariales de cada país así como entre los grupos técnicos, asociaciones profesionales y empresariales y los organismos internacionales en el plano internacional<sup>644</sup>.

Así, en este complejo espacio regulatorio confluyen normas heterorregulatorias jurídicas (jurídico-administrativas y jurídico-penales), normas heterorregulatorias de carácter técnico, así como normas autorregulatorias dictadas por asociaciones profesionales junto con una autoorganización por medio del programa de cumplimiento interno (*Compliance Program*) que cada sujeto obligado debe adecuar a su propia organización por medio de códigos normativos dirigidos a sus propios directivos y empleados.

Esta primera ordenación descriptiva del complejo regulatorio no dice nada aún acerca de la racionalidad que puede proveer la sistematización

---

<sup>644</sup> Conf. PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung“, p. 56.

de las normas en juego, que debe orientarse a la finalidad de reducir los daños atribuidos al BdeC. Para analizar dicha racionalidad se deben considerar las funciones que prestan tanto el decomiso de las ganancias como los tipos penales de BdeC así como el papel que cumple el complejo normativo dirigido a los sujetos obligados. Para ello debe analizarse la capacidad del entramado normativo para orientar la conducta de los destinatarios (análisis positivo) para, luego, evaluar si los beneficios de la intervención superan sus costes (análisis normativo). A comprender dicha racionalidad (o a reconstruirla) se orientan los próximos apartados del presente trabajo.

### **III. Las finalidades perseguidas por el Estado: especialmente sobre el decomiso de las ganancias**

#### **1. Introducción**

La lesividad social del BdeC es producto de que la inserción del origen ilícito de los bienes en la economía legal incrementa los beneficios esperados del delito, las posiciones económicas de las organizaciones delictivas y, marginalmente, es causa de eventuales efectos anticompetitivos en la economía de mercado y, al mismo tiempo, de que la ocultación de su origen ilícito impide la utilización de los bienes como prueba del delito previo.

El Estado persigue la identificación del origen ilícito de los mismos con la finalidad de decomisarlos (reduciendo los efectos mencionados) y de utilizarlos como prueba del delito previo (reduciendo el efecto criminógeno). La utilización de los bienes como prueba sirve a mantener la eficacia de la pena establecida para el delito previo (la pena como coste esperado), lo que no presenta particularidades especiales respecto del estudio de otros delitos. En cambio, el estudio del decomiso de las ganancias derivadas de delito sí presenta algunas particularidades ya que parece presentarse como la forma más novedosa de prevención de delitos motivados por la obtención de beneficios económicos.

Aunque la criminología y los estudios de Derecho penal promovieron durante las décadas de los años 60 y 70 la investigación de las sanciones penales y sus repercusiones en la reincidencia delictiva y en la criminalidad, el decomiso de las ganancias (así como la incautación o las sanciones pecuniarias) permaneció ampliamente desatendido: las teorías

explicativas de la criminalidad no acogían dentro de sus perspectivas los incentivos económicos y la dimensión de los beneficios<sup>645</sup>.

Es probable que dos hechos se hayan conjugado para que el decomiso surgiera en la escena jurídico-penal como un instrumento relevante en el diseño de la política criminal. Por un lado, resulta plausible la hipótesis de que el progresivo ascenso de las teorías económicas de la criminalidad creó las condiciones de posibilidad para observar el papel que juegan los beneficios económicos como incentivo para delinquir. Por otro lado, la emergencia de una delincuencia caracterizada por sus elevadas cotas de racionalidad instrumental, como son los casos de la criminalidad económica y la criminalidad organizada<sup>646</sup>, creó la necesidad de instrumentos preventivos adecuados a sus particularidades.

Así mismo, los hallazgos criminológicos han evidenciado que no sólo los delitos del crimen organizado –la variante más extrema de delitos motivados por la obtención de beneficios económicos- sino la mayor parte de la criminalidad en general es cometida con la intención de obtener beneficios económicos<sup>647</sup>, lo que puede considerarse un dato criminológico que ha sentado las bases para la generalización del decomiso de las ganancias como instrumento de política criminal.

En la teoría económica de la criminalidad las posibilidades de obtener ganancias representan necesariamente el lado de los beneficios en el

---

<sup>645</sup> Conf. ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, p. 56. En efecto, la idea de privar a los infractores de los beneficios económicos no fue adoptada en la política criminal europea hasta tiempos recientes. Conf. VAN DUYN, P./GROENHUIJSEN, M./SCHUDELARO/A.; “Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy”, p. 120. Acerca de la poca atención que el instituto del decomiso de las ganancias derivadas del delito recibió hasta tiempos recientes en Alemania, a pesar de encontrarse legislado desde hacía tiempo en los §§ 73-73d del StGB, HETZER, W.; “Vermögenseinziehung, Geldwäsche, Wohnraumüberwachung –Neue Ansätze zur Prävention und Repression der Mafia-“, en *wistra n° 5 (1994)*, p. 181.

<sup>646</sup> Por ello, se afirma que en la actualidad la política criminal se dirige a fomentar instrumentos que permitan alcanzar el patrimonio criminal, fundamentalmente en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada y particularmente en los casos de tráfico de drogas, fraude y corrupción, por lo que puede decirse que la actual política criminal se orienta hacia la investigación, embargo y confiscación del patrimonio criminal. Ello constituye una preocupación fundamental en la política legislativa de la Unión Europea y en el contexto internacional, tal como lo evidencian la Convención de Viena, la Convención del Consejo de Europa y la Directiva Europea; todo conf. CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; “El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, pp. 331, 332.

<sup>647</sup> Conf. KILCHLING, M.; “Tracing, Seizing and Confiscating Proceeds from Corruption (and other Illegal Conduct) Within or Outside the Criminal Justice System”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 9/4 (2001)*, pp. 264, 265.

cálculo que presupone la decisión de delinquir. Así, se parte de la idea de que el producto del delito es un incentivo importante, si no el decisivo, para la comisión de ciertos hechos punibles<sup>648</sup>. El decomiso de las ganancias del delito, entonces, cumple una función disuasoria al reducir los beneficios esperados de la actividad delictiva. De este modo, el decomiso de las ganancias, al igual que la pena, se dirige de forma directa al infractor, pudiendo operar ambas de forma conjunta: mientras que la pena aumenta los costes esperados de la conducta delictiva el decomiso de las ganancias disminuye sus beneficios<sup>649</sup>.

En efecto, si bien el decomiso de las ganancias puede justificarse por la finalidad de evitar el enriquecimiento injustificado, es decir con base en una idea de justicia correctiva, en el presente trabajo sostendré una fundamentación que, en línea con los presupuestos metodológicos ya desarrollados, se fundará en las funciones disuasoria<sup>650</sup> e inocuidadora que cumple este instituto jurídico que son las que parecen haber dado origen al progresivo interés en el mismo por parte de los organismos internacionales<sup>651</sup>.

---

<sup>648</sup> ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, pp. 50, 57.

<sup>649</sup> Resulta evidente que esta afirmación del efecto disuasorio del decomiso está sujeta a su constatación empírica y perdería todo asidero si, tal como afirma Albrecht, se demostrara que el riesgo de decomiso tuviera un "(...) efecto absolutamente marginal en la decisión de cometer un hecho punible". Ver ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, p. 59.

<sup>650</sup> Todo en el mismo sentido, BOWLES, R./FAURE, M./GAROUPA, N.; "Economic analysis of the removal of illegal gains", en *International Review of Law and Economics* N° 20 (2000), pp. 539, 542.

<sup>651</sup> Existen otros instrumentos que pueden considerarse como equivalentes funcionales del decomiso de las ganancias derivadas del delito, tal como es la utilización del Derecho tributario para gravar impositivamente los bienes de origen ilícito, de modo tal que se obliga a los infractores a pagar impuestos por sus beneficios ilegales y, en caso de no hacerlo, se les sanciona penalmente por comisión de un delito contra la Hacienda Pública (el así llamado en la doctrina alemana *Principio Al Capone*). Ver BLANCO CORDERO, I.; "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos", pp. 40, 41. También, KAISER, G.; "Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Gewinnabschöpfung", pp. 124-127. Acerca del Principio Al Capone en Alemania ver, WIRTZ, G.; *Das "Al Capone"-Prinzip. Risiken und Chancen einer "Gewinnabschöpfung durch Besteuerung" nach dem Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 2006. Así, refiere como medios de privación de las ganancias de origen delictivo a la multa proporcional y a la utilización del Derecho tributario (delito fiscal), con particular referencia a los casos *Néora* y *Roldán* en España, CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; "El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas", pp. 338 y 359-363.

Así mismo, al igual que ocurre con la multa, el decomiso de las ganancias del delito no sólo tiene un efecto disuasorio sino que, al mismo tiempo, es una fuente de ingresos para el Estado. De este modo, las razones de eficiencia (en sentido normativo-técnico) que se sostienen para utilizar la pena de multa resultan también aplicables al decomiso de las ganancias de la actividad delictiva.

Todo lo expresado explica que el decomiso de los beneficios económicos derivados de la actividad delictiva haya devenido uno de los instrumentos claves de política criminal en los últimos años en la lucha contra el BdeC<sup>652</sup>. En efecto, tanto la Convención de Viena (1988), como la Convención del Consejo de Europa (1990) y, por último, la Convención de Palermo (2000) han regulado el decomiso de las ganancias. Por su parte, el legislador español ha hecho lo propio en el artículo 127 CP (Título VI –De las Consecuencias Accesorias- de su Libro I).

## 2. Definición y clases de decomiso

La Convención de Viena (1988) y la Convención de Palermo (2000) definen el decomiso, en sus artículos 1 y 2.g respectivamente, como “*la privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente*”, mientras que la Convención del Consejo de Europa (1990) lo hace en su art. 1.d. como “*una pena o medida, ordenada por un tribunal, que persigue los beneficios en relación con un delito o delitos y que resulta en la privación final de la propiedad*”<sup>653</sup>. Por otra parte, si bien el CP no define el decomiso, la doctrina y la jurisprudencia permiten definirlo como *la pérdida definitiva de los efectos, objetos y ganancias relacionados con una infracción delictiva*<sup>654</sup>.

A partir de estas definiciones pueden distinguirse tanto en la Convención de Viena (artículo 5) como en la Convención de Palermo (art. 12) y en la Convención del Consejo de Europa (art. 2.1) tres clases distintas de decomiso:

- El decomiso de las ganancias del delito (*fructum sceleris*), es decir de los beneficios que se han obtenido como resultado de la actividad delictiva;

---

<sup>652</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I.; “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos”, p. 41. También, OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, p.123.

<sup>653</sup> En GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*, Cambridge: Grotius Publication Limited, Cambridge, 1992, pp. 76, 177.

<sup>654</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, p. 5.

- El decomiso de los instrumentos utilizados en la comisión del delito (*instrumentum sceleris*), es decir, de los objetos materiales que han servido para la preparación o ejecución del delito, y;
- El decomiso de los efectos del delito (*objectum sceleris*), es decir, de los objetos que provengan de la infracción delictiva: los objetos creados, transformados, adulterados o producidos por el delito mediante la acción delictiva, como, por ejemplo, alimentos adulterados o documentos falsificados)<sup>655</sup>.

El CP regula estas tres clases de decomiso en caso de comisión de delito o falta dolosos en su artículo 127 (Título VI –De las Consecuencias Accesorias- de su Libro I).

Así mismo, el artículo 127, en su apartado 2do., regula otras dos clases de decomiso, también reconocidos en el plano internacional<sup>656</sup>: el *decomiso de bienes* y el *decomiso de valores*. En efecto, el CP en su art. 127.2 dice que, de no ser posible el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias, “*se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho*”. Con este enunciado se incorpora a la legislación española el decomiso de valores equivalentes a los bienes que originalmente debían ser decomisados, con la finalidad de evitar el fracaso cuando los bienes que debían ser decomisados no han sido hallados ya que han sido ocultados, destruidos o consumidos.

El CP incluye también una regulación específica del decomiso de ganancias en los artículos referidos al delito de BdeC. En efecto, el artículo 301.5 remite a la regulación general del decomiso de ganancias afirmando que “*si el culpable (del delito de BdeC) hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código*”. Así mismo, en el art. 302.2 se legisla el decomiso para los casos en que el culpable ha cometido el delito de BdeC perteneciendo a una organización dedicada al

---

<sup>655</sup> El artículo 127.1 del Código Penal dice: “Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente”. En relación con las distintas clases de decomiso ver, AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 40 y ss. ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, p. 55. También en CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, pp. 37, 41. STESSENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, p. 30.

<sup>656</sup> Ver Convención de Viena (art. 5) y Convención del Consejo de Europa (art. 2.1). En GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*. También la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada –Convención de Palermo- (arts. 12, 13 y 14).

blanqueo; en estos casos se incluye una cláusula especial que, a diferencia de los otros casos, permite expresamente “*el comiso de los bienes objeto del delito*”<sup>657</sup>.

### 3. Decomiso de las ganancias derivadas del delito

#### A. Introducción

El decomiso de las ganancias derivadas de la actividad delictiva es la clase más novedosa de entre las mencionadas, ya que si bien hasta la segunda mitad del siglo XX la mayoría de los sistemas de justicia criminal conocían el decomiso de los instrumentos o efectos del delito no regulaban el decomiso de las ganancias derivadas del mismo<sup>658</sup>.

La solución para los casos en que se producía un daño, era que la víctima planteara una demanda civil contra el responsable para obtener la reparación del mismo, lo que en ciertos casos tenía como consecuencia la restitución de los beneficios obtenidos<sup>659</sup>. En la segunda pos-guerra la creciente regulación de delitos sin víctima, sobre todo delitos cuyo objeto de protección son bienes jurídicos de carácter colectivo, dejó al descubierto que la eficacia preventiva de la reparación civil no resultaba útil en estos casos<sup>660</sup>.

En España, por ejemplo, la figura del decomiso ha estado presente en el Derecho positivo, como pena accesoria, afectando a los instrumentos, medios y efectos procedentes del delito pero no a las ganancias ilícitamente obtenidas<sup>661</sup>. Sin embargo, a pesar de la ausencia de una regulación específica, la jurisprudencia resolvía la cuestión considerando a las ganancias como objeto del delito y a éste como parte de los efectos.

---

<sup>657</sup> La *ausencia de una regla general* que permita el *decomiso* de los bienes que han sido objeto de las conductas tipificadas como BdeC conlleva la *imposibilidad* del mismo en todos aquellos casos en que *no ha existido condena por el delito previo*.

<sup>658</sup> Conf. STESSENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, pp. 3 y 4.

<sup>659</sup> En la legislación española vigente, la víctima puede demandar la reparación económica del daño e, incluso, dicha reparación es incentivada por el Código Penal, al permitir la atenuación de la responsabilidad penal del delincuente, si ésta sucede en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral (art. 21.5 Código Penal español).

<sup>660</sup> Conf. STESSENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, p. 4. También BOWLES, R./FAURE, M./GAROUA, N.; “Economic analysis of the removal of illegal gains”, p. 543.

<sup>661</sup> Conf. CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, p.17.

De este modo, las ganancias eran decomisadas como efecto del delito<sup>662</sup>. Sin embargo, en otros países, como Inglaterra, la falta de una regulación del decomiso de las ganancias tenía como efectos la imposibilidad del mismo<sup>663</sup>.

A partir de fines de la década del 80, como consecuencia de la celebración de las citadas Convención de Viena (1988) y Convención del Consejo de Europa (1990), distintos Estados comenzaron a tomar decisiones similares<sup>664</sup>. Así comienza a gestarse la estrategia internacional de prevención del delito que considera como un elemento clave el decomiso de las ganancias<sup>665</sup>.

---

<sup>662</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, p. 43. Esto llevó a que Manzanares Samaniego denunciara una “generalizada corrupción de nuestros tribunales al acordar con el apoyo del viejo Código Penal, el comiso de lo que no era instrumento o producto del delito, olvidando que en aquel precepto no se incluían ni las ganancias ni las cosas sólo relacionadas con la acción (...)”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.; “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, en *Actualidad Penal*, 1997, p. 536, cit. en AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 64.

<sup>663</sup> Bajo el Derecho inglés no hay ninguna doctrina que establezca una relación entre el producto del delito y el delito en sí. El mero hecho de que la propiedad fuera adquirida por medio de una conducta delictiva no generaba por sí mismo un derecho a decomisar los bienes. En efecto, no hay en el Derecho inglés una facultad derivada del common law (*common law powers*) para decomisar los beneficios económicos del delito. Por ello se han debido crear facultades legales (*statutory powers*) para acompañar una sentencia con una orden de decomiso. Conf. ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 283. En efecto, para evitar los problemas político-criminales que suponía la imposibilidad de decomisar las ganancias provenientes de actividades delictivas, el Parlamento inglés otorgó a los tribunales la facultad de decomisar las ganancias provenientes de los delitos de tráfico de drogas a través de la *Drug Trafficking Offences Act 1986*, luego reemplazada por la *Drug Trafficking Act 1994*. Conf. BOWLES, R./FAURE, M./GAROUA, N.; “Economic analysis of the removal of illegal gains”, pp. 544, 545. Así mismo, la Parte VI de la *Criminal Justice Act 1988* contiene toda la legislación acerca del decomiso y ha sido ampliada por facultades adicionales bajo la *Proceeds of Crime Act 1995* reformada por la *Proceeds of Crime Act 2002*. Ver esta información en (<http://inspectores.homeoffice.gov.uk/hmic/docs/financialinvestigation.pdf?version=1>), visitada el 9 de octubre de 2007.

<sup>664</sup> Conf. STESSENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, p. 5.

<sup>665</sup> Esta estrategia parece haberse consolidado en la actualidad: así, por ejemplo, en su informe del año 2006, la *Home Office* británica expresa que el decomiso de los beneficios económicos de la actividad delictiva es una pieza clave de la prevención del delito ya que es eficaz para reducir la actividad delictiva y asegura que los delincuentes no obtengan beneficios económicos del delito. Informe de la *Home Office*, “*Rebalancing the criminal justice system in favor of the law-abiding majority. Cutting Crime, reducing reoffending and protecting the public*”, Julio de 2006, p. 36. En (<http://www.homeoffice.gov.uk/documents/CJS-review.pdf/CJS-review-english.pdf?view=Binary>) (visitada el 9 de octubre de 2007). Como medida de la relevancia político-criminal del decomiso en Gran Bretaña puede observarse que el informe presenta un cuadro con la evolución del decomiso de ganancias en el Reino Unido, el cual se ha duplicado desde el año 2003 (año siguiente a la aprobación de la *Proceeds of Crime Act 2002*).



## B. La función disuasoria del decomiso de las ganancias

La comisión de hechos punibles no debe ser rentable ni para los autores o partícipes de un hecho punible ni para terceras personas<sup>666</sup>. Por ello, la finalidad del decomiso de ganancias es privar a éstos de las ventajas patrimoniales obtenidas de forma ilegal. De este modo, se transmite a los infractores potenciales la información de que a través de la comisión de hechos delictivos no van a enriquecerse<sup>667</sup>. En efecto, desde la perspectiva metodológica del AED el decomiso de las ganancias se presenta como un instrumento idóneo para cumplir funciones disuasorias: quien comete un delito esperando obtener beneficios económicos no lo realizará si los beneficios esperados son inexistentes o menos atractivos que otras acciones alternativas<sup>668</sup>.

Así, el trasfondo político-criminal del decomiso de las ganancias tiene como objetivo prioritario privar a los delincuentes de los beneficios económicos del delito, de modo tal que se le haga perder a los intervinientes en el delito los frutos de su actividad delictiva; es decir, se busca llevar a la realidad el conocido adagio *“crime doesn't pay”*<sup>669</sup>. Para observar esto con claridad analicemos un ejemplo simple: si el decomiso de las ganancias de origen delictivo resultara totalmente eficaz, es decir una probabilidad rayana con el 100% -certeza- de que se haga efectivo, se

---

<sup>666</sup> Conf. KINDHÄUSER, U.; LPK-StGB, § 73, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 401.

<sup>667</sup> Conf. AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 71. BLANCO CORDERO, I.; “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos”, p. 65. En la misma línea de justificación del instituto del decomiso con base en su función disuasoria, cabe recordar la ya citada expresión de Alldridge: *“No sería coherente, por un lado, tratar de crear desincentivos para cierto tipo de conducta y, por otro, permitir que quien la realiza goce de los beneficios de la misma”*, dice, en este mismo sentido, ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 284.

<sup>668</sup> Como explica Richard Posner, es el hincapié en la prevención del delito la que explica el hecho de que un ladrón que ha sido detenido deba devolver lo robado (ganancia), aparte de cualquier otro castigo que se le imponga, aunque la víctima no esté pidiendo la restitución. Ver POSNER, R.; *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 223. En el mismo sentido dice que *“la mayoría de las personas se motiva en el cumplimiento de la norma ante la perspectiva de la pérdida patrimonial, eso le ocurre también a aquél que infringe la ley penal”*, CORRÊA JUNIOR, A.; *Confisco Penal. Alternativa à prisão e aplicação aos delitos económicos*, IBCCRIM, San Pablo, 2006, p. 133.

<sup>669</sup> HERZOG, F.; Nomos Kommentar, I, § 73, 2ª Ed., Baden-Baden, 2005, pp. 2062-2063. En el mismo sentido, FORTHAUSER, R.; *Geldwäscherei de lege lata et lege ferenda*, p. 110. También asume el fundamento del decomiso en la teoría de la disuasión *“en el sentido de Beccaria”* (si bien no descarta otras funciones preventivas del decomiso), PIETH, M.; *“Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten: Zu den Hintergrund und Risiken der neuen Gesetzgebung”*, en *Strafverteidiger n° 12 (1990)*, p. 561.

lograría un efecto disuasorio total; en esa situación nadie cometería algunos de los delitos que se caracterizan por la finalidad de obtener un beneficio económico<sup>670</sup>.

Pero, al igual que en el análisis del efecto disuasorio de la pena, debe considerarse que quien actúa de forma delictiva lo hace en circunstancias de incertidumbre, de modo que para analizar el efecto disuasorio de esta institución no basta con saber que quien comete un delito debe ser privado de las ganancias de éste, sino que debe considerarse también cuál es la tasa de probabilidad de que el decomiso ocurra: a mayor probabilidad de decomiso menor es el beneficio esperado del delito<sup>671</sup>.

Los convenios internacionales contra el BdeC pretenden aumentar la probabilidad de identificar la inversión de las ganancias provenientes de ciertas actividades ilegales por medio de la cooperación entre Estados<sup>672</sup> y de la imposición de deberes de colaboración a sujetos privados.

Si se desea llevar a cabo el análisis de eficiencia de estas medidas debe considerarse que aumentar la probabilidad de imposición del decomiso supone la asunción de costes públicos y privados. Estos costes refieren tanto a costes económicos como a daños potenciales a derechos individuales que deben ser incluidos en el análisis, debiendo computarse como beneficio la disminución de la actividad delictiva como resultado del efecto disuasorio del decomiso.

Esta función disuasoria del decomiso de las ganancias actúa, evidentemente, tanto sobre el interviniente en el hecho punible que da

---

<sup>670</sup> En este sentido es correcta la afirmación de que “*si las reglas de decomiso de las ganancias operaran de forma ideal y no se obtuvieran beneficios económicos de los delitos previos a los que se aplica el delito de blanqueo de capitales, entonces el argumento independiente para la criminalización (de los blanqueadores) se vería considerablemente debilitado*”. ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, p. 287. El argumento, en todo caso, se refiere a una realidad altamente improbable ya que los niveles de cumplimiento de las normas nunca llegan al 100% de eficacia y lo propio ocurre con el decomiso: ello es lo que justifica *prima facie* la intervención disuasoria sobre los terceros blanqueadores y evitadores.

<sup>671</sup> Indica la baja tasa de imposición del decomiso de ganancias en Alemania, KILCHLING, M.; “Tracing, Seizing and Confiscating Proceeds from Corruption (and other Illegal Conduct) Within or Outside the Criminal Justice System”, p. 275.

<sup>672</sup> Acerca de las medidas de cooperación internacional y de la formulación de las solicitudes de cooperación, DEL OLMO GÁLVEZ, J.; “El blanqueo desde la perspectiva del juez instructor”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 245-253. Acerca de la cooperación internacional para el decomiso de las ganancias, ver la Convención de Naciones Unidas (art. 5, particularmente el apartado 4) y la Convención del Consejo de Europa (art. 13 y ss.). En GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*.

origen al capital ilícito (delito previo: tráfico de drogas, cohecho, etc.) como sobre quien interviene como blanqueador de dicho capital. En efecto, el decomiso intervendrá tanto sobre las ganancias derivadas de aquel delito —que, tal vez, se encuentren ya en posesión del blanqueador— como sobre los honorarios que obtiene el blanqueador por prestar sus servicios y que son también, por su parte, beneficios obtenidos de una actividad delictiva (el propio BdeC)<sup>673</sup>.

Ahora bien, es claro que el decomiso de las ganancias no es suficiente por sí sólo para disuadir a los infractores, sino que debe venir acompañado de sanciones jurídicas negativas. Esto se debe a que para disuadir al infractor deben existir costes adicionales a la mera expectativa de pérdida de las ganancias. En efecto, si el decomiso de ganancias no viene acompañado de sanciones jurídicas negativas cometer un delito se transforma en lo que BOWLES/FAURE/GAROUA llaman una “atractiva lotería”, ya que en el peor de los casos (el descubrimiento de la infracción cometida y el posterior decomiso de los beneficios) los delincuentes se quedan con lo mismo que tenían antes de intentarlo<sup>674</sup>.

En el CP el decomiso de las ganancias derivadas de la actividad delictiva cumple un importante papel disuasorio en razón de la vigencia del sistema de días-multa, que no permite recuperar por medio de dicha pena los beneficios económicos obtenidos del delito. La multa proporcional,

---

<sup>673</sup> Un problema particular se presenta en aquellos casos en que se condena a una persona por el delito de BdeC (art. 301 CP) pero no se impone condena por el delito previo del que provienen los bienes blanqueados. Se discute si en ese caso el juez que impone la condena por BdeC puede ordenar el decomiso de los bienes blanqueados, es decir de aquellos bienes que son objeto de la acción típica (adquirir, convertir, etc.), no ya como ganancias derivadas del delito (ya que no existe condena por el mismo) sino bajo otra categoría tales como “efectos” o “cosas relacionadas con el delito”. En efecto, sólo el art. 302.2 hace referencia al decomiso de los bienes objeto del delito, pero en el contexto de aquellos casos en que el delito es cometido por personas que pertenezcan a una organización. Por ello, Aguado Correa entiende que al no existir una previsión legal expresa con carácter general que autorice el decomiso de los mismos, éste no resultaría jurídicamente posible. AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, pp. 151-154. En el mismo sentido, CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, pp. 101, 102.

<sup>674</sup> BOWLES, R./FAURE, M./GAROUA, N.; “Economic analysis of the removal of illegal gains”, p. 539. Por la misma razón Ingeborg Puppe justifica la necesidad de que se apele al mal de la pena para disuadir, al afirmar que “*el restablecimiento de la igualdad por medio de la privación de las ventajas obtenidas con la comisión de la infracción sólo es posible cuando hay beneficios económicos y sólo sería suficiente si todo autor fuera descubierto. La posibilidad de no ser descubierto que adquiere el autor ya por el hecho en sí mismo solamente puede ser compensada si el peligro de ser descubierto implica una pérdida que supera los beneficios del hecho punible*”. PUPPE, I.; “Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik”, en *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden, 1999, p. 479.

que sí permite adecuar el monto de la multa a los beneficios obtenidos, como se sabe, sólo resulta aplicable en aquellos contados casos en que el CP lo regula expresamente<sup>675</sup>.

### C. La función inoquizadora del decomiso de las ganancias

El decomiso de las ganancias no sólo cumple una función disuasoria al reducir los beneficios esperados del delito, sino que, a la vez, cumple una función inoquizadora del peligro que los bienes representan para la libre competencia y para la seguridad interior en virtud del incremento del poder económico de las organizaciones.

Por un lado, esta protección de la libre competencia y de la seguridad interior se da por la vía disuasoria: a menor actividad delictiva precedente menor daño a estos bienes sociales. Pero, al mismo tiempo, si los bienes no pueden ser decomisados se mantiene el peligro que los mismos representan para la economía<sup>676</sup> y la seguridad interior por la futura inversión de los mismos de modo tal que el decomiso inoquiza la capacidad lesiva futura de los mismos. En efecto, el decomiso de los bienes impide que sean invertidos en la economía legal reduciendo el efecto anticompetitivo y el incremento del poder económico de las organizaciones.

Así mismo, existe una función inoquizadora adicional del decomiso de las ganancias vinculada a la lucha contra el crimen organizado, pero que, sin embargo, no se halla en relación con la inversión de tales bienes en la economía legal (BdeC) sino con la reinversión del capital en actividades ilícitas: las ganancias derivadas del delito, una vez decomisadas, no pueden orientarse a la reinversión en la propia actividad delictiva. Este argumento aporta un importante fundamento legitimador al decomiso de las ganancias del delito pero en relación ya con el financiamiento de actividades ilegales y no con la inversión de tales bienes en la economía legal. Por ello, al tratarse en el presente trabajo de la prevención del BdeC, esta función del decomiso no es analizada<sup>677</sup>.

---

<sup>675</sup> Conf. AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 64.

<sup>676</sup> Conf. FORTHAUSER, R.; *Geldwäscherei de lege lata et lege ferenda*, p. 160. También Pieth refiere a esta función inoquizadora del decomiso “*que rebasa las ideas beccarianas*”, si bien refiriéndose a un daño macroeconómico que aquí no se acepta; PIETH, M.; “Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten: Zu den Hintergrund und Risiken der neuen Gesetzgebung”, p. 561.

<sup>677</sup> De hecho, si se considera esta función del decomiso de las ganancias y se entiende, como aquí, que la función del tipo penal de BdeC es aumentar la eficacia del decomiso, el tipo penal en cuestión sería un soporte también para evitar el financiamiento de

## D. Tipos de decomiso de ganancias

El artículo 127 del CP en sus incisos 1 y 2, en consonancia con lo establecido en los convenios internacionales contra el blanqueo de capitales, recoge tres tipos de decomiso de ganancias: a) el *decomiso básico*; es decir, el de los bienes obtenidos directamente del delito o falta dolosos, b) el *decomiso sustitutivo*; que recae sobre un bien o derecho que ha sustituido al primero y c) el *decomiso de valores*; que permite el decomiso de otros bienes del responsable del delito por un valor similar a lo ganado en la actividad delictiva y opera como una cláusula de cierre que intenta evitar el éxito del blanqueo<sup>678</sup>.

Así mismo, la doctrina distingue entre el decomiso de ganancias directas y el decomiso de ganancias indirectas. *Ganancias directas* son los beneficios obtenidos de la actividad delictiva mientras que *ganancias indirectas* son aquellos beneficios conseguidos por quien invirtió hábilmente las ganancias originarias.

Analizaré a continuación el decomiso sustitutivo y el decomiso de valores así como el problemático caso del decomiso de ganancias indirectas.

### a. Decomiso de bienes: decomiso básico y decomiso sustitutivo

Como se ha dicho, el decomiso básico alcanza a los bienes obtenidos directamente del delito o falta dolosos. Pero la regulación del decomiso de las ganancias no alcanza sólo a aquellos bienes que se han obtenido directamente de la actividad delictiva, sino que se extiende a aquellos bienes que han sustituido a los originarios<sup>679</sup>: así, si bien puede resultar imposible hallar el dinero que se ha recibido como soborno, sí puede hallarse el inmueble que se ha comprado con el mismo.

---

actividades ilegales. Sin embargo, esta relación funcional (o economía de escala) entre los instrumentos político-criminales no debe hacernos perder de vista que se trata de fenómenos criminológicos distintos que, en todo caso, podrían ser enfrentados con los mismos instrumentos. De hecho, la Tercera Directiva Europea (2005) orienta los deberes de colaboración del sector privado no sólo hacia la prevención del BdeC sino también hacia la prevención del financiamiento del Terrorismo.

<sup>678</sup> También el StGB conoce estas tres formas de decomiso de las ganancias (*Verfall*): § 73 I (decomiso básico), § 73 II (decomiso de bienes sustitutivos), § 73.a (decomiso de valores). Conf. KINDHÄUSER, U.; LPK-StGB, § 73, pp. 401, 402.

<sup>679</sup> Así el CP en su art. 127.1 hace referencia al decomiso de las ganancias “*cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*”.

Esta regulación tiene como finalidad evitar que las sucesivas transferencias de los bienes obtenidos como producto de la actividad delictiva puedan frustrar el decomiso de las ganancias y, por ello, se reduzca el efecto desincentivo y el efecto inocuidador que persigue este instituto jurídico. En efecto, si sólo pudieran decomisarse los bienes originarios, la primera transformación que estos sufrieran impediría el decomiso de los mismos, de modo tal que resultaría bastante simple evadir la intervención estatal. El decomiso de bienes sustitutivos permite alcanzar cualquier bien que se encuentre en una cadena de relaciones con un bien originario que se hubiera obtenido de una actividad delictiva dolosa; el único límite será el tercero adquirente de buena fe, tal como lo indica el CP en su artículo 127<sup>680</sup>.

Esta limitación (adquisición de buena fe) que pretende preservar derechos de terceros supone una restricción importante al decomiso de aquellos bienes obtenidos de la actividad delictiva o de aquellos que los han sustituido, pero no lo hace imposible. En efecto, si, por ejemplo, el infractor vende el inmueble obtenido como producto del delito a un tercero de buena fe, el decomiso recaerá, entonces, sobre el dinero que se ha cobrado como contraprestación de parte del tercero: es decir, el dinero es el bien sustitutivo del inmueble y sobre él recaerá el decomiso.

Sin embargo, sí se presenta un problema cuando no pueden hallarse estos bienes sustitutivos (por ejemplo, porque el Estado no puede encontrar el dinero cobrado por la venta del inmueble). En este caso, la solución no puede venir por parte del decomiso de bienes sustitutivos sino por parte del decomiso de valores, que se explica a continuación.

## **b. Decomiso de valores**

La clase de decomiso que se ha analizado en el punto anterior y que recae tanto sobre los bienes originarios como sobre los bienes sustitutivos puede denominarse *decomiso de bienes*. Por el contrario, el *decomiso de valores* no se limita a bienes que se deriven de la actividad delictiva: así, puede ser ejercido contra bienes en propiedad del condenado que han sido legalmente obtenidos y que no tienen ninguna conexión con el delito por el que se decomisan los bienes: el decomiso se realiza por un monto de dinero determinado<sup>681</sup>.

---

<sup>680</sup> Así mismo, ver la Convención de Naciones Unidas (art. 5.8). En GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*.

<sup>681</sup> Conf. STESENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, p. 35.

La necesidad político-criminal de regular el decomiso de valores proviene de que el decomiso de bienes (originarios o sustitutivos) presenta dos problemas desde el punto de vista de su eficacia preventiva: por un lado, si el delincuente ha gastado los bienes éstos ya no pueden ser decomisados y, por otro, si los bienes han sido transferidos a terceros de buena fe, tampoco<sup>682</sup>. Esto impone una limitación fáctica, por un lado, y jurídica, por el otro, a la eficacia del decomiso como instrumento de prevención.

Por el contrario, el decomiso de valores tiene dos ventajas significativas: por un lado, no se ve impedido por el encubrimiento, desplazamiento o destrucción de los bienes de origen ilegal (o sus sustitutos) ya que puede recaer sobre bienes de origen legal de propiedad del infractor<sup>683</sup>. Por esta razón, el decomiso de valores se ha transformado en parte central de la estrategia internacional para la prevención del blanqueo de capitales, apreciación que se evidencia en que tanto la Convención de Viena, como la Convención del Consejo de Europa y la Convención de Palermo lo promueven<sup>684</sup>.

El artículo 127.2 del CP refleja esta tendencia internacional al decir que, de no ser posible el comiso de las ganancias, “*se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho*”. Se trata, como ya se ha dicho, de aquellos casos en que el capital sucio se ha consumido, vendido, perdido o destruido pudiéndose decomisar, entonces, otro u otros bienes, siempre que sean equivalentes al valor económico del objeto original o ganancia ilícitamente obtenida<sup>685</sup>.

Por ello, el decomiso de valores presenta beneficios comparativos en relación con el decomiso de bienes, tanto en términos de eficacia preventiva como de eficiencia. Desde el punto de vista de la eficacia preventiva, este modelo es más eficaz que el decomiso de bienes ya que puede aplicarse aún en los casos en que se ha perdido el rastro de las conexiones en cadena entre los bienes originarios y bienes sustitutivos. Desde el punto de vista de la eficiencia, el decomiso de valores es preferible al decomiso de bienes, no sólo por la mayor eficacia preventiva,

---

<sup>682</sup> Conf. STESENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, p. 33.

<sup>683</sup> Conf. KILCHLING, M.; “Tracing, Seizing and Confiscating Proceeds from Corruption (and other Illegal Conduct) Within or Outside the Criminal Justice System”, p. 272.

<sup>684</sup> Ver Convención de Viena (art. 5.1.a) y Convención del Consejo de Europa (art. 2.1). En GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*. Así mismo, ver el art. 12.1.a) de la Convención de Palermo.

<sup>685</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, p.45.

sino también porque los costes sociales son menores: no se afectan derechos de terceros que han adquirido los bienes de buena fe<sup>686</sup>.

Así mismo, considero que una parcial modificación de los requisitos del decomiso de valores permitiría potenciar su eficiencia sin perder eficacia preventiva. Esta modificación consistiría en otorgar flexibilidad al juez para aplicar el decomiso de valores aun cuando hayan sido hallados los bienes originarios o sustitutivos, siempre que pueda evitarse daños a terceros. Pensemos en el caso de la esposa e hijos del delincuente que habitan la casa que fue comprada total o parcialmente con dinero proveniente de actividades delictivas: el decomiso de valores permite evitar que se decomise la casa dirigiendo las acciones legales contra otros bienes de igual valor, con igual efecto preventivo y menos costes sociales<sup>687</sup>. Esto supone, en el caso del CP, una reforma legal, ya que el art. 127.2 sólo habilita al juez a utilizar esta modalidad de decomiso cuando los bienes originarios o sustitutivos no han sido hallados; de este modo, si han sido hallados, el juez debe decomisar éstos sin ponderar mayores costes y beneficios.

### c. Decomiso de ganancias directas e indirectas

La mayor parte de la doctrina entiende que el decomiso de ganancias debe limitarse a las ganancias directas, es decir a los bienes originarios o sustitutivos o al valor equivalente a ellos. Por el contrario, un concepto extensivo permite el decomiso de las ganancias indirectas, es decir, de aquellos beneficios conseguidos por quien invirtió o gestionó hábilmente las ganancias originarias<sup>688</sup>.

Así, por ejemplo, si quien recibe un soborno tiene un consejero económico (verbigracia, un *broker*) que conoce como invertir en mercados o instrumentos financieros sofisticados de alto riesgo pero con una alta tasa de retorno y, luego de realizar estas operaciones, el Estado descubre

---

<sup>686</sup> Conf. STESENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, p. 42.

<sup>687</sup> Puede considerarse que el hecho del sufrimiento de la familia puede ser un coste que el legislador buscar infligir intencionalmente sobre el delincuente, para que lo considere como un coste de su acción al momento de decidir su intervención en una actividad delictiva. Sin embargo, la inmoralidad de esta perspectiva así como el hecho de estar en los márgenes del principio de personalidad de las penas y responsabilidad individual me obliga a descartar esta posibilidad al momento de proponer el diseño institucional. En igual sentido, FISSE, B/FRASER, D.; “Some Antipodean Skepticism About Forfeiture, Confiscation of Proceeds of Crime, and Money Laundering Offenses”, p. 749.

<sup>688</sup> Conf. CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, p. 44. En contra, AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, pp. 95, 96.



que el dinero invertido es de origen delictivo, se discute si el infractor debe adquirir un derecho de propiedad sobre los beneficios indirectos, es decir, sobre los beneficios obtenidos con la inversión, aun cuando deba devolver el capital original. Si se sostiene que el decomiso no alcanza los beneficios indirectos, entonces el infractor tendrá derecho a conservar dichos beneficios, que de otro modo serían decomisados por el Estado.

En mi opinión, existe una buena razón para decomisar también las ganancias indirectas: si se permite al delincuente apropiarse de los beneficios indirectos del delito se incentiva la comisión de delitos por parte de aquellos que, como en el ejemplo del párrafo precedente, por contar con más recursos (vínculos personales, conocimientos, etc.) pueden obtener más beneficios a partir del capital obtenido de forma delictiva. Imaginemos los múltiples casos en que un individuo tiene la oportunidad de llevar a cabo una inversión de alto riesgo para el capital invertido, pero con grandes ganancias potenciales; en este tipo de casos, si se permite adquirir derechos de propiedad sobre los beneficios obtenidos se crean incentivos para cometer delitos que proveen beneficios económicos. Creo que este argumento de corte disuasorio y la ausencia de buenas razones en favor de otorgar derechos de propiedad a los infractores sobre las ganancias indirectas inclinan la balanza de argumentos en favor de la legitimidad del decomiso de ganancias indirectas.

Debo admitir que en el caso extremo en que una persona a partir de una pequeña cantidad de dinero obtenido de forma ilegal, y que ha invertido en actividades legales, logra al cabo de –por ejemplo- treinta años acumular una fortuna considerable, puede resultar contraintuitivo legitimar el decomiso de todos los bienes de los que es propietario. Sin embargo, creo que la intuición de que sería injusto decomisar todo su capital no se funda tanto en el hecho de que las ganancias posteriores se hayan logrado al invertirse en actividades lícitas, sino al hecho de que el paso del tiempo puede hacer perder el interés público en la persecución de esos bienes –del mismo modo que con las ganancias directas-<sup>689</sup>.

En efecto, del mismo modo que ocurre con la persecución penal dirigida a imponer una pena, la insoportable situación de que una persona tenga

---

<sup>689</sup> Menos justificable desde el punto de vista del efecto disuasorio del decomiso de las ganancias, aquí sostenido, resulta la privación de los beneficios económicos producto de actividades altamente azarosas: así, por ejemplo, los beneficios obtenidos del premio producto de la compra de un billete de lotería que resulta ganador. Los beneficios indirectos de este tipo son tan azarosos e improbables que ningún actor racional delinquiría para invertir en este tipo de actividades.

toda su vida la posibilidad de perder su capital haga lo que haga (toda reinversión es reinversión del capital obtenido inicialmente de forma ilegal) puede requerir una limitación; el sistema jurídico ya cuenta con ella: la prescripción del delito y/o de la responsabilidad civil<sup>690</sup>.

## E. ¿Principio de beneficios brutos (*Bruttoprinzip*) o de beneficios netos (*Nettoprinzip*)?

Se discute en la doctrina si han de considerarse ganancias (y, en consecuencia, sujetas a decomiso) todas las contraprestaciones económicas obtenidas directamente por la ejecución del delito o sólo aquellas que constituyen el beneficio neto obtenido por el delincuente, una vez deducidos los costes generados por su comisión.

Esta discusión da lugar a dos propuestas: el principio de beneficios brutos (*Bruttoprinzip*) y el principio de beneficios netos (*Nettoprinzip*). Según el principio de beneficios brutos se deben decomisar todas las contraprestaciones económicas, mientras que conforme al principio de beneficios netos se deben deducir los costes y sólo embargar el capital restante<sup>691</sup>. El principio de beneficios brutos no refiere solamente a los gastos en sentido estricto (verbigracia, costes de viaje) sino también a todo aquello que se haya entregado para lograr el beneficio económico (por ejemplo, el precio de compra)<sup>692</sup>.

En el ámbito comparado existen diversas soluciones: Yugoslavia, Egipto y Bulgaria regulan el principio de beneficios netos mientras que Alemania, Bélgica, Italia y los Estados Unidos el de beneficios brutos<sup>693</sup>. El

---

<sup>690</sup> La doctrina habla de la “descontaminación” de los bienes de origen delictivo para referir a la adquisición de un derecho de propiedad sobre los mismos por parte de los infractores. COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Blanqueo de Capitales. Abogados, Procuradores y Notarios, Inversores, Bancarios y Empresarios*, p. 109. En efecto, un sector de la doctrina hace referencia a mecanismos de carácter civil, señalándose que una vez transcurrido el plazo de 15 años para ejercitar acciones por responsabilidad civil los bienes pierden su mácula y dejan de tener carácter delictivo, conf. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 19.

<sup>691</sup> Conf. CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, pp. 45-6. Ver AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 99.

<sup>692</sup> LACKNER/KÜHL, StGB-Kommentar, 25ª Ed., Beck, München, 2004, p. 460.

<sup>693</sup> En Alemania la doctrina y la jurisprudencia sostuvieron el principio de beneficios netos hasta que el legislador alemán modificó en 1992 diversas normas legales incorporando el principio de beneficios brutos. Conf. HERZOG, F; *Nomos Kommentar*, pp. 2067, 2068. El legislador alemán operó esta modificación cambiando el concepto “beneficios económicos” (*Vermögensvorteil*) por el más indeterminado “algo” (*etwas*) en el §

legislador español, por su parte, no ha regulado la cuestión expresamente de modo que una parte de la doctrina ha abogado, en línea con la opinión favorable aquí expuesta, por una interpretación que incluya el principio de beneficios brutos<sup>694</sup>.

Existen diversos argumentos en favor del principio de beneficios brutos. Por un lado, se afirma que resulta preferible por motivos de justicia y legalidad. Este argumento se funda en que el sistema de ganancias netas supondría repercutir el fracaso del autor del delito sobre el Estado, ya que éste es el que tiene que hacer un esfuerzo y ralentizar su actividad para averiguar cuáles son las ganancias netas derivadas del delito, evitando que el sujeto pierda aquello que ha invertido para llevarlo a cabo<sup>695</sup>.

Por otro lado, además de un argumento de justicia, existe uno de carácter disuasorio: quien decide, por ejemplo, cometer un robo a un banco debe decidir cuántos recursos invertir para lograr el éxito de la acción. Así, debe incurrir en diversos costes: “contratar” personal, comprar información, alquilar o comprar armas o inmuebles, así como conseguir automóviles para la huida y otros objetos que resulten útiles para la consecución de su objetivo. Si se garantiza la devolución de los costes en que se ha incurrido, los costes esperados de la acción son menores que si éstos se pierden: existen incentivos para que el delincuente invierta capital en estos instrumentos (por ejemplo, automóviles caros y rápidos) ya que por este medio aumenta la probabilidad de éxito de su acción sin aumentar los costes, incrementándose, entonces, la utilidad esperada de la acción<sup>696</sup>.

En efecto, para el autor del hecho delictivo la comisión del mismo y la eventualidad de ser descubierto no implica ningún riesgo de pérdida económica, al poder recuperar y conservar los valores patrimoniales que ha invertido para la comisión del delito, arriesgándose únicamente a no obtener ganancias pero no a sufrir una pérdida económica<sup>697</sup>: se trata de

---

73 cuando se hace referencia a aquello que los intervinientes en el hecho punible obtienen del mismo. Conf. LACKNER/KÜHL, StGB-Kommentar, p. 458.

<sup>694</sup> En este sentido, AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 101.

<sup>695</sup> Conf. CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, pp. 46, 47. También AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, pp. 100, 101.

<sup>696</sup> Se podría argumentar que, aún cuando rija el principio de beneficios netos, en muchos casos éstos costes no serán devueltos en virtud de que serán decomisados como “instrumentos”. Sin embargo, puede responderse que muchos gastos en que se incurre para cometer un delito no pueden clasificarse ni como instrumentos ni como efectos: por ejemplo, alquiler de muebles e inmuebles que no pueden ser decomisados por pertenecer a un tercero que los ha alquilado de buena fe, gastos de viaje y organización, etc.

<sup>697</sup> AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 101.

otra versión de la “atractiva lotería” de BOWLES/FAURE/GAROUA. Si el Estado devuelve esta inversión, estaría cumpliendo la función de una compañía aseguradora de riesgos y generando incentivos para invertir más capital. Así, por ejemplo, cuando el Estado quiere incentivar inversiones devuelve o disminuye los costes de la inversión, por ejemplo, por medio de la devolución de impuestos. No existe ninguna razón para que quien ha invertido capital para cometer un acto ilícito y que, por ende, causa un grave daño social, obtenga beneficios que, sólo en contadas ocasiones y con la finalidad de promover el bienestar social, se provee a los inversores en actividades legales.

Por último, la adopción del principio de beneficios netos implica un incremento de los costes de gestión en comparación con el de beneficios brutos: para aplicar el principio de beneficios netos el juez debe llevar a cabo una serie de complicados cálculos a fin de evitar que se decomisen más bienes de los estrictamente obtenidos con motivo del delito cometido, una vez descontados los gastos o las inversiones realizadas. Estos problemas de cálculo adquieren especial relevancia en aquellos supuestos en los que se encuentran implicadas empresas, ya que devendrá sumamente difícil calcular cuáles son las inversiones que una determinada empresa ha realizado para llevar a cabo un acto delictivo, lo que requerirá de especialistas en la materia con el consecuente incremento en los costes<sup>698</sup>.

#### **F. Restricciones deontológicas al decomiso de las ganancias: ¿proporcionalidad?**

Al analizar el ACB se hizo referencia a que pueden existir restricciones deontológicas que operen como marco de referencia más allá de las cuales no resulta posible ponderar los costes y beneficios de la aplicación de un instituto jurídico: la disuasión y la ponderación de costes y beneficios no son el único criterio para tomar decisiones públicas. En relación con el decomiso aparece el principio de proporcionalidad con la pretensión de restringir el ámbito de aplicación del decomiso de ganancias.

Pero la argumentación a partir de principios se realiza en un plano del discurso diferente al que se desarrolla en el presente trabajo. Mientras que el primero supone un método que deriva soluciones normativas de ciertas

---

<sup>698</sup> AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 100.

premisas jurídicas o morales (o ambas), el plano del discurso en el que discurre el presente trabajo es el de la elaboración teórica que permita describir adecuadamente los incentivos que llevan a la decisión de delinquir con el objetivo de explicar y predecir conductas delictivas (lo que se sitúa en el plano de la teoría criminológica) y el de las respuestas político criminales con base en una ponderación de costes y beneficios de las mismas, incluyendo a la disuasión de los infractores como criterio de orientación (lo que se sitúa en el plano de una valoración normativa consecuencialista de la política criminal).

Por lo expresado, creo que la cuestión de los límites deontológicos excede el marco del presente trabajo. Sin embargo, haré algunas aclaraciones que resultan necesarias en vista de que, a diferencia de la regulación española, la legislación vigente en Alemania limita la aplicación del decomiso de ganancias en ciertas circunstancias en que éste pueda resultar en una severidad excesiva.

En efecto, el CP refiere la proporcionalidad del decomiso sólo en el caso del decomiso de efectos e instrumentos del delito, sin mencionar la aplicabilidad de este principio a las ganancias. Sin embargo, se afirma que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que también debe aplicarse al decomiso de las ganancias<sup>699</sup>.

Por el contrario, el StGB sí incluye en su § 73.c.I., referido al decomiso de las ganancias (*Verfall*), una disposición que ha sido interpretada como una expresión del principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>700</sup> y a la que titula “*prescripción acerca de la rigurosidad del decomiso de ganancias*” (*Härtevorschrift*) en la que indica que dicha medida no se ordenará si fuera de una rigurosidad injusta (*unbillige Härte*) para el afectado por esta medida.

La doctrina y la jurisprudencia han incluido dentro del ámbito de aplicación de este precepto los casos en que el autor ha actuado de forma antijurídica pero no culpable<sup>701</sup>. También se incluyen los casos en que el autor del delito ha transmitido los bienes a título gratuito, ha obsequiado el bien a una institución de bien común o ha permanecido un período

---

<sup>699</sup> Conf. CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, p. 66.

<sup>700</sup> Conf. KINDHÄUSER, U.; LPK-StGB, p. 408. También AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 85. Lackner/Kühl hacen referencia a la “prohibición de exceso” (*Übermassverbot*) como expresión del principio de proporcionalidad, LACKNER/KÜHL, StGB-Kommentar, p. 464. También entienden que la prohibición de exceso resulta aplicable al decomiso de ganancias SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB-Kommentar, 27ª Ed., Beck, München, 2006, p. 1038.

<sup>701</sup> KINDHÄUSER, U.; LPK-StGB, p. 408. LACKNER/KÜHL, StGB-Kommentar, p. 464.

desproporcionado en prisión preventiva; casos todos en los que se limita la extensión del decomiso. También se pueden considerar incluidos en esta prescripción aquellos casos en que los bienes de origen delictivo (o sus sustitutos) se han invertido en actividades empresariales y fueron utilizados para realizar reembolsos en el marco de la quiebra de dicha actividad<sup>702</sup>.

El carácter limitado del universo de casos implicados permite afirmar que no parecen tener un efecto negativo sobre la eficiencia de la política criminal en el sentido de que puedan obturar el cumplimiento de los fines preventivos que persigue el decomiso de las ganancias. Si se observa con detenimiento, los casos mencionados hacen referencia a ejemplos marginales de individuos que por una razón u otra no han obtenido el beneficio esperado (transmiten los bienes a título gratuito) o se ha beneficiado a terceros de buena fe sin recibir contraprestación (donaciones a entidades de bien público que actúan de buena fe) o han actuado de forma no culpable.

#### **G. El decomiso de los beneficios económicos derivados de la comisión de delitos imprudentes**

AGUADO CORREA propone una doble ampliación del instituto del decomiso: por un lado, propone la aplicación de este instituto a los beneficios económicos derivados de la comisión de delitos imprudentes; por otro lado, reivindica la importancia del decomiso administrativo como instrumento de política criminal<sup>703</sup>.

La primera propuesta por novedosa no deja de ser acertada. La comisión de un delito imprudente también supone, al menos en los casos de culpa consciente, una ponderación de costes y beneficios: quien excede la velocidad permitida aumentando la probabilidad de causar un resultado lesivo de muerte, lo hace en razón de un beneficio tal como llegar más rápido al destino buscado. Lo propio puede decirse de actividades de blanqueo de capitales en las que el resultado es consecuencia de un incumplimiento de los estándares de cuidado en razón de los beneficios económicos que puede reportar prescindir de los costosos controles internos. En estos casos el decomiso de las ganancias obtenidas tiene el mismo efecto disuasorio que en los delitos dolosos: disminuir los beneficios esperados de la actividad e incentivar al cumplimiento de las

---

<sup>702</sup> Conf. HERZOG, F; Nomos Kommentar, p. 2077; con referencias jurisprudenciales y doctrinales.

<sup>703</sup> AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, pp. 99, 154.

normas. De otro modo, dada tal situación –comisión imprudente del delito de blanqueo de capitales del art. 301.3 CP- el infractor adquirirá derechos de propiedad sobre los honorarios adquiridos, lo que, como se ha visto, resulta un incentivo positivo para la comisión del hecho.

## **H. El decomiso de los beneficios económicos derivados de la comisión de infracciones administrativas**

Con más precedentes legales cuenta la idea de utilizar el decomiso administrativo para disuadir de la comisión de hechos ilícitos: en efecto, el decomiso no es una herramienta jurídica exclusiva del Derecho penal, ya que se encuentra también prevista en el ordenamiento administrativo español<sup>704</sup>.

A esto debe agregarse que las sanciones administrativas contienen, en general, reglas que operan con un sistema de multa proporcional que se

---

<sup>704</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, p. 2. En la primera parte del presente trabajo ya se ha hecho referencia, a modo de ejemplo, a la Ley 3/1996, de 10 de enero, de medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, que regula el decomiso de las ganancias en su art. 21. Sin embargo, no se trata de un caso aislado, ya que se pueden citar, sin pretensión de exhaustividad, diversas normas en las que el decomiso juega su papel preventivo: a) *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODLEE), art. 54.1.b): decomiso de bienes, efectos e instrumentos como medio de intervención frente a los casos de inmigración clandestina; b) *Ley 43/2003, de 21 de noviembre*, de Montes (LMo), art. 79: decomiso de productos forestales ilegalmente obtenidos así como de los instrumentos y medios utilizados en la comisión de la infracción. c) *Régimen sancionatorio de Infracciones Urbanísticas contenido en el Decreto 1346/1976, de 9 de abril*, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (TRLR/1976), arts. 59 a 63 y en el Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el reglamento de disciplina urbanística para desarrollo y aplicación de la ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (RDU), arts. 66 a 91: se afirma que en ningún caso la infracción urbanística puede suponer un beneficio económico para el infractor. Cuando la suma de la sanción impuesta y del coste de las actuaciones de reposición de los bienes y situaciones a su estado primitivo arroja una cifra inferior a dicho beneficio, se ha de incrementar la cuantía de la multa hasta alcanzar al montante del mismo. En los casos en que la restauración del orden urbanístico infringido no exigiere actuación material alguna, ni existan terceros perjudicados, la sanción que se imponga al infractor no podrá ser inferior al beneficio obtenido con la actividad ilegal; d) *Ley 25/1990, de 20 de diciembre*, del Medicamento (LMe), que recoge el decomiso de ganancias en su Título IX –Régimen Sancionador-: sin perjuicio de la multa correspondiente en cada caso, las infracciones en materia de medicamentos serán sancionadas con el comiso, a favor del tesoro público, del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la perpetración de la infracción. Todo conf. AA.VV.; *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, De Fuentes Bardají (Dir.); Thomson-Aranzadi/ Ministerio de Justicia, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 746, 747, 1059, 1486, 1623.

dirige también a adecuar el monto de la multa a los beneficios económicos obtenidos, lo que puede entenderse como un equivalente funcional del decomiso de los beneficios del delito<sup>705</sup>.

Por ello, y contando con estos antecedentes, debo compartir la afirmación de AGUADO CORREA al decir que: “(...) llama la atención el hecho de que en la Ley 19/1993, por la que se establecen determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, no se contemple como sanción el decomiso de los bienes blanqueados (...)”<sup>706</sup>. Pero, por otra parte, permite atenuar la crítica el hecho de que el artículo 10.1.a) de la Ley 19/1993, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, contenga una regla por la cual las multas administrativas deben graduarse considerando las ganancias obtenidas como consecuencia de las omisiones o actos constitutivos de la infracción debido a que la multa proporcional puede considerarse un equivalente funcional del decomiso.

## I. El decomiso civil

Uno de los debates más relevantes, por las consecuencias prácticas que se derivan de él, es el relativo a si el decomiso de los beneficios económicos del delito debe regularse como una consecuencia jurídico-penal (y, por ende, *in personam*) o si, por el contrario, es admisible regularlo como una acción real (*in rem*) que opere exclusivamente en relación con el origen de los bienes, con independencia de la acción penal. El decomiso civil y los procedimientos civiles de recuperación de activos han tenido un desarrollo importante en los últimos años particularmente en el ámbito del BdeC de los bienes de la corrupción de los funcionarios públicos<sup>707</sup>. Si bien la legislación española no lo contempla, el decomiso civil ya ha sido regulado en Estados Unidos, Reino Unido, Colombia, Irlanda, Italia,

---

<sup>705</sup> Así, por ejemplo, la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (LSAE), contempla una serie de reglas para los casos en que exista y pueda conocerse el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos y omisiones en que consistan las infracciones allí reguladas, que permiten incrementar el monto de las multas impuestas de modo tal que se evite que el infractor adquiera la diferencia positiva resultante. AA.VV.; *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 1520, 1521.

<sup>706</sup> AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, p. 154.

<sup>707</sup> Como se ha dicho, el desarrollo de este instituto en el ámbito internacional y comparado se debe, sobre todo, a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).



Australia, Eslovenia y Sudáfrica y se afirma que cada vez más jurisdicciones lo están estableciendo<sup>708</sup>.

En sus orígenes el decomiso del producto del delito ha sido tratado como una sanción penal en todas las tradiciones jurídicas. Sin embargo, las dificultades probatorias llevaron a varios países a idear regímenes de decomiso del producto de actividades ilícitas bajo procedimientos *in rem*, que operan bajo estándares más flexibles.

En efecto, si el decomiso es regulado como una consecuencia penal debe quedar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal. En cambio, si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción *in rem*, podría ser sometido a los estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles, con el consecuente incremento en su eficacia: la distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado, el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente del tribunal de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en el juicio (podría llevarse a cabo aun cuando resulte imposible condenar al imputado, ya sea porque ha fallecido, se ha fugado o está protegido por algún régimen de inmunidades), procedería contra herederos, , etc<sup>709</sup>.

De este modo, el decomiso civil puede contemplarse como un equivalente funcional del decomiso penal pero con ciertas particularidades que podrían permitir un incremento en la eficacia de la medida y, por ende, en sus efectos disuasorio e inocuizador. Sin embargo, deben tenerse en cuenta como desventajas tanto el nivel de aplicación del mismo (*enforcement*) -ya que el decomiso civil presenta ciertas desventajas como el alto coste económico para los Estados que pretenden recuperar

---

<sup>708</sup> Conf. HOFMEYR, W.; “Navegando entre la asistencia mutua legal y los sistemas de decomiso”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 200. También JORGE, G.; “El decomiso del producto del delito”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 91 y ss.

<sup>709</sup> Todo conf. JORGE, G.; “El decomiso del producto del delito”, pp. 72, 73, 88, 89. El autor explica que la compatibilidad de tales sistemas con los derechos humanos fundamentales y las garantías básicas del proceso penal fue examinada en varias oportunidades, y desde diferentes ángulos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la lectura de sus sentencias, según Jorge, parece indicar que existen ciertas características y condiciones bajo las cuales estos procedimientos *in rem* podrían ser compatibles con las garantías fundamentales (sobre esto ver las pp. 73-87). También, sobre la utilidad del decomiso civil para superar las dificultades del decomiso penal, DANIEL, T./MATON, J.; “La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 133-135.

los activos, que puede resultar prohibitivo- y las dificultades que pueden afrontarse en virtud de la carga probatoria<sup>710</sup>. Sin embargo, nada obsta a que pueda ser no sustitutivo sino complementario del decomiso penal.

#### 4. Conclusiones

El sistema de prevención y castigo del BdeC persigue la finalidad de incrementar la probabilidad de imposición de las consecuencias jurídicas establecidas para los delitos que dan origen al capital delictivo: incremento de la probabilidad de imposición tanto de la pena establecida legalmente para el delito previo (lo que incrementa los costes esperados de aquella actividad) como del decomiso de los bienes (lo que reduce los beneficios esperados del delitos o inoaliza ciertos efectos lesivos de la inversión de los bienes en la economía legal).

El decomiso de los beneficios económicos esperados de la actividad delictiva previa tiene una función disuasoria en razón de que disminuye los beneficios económicos esperados de la actividad delictiva. Sin embargo, el decomiso de ganancias no puede operar por sí sólo ya que la probabilidad del mismo será siempre menor a 1, de modo tal que, si no se imponen costes adicionales, la actividad delictiva se transforma en una “atractiva lotería”. Por ello, al mismo tiempo que el decomiso de las ganancias se impone una sanción jurídica negativa.

El decomiso de las ganancias se dirige a quien ha cometido cualquier delito y alcanza, por ende, tanto a los intervinientes en el delito que da origen al capital sucio como a quienes blanquean dicho capital: en relación con los primeros recaerá sobre los beneficios de aquel delito originario mientras que respecto de los últimos sobre los honorarios percibidos por su actividad.

El decomiso de las ganancias recae tanto sobre los bienes derivados directamente del delito como sobre sus bienes sustitutivos y aun sobre bienes distintos a éstos en propiedad del infractor, cuando aquéllos no hayan sido identificados, todo ello con la finalidad de evitar que los infractores se apropien de los mismos. Así mismo, no sólo debe recaer sobre las ganancias directas sino también sobre los beneficios indirectos, es decir sobre los obtenidos por la inversión de aquellas.

---

<sup>710</sup> DANIEL, T./MATON, J.; “La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles”, p. 139.

He argumentado que existen buenas razones de carácter disuasorio, y que se han visto reflejadas en la legislación alemana, para sostener el principio de beneficios brutos al momento de identificar el objeto sobre el que debe recaer el decomiso. Así mismo, y también en vista de la legislación alemana vigente, se ha discutido la aplicación del principio de proporcionalidad al decomiso de ganancias concluyendo que el carácter marginal del tipo de casos denotados no debería afectar el efecto disuasorio del decomiso de ganancias.

Así mismo, he concluido que al analizar la regulación del BdeC puede observarse que la legislación sobre el decomiso de ganancias resulta incompleta: por un lado, el decomiso penal sólo abarca a los delitos dolosos, de modo tal que no pueden decomisarse los beneficios económicos derivados del delito de BdeC imprudente; por otro lado, en el ámbito de la regulación administrativa, que regula los deberes de colaboración de sujetos privados en la prevención del BdeC, tampoco se aprovechan los beneficios preventivos del decomiso de las ganancias derivadas de la comisión de ilícitos administrativos. Así mismo, he argumentado que el decomiso civil, regulado como un procedimiento *in rem*, puede operar como un equivalente funcional del decomiso penal, pero con una eventual mayor eficacia disuasoria.

Así mismo, el hecho de que el decomiso de las ganancias, al igual que ocurre con la multa, suponga ingresos al erario público es un argumento de eficiencia para profundizar la utilización de este instrumento de regulación.

En el próximo apartado pondré en relación el instituto del decomiso y de la pena con las posiciones institucionales de *gatekeeper* y *whistleblower*, con base en que los sujetos que cumplen estas funciones impiden, por un lado, que el capital sucio ingrese en ciertos mercados que éstos tiene la función de custodiar con la finalidad de evitar que una cadena de sucesivos eslabones de inversión torne imposible la identificación de la relación de los mismos con el delito previo y su consiguiente decomiso y utilización como prueba (*gatekeeper*) y, por otro lado, proveen de información al Estado para facilitar el seguimiento de dicha cadena de relaciones aumentando la probabilidad de decomiso y utilización de los mismos como prueba (*whistleblower*). Así, las posiciones institucionales de *gatekeeper/whistleblower* se vinculan con el instituto del decomiso y de la pena o bien evitando que disminuya su probabilidad o bien aumentando la probabilidad de su imposición y, por ende, coadyuvando por medio de un *enforcement* privado a que se cumplan las finalidades disuasorias e inocuidadoras de estos efectos jurídicos del delito.

## IV. Intervención directa e indirecta: la responsabilización del sector privado

### 1. Introducción

El sistema de prevención del BdeC tiene como eje la identificación del origen ilícito de los bienes que se sustenta en dos soportes básicos: a) la creación de órganos de la Administración Pública –la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales y su Servicio Ejecutivo (SEPBLAC)- encargados, en particular éste último como órgano operativo, del control y del examen de las informaciones procedentes de los sujetos obligados sobre supuestas operaciones de blanqueo de capitales, como paso previo a su transmisión a las autoridades policiales y/o judiciales (*intervención directa*); b) el establecimiento de un cuadro de obligaciones a profesionales y empresas del sector privado (*intervención indirecta*), cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad tanto en el orden administrativo (sanciones jurídicas administrativas por incumplimiento de estos deberes) como en el penal (aplicación del tipo penal de BdeC imprudente del art. 301. 3 del CP o por dolo eventual en el caso de 301.2 y del 301.1)<sup>711</sup>.

Si bien el estudio de la *intervención directa* no carece de interés<sup>712</sup> debe reconocerse que no es una de las particularidades más características ni más controvertidas del sistema de prevención y castigo del BdeC. Por el contrario, es en la *intervención indirecta* donde se concentran tanto las peculiaridades más destacables como los debates más arduos<sup>713</sup>. Por ello,

---

<sup>711</sup> En este sentido, ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, pp. 397, 398.

<sup>712</sup> Así, en relación con la cooperación policial, judicial y administrativa (Unidades de Información Financiera) para incrementar la probabilidad de identificación de los bienes de origen ilícito, ver JORGE, G.; “Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 157 y ss.

<sup>713</sup> Creo que es incorrecta la afirmación de Andrea Castaldo de que recurrir a la colaboración del sector privado “*certifica la incompetencia del Estado para afrontar el fenómeno criminal*”. Las limitaciones a la actividad estatal son intrínsecas a la persecución del delito que puede ser más o menos eficaz. Pero, sin embargo, es el propio Estado el que diseña una política criminal que incluye al sector privado y, por ende, es parte de su legítima estrategia para reducir el delito. Ver CASTALDO, A.; “Una introducción al problema”, p. 278.

en lo que sigue me dedicaré a esta última sin soslayar las referencias a la intervención estatal directa cuando corresponda<sup>714</sup>.

La regulación de la *intervención indirecta* se encuentra establecida en la *Ley 19/1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* –en adelante, *Ley 19/1993* - (y su Reglamento de desarrollo en Real Decreto 925/1995) y su modificatoria *19/2003 de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* –en adelante *Ley 19/2003*- (y el Reglamento modificatorio del anterior en Real Decreto 54/2005)<sup>715</sup>.

La *intervención indirecta* se caracteriza porque incentiva la participación de sujetos privados en la prevención del BdeC con la finalidad de disminuir los daños sociales derivados del mismo. Tal como ya se ha expresado *supra*, esta atribución de deberes de colaboración a sujetos privados se denomina “*responsabilización*” en la literatura criminológica actual.

La integración del sector privado en la prevención del BdeC es ya un elemento clave de la política criminal en este ámbito y que, sin embargo, ha sido puesto en cuestión en diversas ocasiones. Los importantes costes derivados de la imposición de un cambio forzado en ciertas instituciones, de un papel libre y consultivo basado en la confianza del cliente a otro basado en la observación y el control (que incluye tanto los costes originados directamente en el control como los costes reputacionales)<sup>716</sup>, han sido la base de dichos cuestionamientos.

Sin embargo, desde la perspectiva del AED la creación de tales costes sociales no resulta decisivo al momento de aceptar o rechazar la

---

<sup>714</sup> Más allá de esta selección expositiva corresponde insistir que al momento de evaluar los costes sociales de la política criminal deben incluirse tanto los costes públicos como los privados.

<sup>715</sup> El *Capítulo I (arts. 1 a 4)* contiene las disposiciones generales: ámbito de aplicación, sujetos obligados, obligaciones de los mismos y una causa de exención de responsabilidad consistente en la comunicación de buena fe de las informaciones requeridas por el SEPBLAC, que se crea “*ex novo*”. El *Capítulo II (arts. 5 a 12)* contiene el régimen sancionador: clases de infracciones, concurso con otros procedimientos sancionadores; responsabilidad de administradores y directivos; tipificación, gradación y prescripción de las sanciones; y el procedimiento sancionador. El *Capítulo III (arts. 13 a 16)* está dedicado a la “*Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*”, creada por esta Ley, contemplándose sus funciones, composición, órganos y régimen de colaboración de otras instituciones con ella. Conf. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, pp. 47, 48.

<sup>716</sup> Conf. ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, pp. 75-77.

responsabilización del sector privado: tales costes sociales deben ser ponderados, conforme la disciplina del ACB, con los beneficios sociales esperados de tal atribución de responsabilidad. Los costes de prevención pueden incrementarse hasta igualar los costes de la lesividad social del BdeC.

Así mismo, GUIDO CALABRESI, el destacado jurista y profesor de Yale, considerado uno de los fundadores del AED, desarrolló un concepto que resulta fundamental para analizar los costes y beneficios sociales de esta responsabilización: *el evitador más eficiente (o más barato)*<sup>717</sup>. CALABRESI afirma que *se deben atribuir los costes sociales de los accidentes a aquellos actos o actividades que más vale la pena incentivar ya que podrían evitarlos de forma más barata*. Se trata de *identificar a aquellos agentes que tienen mayores ventajas comparativas para producir seguridad o reducción del daño*<sup>718</sup>. La definición acerca de a quién corresponde atribuir los costes de evitación es, entonces, una cuestión empírica guiada por el ACB<sup>719</sup>.

Sin embargo, la afirmación anterior no resuelve la cuestión de si la sociedad debe, luego, compensar la asunción de dichos costes de evitación, por ejemplo, por la vía tributaria<sup>720</sup>. Esta no es una cuestión de ACB sino de un valor en competencia con la eficiencia: la equidad, de la que el presente trabajo no trata.

Así mismo, asumo que dicha *responsabilización* no afecta ningún derecho fundamental ni garantía constitucional: *se trata de una estrategia regulatoria legítima sujeta al Análisis Coste-Eficacia en relación con estrategias de intervención alternativa*.

Antes de comenzar el análisis corresponde aclarar que el mismo pretende evidenciar las funciones que esta regulación provee para la política

---

<sup>717</sup> CALABRESI, G.; *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven/London, 1970, pp. 135-140, 245, 246, 313. La definición de los sujetos obligados como evitadores se encuentra ya implícitamente aceptada en la doctrina española en relación con el blanqueo cuando se afirma que la función de aquellos es *“dificultar o impedir dicha actividad delictiva”*. Así, MILANS DEL BOSCH, S.; “Comisión imprudente del delito de blanqueo de capitales”, p. 27.

<sup>718</sup> CALABRESI, G.; *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, p. 135 y nota al pie nº 1.

<sup>719</sup> CALABRESI, G.; *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, p. 313.

<sup>720</sup> Así, se ha afirmado que *“la prestación impuesta se hace económicamente onerosa, y ni siquiera se compensa con algún incentivo fiscal u otro tipo de exención de impuestos sobre los instrumentos necesarios para realizar la actividad a la que se está obligado”*; CASTALDO, A.; “Una introducción al problema”, p. 278.

criminal orientada a la reducción de la actividad de blanqueo y, por ende, no consistirá en una exégesis detallada de las normas administrativas<sup>721</sup>.

## 2. Los sujetos obligados: deberes esenciales y secundarios

La Ley 19/1993 provee en su artículo 1.2 una definición jurídico-administrativa de BdeC, con fuerte influencia de la Directiva Europea, afirmando que se trata de *“la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior (delito castigado con pena de prisión superior a tres años) o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aún cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado”*.

A su vez, las Directivas requieren a los Estados miembros la imposición de una serie de obligaciones a las instituciones financieras y otros sujetos obligados dirigidas a prevenir su utilización para el BdeC, que ha sido traspuesta en la legislación española por la Ley 19/1993<sup>722</sup>, y que pueden enumerarse como sigue:

- Deberes de diligencia con respecto al cliente<sup>723</sup>;

---

<sup>721</sup> Para ello, ver el completo y actualizado trabajo de ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, particularmente pp. 121-325.

<sup>722</sup> La Directiva Europea indica en su art. 2 como sujetos obligados alcanzados en su ámbito de aplicación a: 1) las entidades de crédito; 2) las entidades financieras; 3) las siguientes personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión: a) los auditores, contables externos y asesores fiscales; b) los notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas; c) los proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos que no estén ya contemplados en las letras a) o b); d) los agentes de la propiedad inmobiliaria; e) otras personas físicas o jurídicas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen al contado y por importe igual o superior a 15000 EUR, ya se realicen en una o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación; f) los casinos. La *Ley 19/1993* enuncia y transpone en su art. 2 los sujetos obligados conforme la legislación española.

<sup>723</sup> Directiva Europea 2005, Capítulo II, particularmente arts. 6 a 13. Ley 19/1993 art. 3.1.

- Obligación de informar al Estado operaciones sospechosas de BdeC<sup>724</sup>;
- Obligación de no ejecutar operaciones sospechosas<sup>725</sup>;
- Deber de Confidencialidad: prohibición de revelar al cliente o a terceros que se ha informado al Estado o que se está investigando una operación<sup>726</sup>;
- Deber de conservar documentos requeridos en cumplimiento del deber de diligencia respecto al cliente y los referentes a las relaciones de negocios y transacciones realizadas, durante un período de cinco años<sup>727</sup>;
- *Compliance Programs*: establecer políticas y procedimientos internos para asegurar el cumplimiento de los deberes mencionados *supra*, lo que incluye así mismo la capacitación de los empleados en relación con la prevención del BdeC<sup>728</sup>.

Desde una perspectiva político-criminal estos deberes pueden clasificarse en *deberes esenciales y deberes secundarios*<sup>729</sup>. Pueden identificarse dos tipos de *aportaciones esenciales* de los sujetos obligados a colaborar en la prevención del BdeC: por un lado, se impone a éstos el *deber de no ejecutar ninguna operación con bienes de origen delictivo* y, por otro, el *deber de informar las operaciones que se consideran “sospechosas” de BdeC* a la agencia estatal encargada de la prevención del BdeC. *Deberes secundarios* son aquellos que se deben cumplir de modo previo a los esenciales, ya que sin su cumplimiento no es posible satisfacer estos últimos; estos deberes secundarios tienen naturaleza positiva (básicamente *deberes de examen y de investigación*) y se regulan con la finalidad de que sea posible para el regulado cumplir con los deberes esenciales.

---

<sup>724</sup> Directiva Europea 2005, Capítulo III, particularmente arts. 20 a 27. Ley 19/1993 art. 3.4. a).

<sup>725</sup> Directiva Europea 2005, Capítulo III, particularmente art. 24. Ley 19/1993 art. 3.5.

<sup>726</sup> Directiva Europea 2005, Capítulo III, art. 28.1. Ley 19/1993 art. 3.6.

<sup>727</sup> Directiva Europea 2005, Capítulo IV, art. 30. Ley 19/1993, art. 3.3.

<sup>728</sup> Directiva Europea 2005, Capítulo V, arts. 34 y 35. Ley 19/1993, arts. 3.7 y 3.8.

<sup>729</sup> Tomo la clasificación de SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos", en *Judicatura y notariado ante los delitos económicos*, Palacios Criado/Fuentes Martínez (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 185. También entiende que existen deberes más formales y otros más sustanciales para el cumplimiento del deber de colaboración de los sujetos obligados, RODRÍGUEZ ROMÁN, E.; "Normas preventivas. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre: sujetos obligados y actuaciones del Servicio Ejecutivo", en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 58.



El *deber de no ejecutar operaciones sospechosas*, cuyo incumplimiento trae aparejada la imposición de una sanción administrativa o, aún más severa, una sanción penal por BdeC, persigue desincentivar la participación de terceros en el ocultamiento del origen delictivo del capital. Esta función de control constituye al sujeto privado, siguiendo la nomenclatura anglosajona, en *gatekeeper*, concepto que ha sido traducido como “*portero*”, “*guardabarreras*” o “*cancerbero*”<sup>730</sup>, cuya función consiste en evitar el ingreso del capital de origen delictivo en la economía legal.

Por otro lado, el *deber de informar operaciones sospechosas* persigue el objetivo de proveer al Estado de un insumo (*input*) fundamental para la prevención del delito: información.<sup>731</sup> La doctrina anglosajona ha acuñado un nombre para ciertos informantes que puede aplicarse también a la posición institucional que ocupan estos sujetos privados en la prevención del BdeC: *whistleblower*<sup>732</sup>.

La infracción de los deberes esenciales de no ejecutar la operación (*gatekeeper*) y de informarla a las autoridades (*whistleblower*) da lugar a la imposición de sanciones penales por BdeC del art. 301 del CP respecto del primero y, eventualmente, del deber general de impedir determinados delitos (art. 450 CP), así como del deber de denuncia (arts. 259 y ss.

---

<sup>730</sup> Silva Sánchez propone la traducción como “cancerbero”. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, p. 181. Puede decirse, entonces, apelando junto con Silva Sánchez a la mitología griega, que si no se amenazaran sanciones a los bancos y otros sujetos obligados para incentivarlos a actuar como cancerberos, éstos cumplirían el papel de Caronte, ayudando a los poseedores de dinero ilícito a cruzar desde la margen ilegal del río a la margen legal a cambio del pago de un óbolo (honorarios).

<sup>731</sup> Esta estrategia se alinea con la estrategia dominante en derecho penal económico, en virtud de la cual por medio de leyes especiales se impone a los sujetos obligados un deber de colaboración con el órgano de inspección, que se concreta en la comunicación al órgano estatal de la realización de una operación que indica la posible existencia de conductas sancionables, prevaleciendo el deber incluso sobre deberes que resguardan el secreto profesional. Conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; “Hacia el Derecho Penal del ‘Estado de Prevención’. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal”, p. 322, nota al pie n° 58.

<sup>732</sup> Utiliza los conceptos *gatekeeper* y *whistleblower* para describir las funciones que cumplen los sujetos obligados a colaborar en la prevención del BdeC, con especial atención al caso de los abogados y a los particulares problemas que presenta esta actividad profesional en la regulación de las Directivas Europeas; SHAUGHNESSY, P.; “The New EU Money-Laundering Directive: Lawyers as Gatekeepers and Whistleblowers”, en *Law & Policy In International Business* N° 34 (2002-2003), p. 25 y ss. Acerca de la necesidad de distinguir entre las funciones de *gatekeeping* y *whistleblowing*, con referencias al ámbito de ejercicio de la profesión de abogado, LANGEVOORT, D.C.; “Where were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers’ Responsibility for Clients Fraud”, en *Vanderbilt Law Review* N° 46 (1993), p. 79, nota al pie n° 11.

LECrim) respecto del segundo<sup>733</sup>. Sin embargo, como se verá infra, la infracción del deber de infomar también puede considerarse como una forma de comisión por omisión del delito de BdeC del art. 301 CP, al considerársela una forma de ocultación omisiva.

El incumplimiento de los deberes secundarios tendrá como consecuencia jurídica la imposición de la correspondiente sanción administrativa. Pero, así mismo, la infracción de tales deberes secundarios de examen e investigación puede dar lugar, también, a responsabilidad penal debido a que la infracción de los mismos vuelve imposible el cumplimiento de los deberes esenciales. En efecto, el sujeto obligado no puede excusarse en la falta de cumplimiento de los deberes secundarios para evitar la sanción por la infracción de los deberes esenciales<sup>734</sup>.

---

<sup>733</sup> Conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos", p. 185.

<sup>734</sup> La dogmática jurídico-penal no es en absoluto extraña a este tipo de argumentación: el concepto de *incumbencias (Obliegenheiten)*, teorizado por los penalistas alemanes Joachim Hruschka y Urs Kindhäuser, entre otros, puede muy probablemente aplicarse a este tipo de deberes. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos", p. 185, nota al pie n° 38. Se trata de que el individuo, en razón de que ha incumplido una condición (la incumbencia) para el cumplimiento de prohibiciones y prescripciones, no ha realizado la capacidad para motivarse por el Derecho que se halla implícita en el concepto de persona responsable. En efecto, se trata de condiciones de posibilidad cuya infracción es en sí misma impune pero que cuando se halla vinculada con un hecho antijurídico fundamenta la imputación de culpabilidad. Se hallan explícitamente formuladas sobre todo allí donde se cuestiona si se puede imputar un hecho ilícito a la culpabilidad de alguien, cuando es él mismo quien ha causado el estado de cosas en virtud de la cual no pueda realizarse la imputación, ya sea porque el momento de actuar existe un fundamento para la exclusión de la culpabilidad (*Schuldausschlussgrund*) o un caso de disculpa (*Entschuldigungsgrund*). Así, al infringir estas incumbencias, el autor evita, a través de su propia conducta, encontrarse en una situación en la que pueda motivarse en la fidelidad al Derecho. Todo conf. GÜNTHER, K., *Schuld und Kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischem Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt a. Main, 2005, pp. 109, 110. Si bien la doctrina no suele considerar a estas incumbencias como deberes ya que de su infracción no se sigue la imposición de una sanción jurídica, sí sirven para imputar el hecho a un interviniente en el hecho punible (es decir, no se trata de reglas de conducta sino de reglas de imputación). Sin embargo, la legislación no deja de formular como deber jurídico algunas de estas incumbencias; lo que supone su juridificación como reglas de conducta. Sobre esto ver la más clara exposición en español sobre el tema en, SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Editorial BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2008, pp. 532-555 y, particularmente, pp. 538-542. En mi opinión, si bien tradicionalmente las incumbencias podían descubrirse en la regulación social de la vida cotidiana (¡no bebas en exceso!) o se derivaban de principios jurídicos, hoy en día puede observarse un proceso de regulación de las mismas tanto por la vía del derecho administrativo (como en el caso de la prevención del BdeC) como por el expediente de la autorregulación del sector privado. Se trata de un proceso de formalización de estas incumbencias que redundará tanto en una formalización centralizada

La consideración del deber de no ejecutar operaciones sospechosas y del deber de informar las mismas al Estado como deberes esenciales se debe a que cumplen funciones político-criminales que son fundamentales para la prevención del BdeC: mantener en los niveles deseados el decomiso de los bienes y la utilización de los mismos como prueba del delito previo. En efecto, por un lado, informar al Estado aumenta la probabilidad de identificación de los bienes y, por otro, el deber de no ejecutar la operación pretende evitar que los sujetos obligados sean utilizados para la ocultación del origen ilícito de los bienes.

Los deberes secundarios pueden recaer en un individuo: así ocurre cuando el sujeto obligado es un notario o abogado. Sin embargo, en el ámbito de la prevención del BdeC los sujetos obligados en muchos casos no son personas físicas sino personas jurídicas, y más concretamente, empresas: bancos, sociedades de valores, empresas de seguros y otras. En estos casos el cumplimiento de los deberes de examen e investigación requieren la implementación de complejos sistemas de control interno para asegurar el cumplimiento de las normas por parte de la organización (*Compliance Programs*).

---

por vía del Derecho administrativo y descentralizada a la vez, debido a que se deja parcialmente un espacio de libertad para la autorregulación de empresas y profesionales. Así mismo, y tal como podrá observarse en el estudio de la prevención del BdeC, estas dos estrategias (heterorregulación jurídica y autorregulación) pueden combinarse, de modo tal que existe un marco legal de Derecho administrativo a la vez que la autorregulación cumple un papel clave en completar el contenido de los deberes, todo ello como un proceso de normativización producto del criterio rector de la “gestión del riesgo”. Acerca de la distinción entre regulación centralizada y descentralizada, JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 58, 59. Así, otro ejemplo evidente de regulación centralizada es el tráfico rodado en donde el trato con personas anónimas sumado a la utilización de objetos peligrosos (los automóviles) parecen recomendar una regulación centralizada; así, Jakobs entiende que para la orientación no es suficiente que en las normas penales se fijen por escrito solamente los resultados no deseados de una acción -¡No causes muerte!- y que, por lo demás, durante la puesta en práctica se confíe en el “sano entendimiento humano” de las personas, es decir no basta con que los postulados normativos se administren de manera descentralizada. En tales casos, sigue el autor, el legislador acostumbra a concretar centralmente los postulados normativos y lo hace de tal modo que él mismo describe – sin mencionar en modo alguno el resultado no deseado de la acción- la configuración de comportamientos contrarios a la norma: así, por ejemplo, la Ley prohíbe la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas (caso claro de una *incumbencia*). Pero también el profesor alemán indica que hay preceptos que son sólo parcialmente centralizadores, casos en los cuales se deja en manos del individuo la averiguación de la idoneidad o de la puesta en peligro concreta: por ejemplo, puede declarar un tipo de comportamiento como no permitido bajo algunas cautelas, como que el comportamiento deba mostrar idoneidad para dañar o poner en peligro determinados bienes (un tipo conocido en el Derecho penal medioambiental). Todo conf. JAKOBS, G., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 29-30.

El cumplimiento de los deberes esenciales de no ejecutar la operación y de informarla al Estado suponen, como presupuesto necesario, la identificación de una operación como “sospechosa”. Es decir, recién cuando el sujeto obligado identifica, por medio del cumplimiento de los deberes secundarios de examen e investigación, que se encuentra frente a una operación a la que se valora (se trata de un juicio de valor) como “sospechosa” es que debe cumplir con los dos deberes esenciales derivados de su posición de *gatekeeper* y *whistleblower*.

En lo que sigue se analizarán estas dos posiciones asignadas a los sujetos obligados de las que se derivan ambos deberes esenciales. El cumplimiento de los deberes secundarios se llevará a cabo en el capítulo II de esta Parte Tercera en el marco del análisis de su cumplimiento en la organización empresarial.

### **3. Deber esencial I: el deber de no ejecutar la operación (sujeto obligado/*gatekeeper*)**

#### **A. Introducción: concepto y breve genealogía del mismo**

El concepto *gatekeeper* fue acuñado en los estudios de AED en EEUU a mediados de los años 80 del siglo próximo pasado<sup>735</sup> y comprende a distintos grupos de sujetos a quienes se implica en el cumplimiento de funciones de protección de bienes jurídicos mediante la denegación de su cooperación con los potenciales infractores. Ejemplos podemos encontrar en los médicos o farmacéuticos que deben no prescribir o expedir determinadas sustancias, los propietarios de bares que deben no vender alcohol a menores o sujetos embriagados, o así también los auditores y otros<sup>736</sup>.

Se los puede definir como *profesionales que tienen una posición que les permite prevenir infracciones legales al negar su cooperación para la realización de una operación*<sup>737</sup>. En este sentido, el *gatekeeper* es una suerte de policía privado que se incorpora en el proceso económico para prevenir la comisión de

---

<sup>735</sup> Los artículos fundacionales del marco teórico para el análisis de los Gatekeepers son GILSON, R.J./KRAAKMAN, R., “The Mechanisms of Market Efficiency”, en *70 Va. L. Rev.*, pp. 549-621 y KRAAKMAN, R., “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”, en *2 J.L. Econ. & Org. (1986)*.

<sup>736</sup> Todo conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, p. 181, nota al pie n° 26.

<sup>737</sup> Utilizan el concepto *gatekeeper* en este sentido, HAMDANI, A.; “Gatekeeper Liability”, en *77 Cal. L. Rev. (2003-2004)*, p. 58 y KRAAKMAN, R., “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”, p. 54.

ilícitos<sup>738</sup>. La prestación que proveen los *gatekeepers* es un bien o servicio especializado que es esencial para la comisión del hecho ilícito: estos servicios son la “puerta” (“*gate*”) que pretende utilizarse para cometer una infracción y que el *gatekeeper* debe cuidar<sup>739</sup>.

El deber fundamental del *gatekeeper* es un deber negativo (de abstención u omisión): “no abrir la puerta”, que de entrada se halla cerrada, si con ello se generaría un riesgo relevante para bienes jurídicos<sup>740</sup>. *Éste es el tipo de deber esencial de gatekeeper que deben cumplir todos los sujetos obligados a colaborar en la prevención del BdeC*. En efecto, la Directiva Europea (art. 24) y la Ley 19/1993 (art. 3.5) imponen el deber de no ejecutar ninguna operación que se considere sospechosa de BdeC. Las sanciones en caso de incumplimiento de este deber pueden ser tanto administrativas (Ley 19/1993) como penales (aplicación del tipo penal de BdeC del art. 301 del CP).

Tal como se ha dicho, para obrar conforme a este deber esencial, el *gatekeeper* ha de cumplir de modo previo otros deberes secundarios de naturaleza positiva. Sin embargo, no se incurrirá en responsabilidad penal por BdeC si, aun incumpliendo los deberes secundarios, deniega su cooperación autorizadora de la operación<sup>741</sup>. Así, por ejemplo, si un notario incumple los deberes secundarios de examen e investigación (que posibilitan el cumplimiento de su deber de *gatekeeper*) pero, a pesar de ello, “no abre la puerta” a una operación que pretende realizar un cliente respecto del que antes de ejecutar la operación sabe por vínculos familiares que pretende blanquear capitales, no será considerado responsable del delito del art. 301 del CP. Ello no obsta, por supuesto, a que se le impongan sanciones administrativas por el incumplimiento de los deberes secundarios.

Sin embargo, el concepto de *gatekeeper* no es simple, ya que además de la definición analizada, algunos utilizan este concepto en un sentido distinto<sup>742</sup>. En efecto, también suele hacerse referencia con este concepto a un *segundo tipo de gatekeeper*: profesionales que actúan como *intermediarios*

---

<sup>738</sup> COFFEE JR., J.C., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 2.

<sup>739</sup> Conf. KRAAKMAN, R., “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”, p. 54.

<sup>740</sup> Conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, p. 185.

<sup>741</sup> Conf. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, p. 185.

<sup>742</sup> Conf. GANUZA, J.J./GÓMEZ, F.; “Should We Trust Gatekeepers? Auditors’ and Lawyers’ Liability for Clients’ Misconduct”, en *In Dret 4/2005*, p. 3 nota al pie nº 6.

con reputación que proveen servicios de acreditación o verificación necesarios para que los agentes operen en determinados mercados<sup>743</sup>. Estos intermediarios se caracterizan por haber intervenido de forma repetida (*repeated players*) en ciertas actividades y mercados y han servido en diferentes ocasiones a diversos clientes proveyendo los mencionados servicios de certificaciones o verificaciones a los inversores.

Sus servicios pueden consistir en verificar las declaraciones financieras de la empresa (como lo hace un auditor independiente), evaluar la capacidad de pago de una compañía (como lo hace una agencia que evalúa el riesgo crediticio) o en apreciar la licitud de una transacción específica<sup>744</sup>. En estos casos, el *gatekeeper* no tiene poder para bloquear una operación o transacción, pero su evaluación positiva puede proveer credibilidad a la compañía evaluada.

¿Que utilidad tiene esta segunda versión de los *gatekeepers* para la prevención del BdeC? Pues bien, las *auditorias* a las que deben someterse diversos sujetos obligados como los bancos y otras entidades financieras, así como el *experto externo* que conforme el art. 11.7 del Real Decreto 54/2005 de 20 de enero (que Reglamenta la Ley 19/2003, de 4 de julio) debe llevar a cabo un examen anual<sup>745</sup>, pueden encuadrarse dentro de esta segunda categoría. En efecto, si bien estos intermediarios no están en condiciones de evitar la ejecución de una operación (se trata de una evaluación ex post) los resultados del análisis de la eficacia del sistema de control interno y prevención del BdeC pueden ser relevantes tanto como fuente de información del riesgo jurídico de la empresa para los inversores, como para la Administración al determinar la imposición de sanciones administrativas por infracción de los deberes secundarios así como para los jueces al momento de imponer sanciones penales por el delito de BdeC.

---

<sup>743</sup> Utiliza el concepto Gatekeeper en este segundo sentido, COFFEE JR., J.C., "Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms", en *84 B.U. L. Rev.* (2004), pp. 302, 308. También en COFFEE JR., J.C., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, pp. 2, 3. De hecho, se ha afirmado que el caso Enron tuvo lugar como consecuencia del fracaso de este tipo de *gatekeepers*: la empresa de auditoría Arthur Andersen no dio a luz las irregularidades cometidas por aquélla. Conf. COFFEE JR., J.C.; "Understanding Enron: It's about Gatekeepers, Stupid", en *57 Bus. Law.* (2001-2002), pp. 1404, 1405, 1408.

<sup>744</sup> Conf. COFFEE JR., J.C.; "Understanding Enron: It's about Gatekeepers, Stupid", p. 1405.

<sup>745</sup> Este examen del experto externo ha sido reglamentado ya por Orden EHA/2444/2007, de 31 de julio.

El análisis que se lleva a cabo en este trabajo se relaciona con el deber esencial que deben cumplir los sujetos obligados y, por lo tanto, con la primera función de los *gatekeepers*: “no abrir la puerta”. La otra función aparecerá incidentalmente en relación con los controles externos a los que se deben someter los sujetos obligados.

## B. Análisis positivo y normativo de la función de Gatekeeper

Antes de llevar a cabo el análisis normativo que supone el análisis de eficiencia de la regulación del *gatekeeping*, resulta necesario realizar el análisis positivo que consiste en identificar las variables relevantes para conseguir eficacia en la provisión de información. Estas variables pueden generalizarse en: a) tipo de incentivo que se provee (sanciones administrativas y penales), b) el tipo de conducta esperada del *gatekeeper* (no abrir la puerta), c) la probabilidad de que el incentivo seleccionado incentive la conducta de informar.

Por su parte, el análisis normativo de la función de *gatekeeper* debe partir de los costes y beneficios del sistema de *gatekeeping* considerando: 1) si incrementa la probabilidad de identificación de bienes de origen ilícito y, por ende, 2) favorece el incremento en el decomiso de las ganancias y/o la utilización de los bienes como prueba del delito previo y 3) si se evidencia alguna reducción de la lesividad social del BdeC. Así mismo, y para considerar si existe alguna alternativa óptima en relación con ésta, 4) se debe comparar (*Análisis Institucional Comparado*) los costes y beneficios de estrategias regulatorias alternativas, como la utilización solamente de la intervención estatal directa: así, se deben analizar los beneficios y costes marginales que presenta en comparación con los instrumentos de intervención directa<sup>746</sup>.

Una de las cuestiones que evidencia con mayor claridad la relación coste/beneficio entre eficacia disuasoria y costes de prevención es la imposición de deberes de examen e investigación que operan como presupuesto de cumplimiento del deber esencial de *gatekeeper*<sup>747</sup>. Cuando el regulador establece el deber de actuar como *gatekeeper* sólo cuando hay

---

<sup>746</sup> En efecto, la responsabilización de *gatekeepers* (así como la de *whistleblowers*) suele llevarse a cabo con base en el fracaso de los medios de disuasión directa (como el decomiso o las penas impuestas sobre los autores de los delitos que dan origen al dinero sucio). Conf. HAMDANI, A.; “Gatekeeper Liability”, en 77 *Cal. L. Rev.* (2003-2004), p. 57.

<sup>747</sup> Un excelente y extenso análisis de coste-beneficio de la estrategia de atribuir posiciones de *gatekeeper* a ciertas profesiones en HAMDANI, A.; “Gatekeeper Liability”, p. 53 y ss.

conocimiento de la irregularidad, y sin imponer el deber de examen e investigación, resulta evidente que los costes de prevención se reducen sustancialmente al tiempo que, puede presumirse, tiene lugar una reducción de la eficacia disuasoria de este modelo regulatorio: el expediente de la ignorancia deliberada puede reducir los incentivos para cumplir con el deber esencial<sup>748</sup>. Por el contrario, la alternativa de imponer deberes de examen e investigación si bien supone un incremento de los costes de prevención tiene la finalidad de incrementar al mismo tiempo la eficacia del sistema en la reducción de los daños derivados del blanqueo.

El establecimiento de dichos deberes de examen e investigación puede llevarse a cabo tanto por vía de la heterorregulación jurídica como por medio de instrumentos autorregulatorios, presentándose las siguientes alternativas: 1) que cada *gatekeeper* establezca los estándares de cuidado debido, 2) que se cree una comunidad de *gatekeepers* que puedan decir a la administración y los tribunales cuáles son los estándares de cuidado debido que resultan exigibles, o bien 3) que se deduzcan las capacidades de control del *gatekeeper* de prácticas comerciales establecidas<sup>749</sup>.

En el caso de la prevención del BdeC, la diversidad de sujetos obligados tanto en lo que se refiere a su ámbito de actividad (sector financiero, sector profesional de abogados o notarios, sector de joyas y obras de arte, etc.) como a las dimensiones del negocio (bancos multinacionales frente a notarios que llevan su negocio de forma unipersonal) implican la necesidad de adaptar dichos estándares a cada tipo de organización empresarial en concreto (lo que supone una autorregulación de cada empresa en su propia esfera interna). La adecuación de dichas reglas a lo

---

<sup>748</sup> Así, sobre la ignorancia deliberada en la imputación subjetiva del delito de BdeC, BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 382, 383. La ignorancia deliberada o ceguera ante los hechos o el Derecho (como manifestación de indiferencia) ha sido tratado por la doctrina alemana así como por la doctrina y jurisprudencia españolas, aunque no existe consenso acerca de si se trata de una estructura de imputación diferente al dolo y la imprudencia o se subsume en alguna de éstas. En la doctrina alemana ver JAKOBS, G., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, pp. 32, 82 y 194 nota al pie nº 9. JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 23, 88-94. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2000, pp. 56-61. También ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 418 y ss., 863, 864. El más amplio estudio sobre la ignorancia deliberada en español es RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007; acerca de la aplicación de esta estructura de imputación a casos de BdeC en la jurisprudencia española ver particularmente pp. 35 y ss. y 50 y ss.

<sup>749</sup> Conf. KRAAKMAN, R., "Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy", pp. 79, 80.



que resulta exigible en cada caso será evaluada por la Administración, por otros *gatekeepers* (auditores, expertos externos) o por los tribunales ante un caso de BdeC.

En este ámbito se ha consolidado una estrategia corregulatoria que incluye tanto una estrategia heterorregulatoria-jurídica (estándares administrativos), normas heterorregulatorias-no jurídicas (normas del GAFI) que se combinan con normas autorregulatorias dictadas tanto por asociaciones de empresas o profesionales obligados a colaborar (normas de Asociaciones de Bancos, Consejos Profesionales, etc.) como por la propia empresa obligada (Manuales de Prevención del BdeC), bajo el criterio rector de la evaluación y gestión del riesgo, parecen tender hacia un delicado equilibrio en busca de una política criminal eficiente: lograr una reducción creciente del BdeC al menor coste social posible.

#### **4. Deber esencial II: el deber de informar (sujeto obligado/whistleblower)**

##### **A. Introducción: concepto y orígenes**

El fenómeno de los informantes de actos ilícitos se ha transformado en parte fundamental de la cultura política de los Estados Unidos<sup>750</sup>. “*Whistleblower*” es el nombre que la legislación y doctrina anglosajona han dado a quienes deciden revelar información incriminatoria. La palabra tiene su origen en los policías que antiguamente tocaban el silbato para avisar a otros agentes cuando advertían la presencia de un delincuente. Por ello, su significado literal es “el que hace sonar el silbato”, pero en este contexto puede traducirse como “informante de irregularidades”<sup>751</sup>.

---

<sup>750</sup> Conf. DEISEROTH, D.; “Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland”, en *Betrifft Justiz* N° 78 (Junio 2004), p. 296. Expresión del papel de esta institución en la cultura de los Estados Unidos es la activa ONG creada en 1988 y denominada “National Whistleblower Center” que ha provisto de protección y asistencia a muchos informantes a través de los EEUU –para más información visitar su página web <http://www.whistleblowers.org/> (visitada el 22 de noviembre de 2007).- Conf. CULP, D., “Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards a Judicial Perspective”, *Hofstra Labor Law Journal* N° 13 (1995-1996), pp. 120-121.

<sup>751</sup> Conf. CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, *South Texas Law Review* n° 45 (2003-2004), p. 548. En el mismo sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Héroes o traidores? – La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal”, p. 3. A pesar de la aparente novedad de la cuestión la literatura ya ha tratado el tema con profundidad. Así, el genial Henrik Ibsen ilustró en su obra *Un enemigo del Pueblo* el dilema de quien, motivado por su sentimiento del deber, tuvo que poner en

El criterio de justificación de esta institución consiste en que cuando la revelación de información al público, al Estado o al responsable interno de una organización incrementa el bienestar social existe interés público en que aquella se lleve a cabo<sup>752</sup> y una de estas circunstancias es la de la información incriminatoria: en efecto, el hecho de que un individuo haya cometido un delito o cualquier otro hecho ilícito debe ser, en principio, un hecho público, revelado a la sociedad, ya que, de lo contrario, el efecto preventivo del Derecho penal, del Derecho administrativo sancionador o del Derecho de daños se ve mermado<sup>753</sup>.

En el ámbito de la prevención del BdeC la función de informante se ha atribuido legalmente a los sujetos obligados<sup>754</sup>. La particularidad de los sujetos obligados como *whistleblowers* (también en adelante: *sujeto obligado/whistleblower*) es que reportan irregularidades cometidas por sus clientes o empleados que intentan utilizar la actividad profesional o empresarial de aquél para blanquear capitales. Cuando se trata de una persona jurídica a quien se ha atribuido el deber de informar operaciones sospechosas (bancos, sociedades de inversión, etc.), los directivos o empleados que reportan una operación sospechosa a su superior o al

---

juego su honor y su situación económica personal para proteger la salud y la vida de otros, enfrentándose a quienes motivados en su propio bienestar preferían ocultar lo que sucedía. En dicha obra el doctor Tomás Stockmann, que ha pasado su juventud en un pueblo del norte de Noruega, vuelve a su ciudad natal donde funda un balneario al descubrir determinadas propiedades en sus aguas. Otras personas incurren en graves deficiencias en el saneamiento de la instalación con lo que ponen en peligro la salud del pueblo y los bañistas. Stockmann decide, entonces, denunciar las irregularidades; la mayoría, presidida por el propio alcalde y motivada por los importantes beneficios económicos que se perderían por el cese de la actividad, le desacredita. Al fin, se le declara, por unanimidad, enemigo del pueblo. Para un análisis de esta obra de Ibsen y otras, GÓMEZ DE LA MATA, G.; “Prólogo”, en *Henrik Ibsen. Teatro Completo*, Aguilar, Madrid, 1979, pp. 71-118, particularmente sobre *Un enemigo del pueblo*, ver pp. 100-102.

<sup>752</sup> Conf. RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Héroes o traidores? – La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal”, en *InDret 3/2006*, p. 6.

<sup>753</sup> Conf. GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I.; *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, p. 188. En el mismo sentido, CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, *Virginia Journal of International Law* N° 44 (2003-2004), p. 882. Existen circunstancias en que la difusión de información podría no ser recomendable desde la perspectiva del ACB ya que existen casos en que si bien, por un lado, la revelación de información puede tener beneficios en términos preventivos, por otro lado puede restringir o dañar derechos fundamentales, como ocurre en el caso de los abogados, quienes no se encuentran obligados a informar al Estado de los ilícitos cometidos por sus clientes cuando éstos son defendidos en juicio. Así, la Directiva Europea en su art. 23.1.

<sup>754</sup> Así, en este sentido, en relación con los abogados que deben reportar las operaciones de sus clientes en casos de BdeC, SHAUGHNESSY, P.; “The New EU Money-Laundering Directive: Lawyers as Gatekeepers and Whistleblowers”, p. 25 y ss.

responsable interno de prevención del BdeC no son más que ejecutores del deber atribuido al sujeto obligado.

Distinto es el caso de los directivos o empleados cuando actúan como denunciantes o informantes de las irregularidades cometidas por la propia empresa (en adelante, *empleado/whistleblower*). Se trata del caso en que el empleado (o directivo) reporta irregularidades cometidas por el sujeto obligado (empleador) u otro miembro de la organización al infringir las normas de prevención del BdeC. Este caso es el que mejor encuadra con la acepción tradicional del *whistleblower*, ya que en la legislación y doctrina comparada el concepto suele utilizarse en un sentido restringido que suele denotar el caso de los, así llamados, “informantes internos”: los empleados de empresa que reportan, sin estar obligados a ello, ya sea a un miembro de superior jerarquía de la propia empresa (reporte interno) o a una autoridad extraña a la misma (reporte externo), irregularidades cometidas en el marco de la propia empresa. Esta tipología de *whistleblowers* es bien conocida en ordenamientos jurídicos del ámbito anglosajón –Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia- y se los considera un mecanismo eficaz de persecución de las conductas de corrupción dentro de sus sistemas empresariales y de la administración pública<sup>755</sup>.

Tanto los sujetos obligados/whistleblowers como sus empleados/whistleblowers tienen en común la función social de proveer de información incriminatoria a aquellos que pueden tomar medidas adecuadas para evitar la consumación de ese hecho o sancionarlo, a fin de evitar los daños sociales que se derivan de la acción en curso o disuadir a futuros infractores de cometer hechos similares. Esta función común permite, sin distorsionar el sentido de la palabra, referir a un “concepto amplio” de *whistleblower* que describa a *toda persona que (voluntaria u obligatoriamente) informe de la comisión de una infracción normativa (de normas legales y autorregulatorias) a otra que por su posición institucional tiene asignada la función de investigar el hecho o de darlo a conocer al público.*

---

<sup>755</sup> Conf. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.; “La protección de los *Whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero/Nieto Martín (Coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 448. CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, pp. 880-81. Se afirma que el auge de esta figura se sitúa en la década de 1960 y que su irrupción está muy vinculada con el movimiento de los derechos civiles, la desilusión ciudadana ante la guerra de Vietnam y el *Watergate* y la incapacidad de las empresas y la administración para contener los nuevos riesgos de la tecnología y la industria. Conf. GLAZER, M.P./GLAZER, P.M.; *The Whistleblowers. Exposing Corruption in Government & Industry*, Lightning Source Inc., Estados Unidos de América, pp.9-38; cit. en RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Héroes o traidores? – La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal”, p. 4.

En el apartado siguiente trataré el deber legal que se impone a los sujetos obligados de informar operaciones sospechosas de blanqueo, es decir la cuestión de los sujetos obligados/whistleblowers. La cuestión de los empleados/whistleblowers y su función en relación con la prevención del BdeC cuando estos empleados o directivos reportan irregularidades en el cumplimiento de los deberes de prevención del BdeC por parte del sujeto obligado (es decir, insuficiencias en la estructura de *compliance* de la empresa) se tratará en el capítulo II de esta Parte Tercera.

## **B. Los sujetos obligados como whistleblowers**

### **a. Introducción**

La Directiva Europea (2005) y la Ley 19/1993 imponen a ciertos sujetos el deber de informar operaciones que resulten sospechosas de blanqueo a la agencia estatal encargada de la prevención de este delito.

El cumplimiento del deber de informar por parte de los sujetos obligados cuando son organizaciones complejas (bancos, por ejemplo) supone la organización interna de un sistema de *whistleblowing institucionalizado*: los empleados de la entidad reportan por vía interna (reporte interno) y la información llega al responsable del sistema de reporte en la entidad que debe decidir si realiza el reporte a las autoridades (reporte externo). Esta institucionalización del whistleblowing se lleva a cabo por una instancia autorregulatoria: la entidad se organiza internamente para cumplir con su deber de informar. En razón de ello, cada empleado también tiene que reportar internamente las operaciones que se puedan considerar inusuales o sospechosas para que, de este modo, la organización pueda cumplir con su función de reporte externo.

### **b. Análisis de las características del sujeto obligado/whistleblower**

Siguiendo la legislación americana, australiana y británica que regula la función del informante he identificado una serie de criterios para delimitar las diferentes tipologías de whistleblower, a saber: quién informa, a quién se informa, de qué se informa, si existe deber o derecho de informar, cómo se informa, anonimato de la identidad del informante, la buena fe del informante, factores que inciden en la decisión de reportar, medios para incentivar el reporte, quién es el infractor. Seguiré

estos criterios para las particularidades que presenta el sujeto obligado/whistleblower en la prevención del BdeC.

a) *¿Quién informa (emisor)?*

El artículo 22.1.a) de la Directiva Europea 2005 indica que los Estados miembros exigirán que los sujetos obligados informen, por iniciativa propia y sin demora, a la agencia estatal de prevención del BdeC cuando se sospeche que se han realizado actos de blanqueo o tentativas del mismo. En efecto, todos los sujetos obligados tienen el deber de informar conforme el art. 3.4 de la Ley 19/1993<sup>756</sup>. La única excepción a este deber de informar, conforme el artículo 23.2 de la Directiva, transpuesto por el art. 3.4 de la Ley son “*los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos*”.

Cuando los sujetos obligados son personas jurídicas deben institucionalizar en su ámbito organizacional la función de informante que les compete, lo que implica la designación de un responsable de reportar las operaciones al SEPBLAC y una división funcional de tareas dentro de la entidad con la correspondiente atribución de roles internos a

---

<sup>756</sup> El Art. 3.4 de la Ley 19/1993 indica que los sujetos obligados deben: “*Colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo), y a tal fin: a. Comunicarle, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1. La comunicación la realizará, en principio, la persona o personas que los sujetos obligados hubieran designado de conformidad con los procedimientos a que se refiere el apartado 7 de este mismo artículo. Será dicha persona o personas las que comparecerán en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales en relación con datos recogidos en la comunicación o cualquier otra información complementaria que pueda referirse a aquella. Reglamentariamente se determinarán aquellos supuestos o transacciones específicas que deban ser objeto de comunicación al Servicio Ejecutivo en todo caso. También se comunicarán las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el apartado 2 no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones, en relación con las actividades señaladas en el artículo 1 de esta Ley. b. Facilitar la información que el Servicio Ejecutivo requiera en el ejercicio de sus competencias.*”

sus empleados por medio de los programas de prevención con que cuente la entidad<sup>757</sup>.

b) *¿A quién se informa (receptor)?*

La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, dependiente de la Secretaría de Estado de Economía tiene, conforme el artículo 15 de la Ley 19/1993, como unos de sus órganos al Servicio Ejecutivo de la Comisión (SEPBLAC), al que corresponde, entre otras, las funciones de recibir las comunicaciones e informaciones remitidas por los sujetos obligados, analizarlas y, en caso de que corresponda, elevar las actuaciones a órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos administrativos si se han identificado indicios de delito o infracción administrativa<sup>758</sup>.

c) *¿Qué se informa?*

El artículo 7 del Reglamento -que especifica el artículo 3.4.a) de la Ley 19/1993- establece dos modalidades de reporte: el reporte selectivo y el reporte sistemático.

El *reporte selectivo* refiere a la obligación de informar *operaciones sospechosas*, sin que importe el tipo de operación o su cuantía. Este método de reporte es el que se ha consolidado como más relevante en la actualidad, así como el más discutido y objetado en razón de los costes que implica para las entidades privadas. Esta modalidad de reporte que, como se verá, supone la realización de un “juicio de valor”<sup>759</sup> por parte de la entidad que

---

<sup>757</sup> El artículo 3.4.a) dice que los sujetos obligados deberán colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias: “La comunicación la realizará, en principio, la persona o personas que los sujetos obligados hubieran designado (...)”. Así mismo, se indica que “(...) será dicha persona o personas las que comparecerán en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales en relación con datos recogidos en la comunicación o cualquier otra información complementaria que pueda referirse a aquélla”. El Reglamento de la Ley 19/1993 (Real Decreto 925/1995), dice, así mismo, en su artículo 11.3: “Los sujetos obligados adoptarán las medidas oportunas a fin de que sus empleados y directivos comuniquen inmediatamente a los órganos de control y comunicación los hechos con relevancia en la prevención del blanqueo de capitales. Las comunicaciones habrán de contener como mínimo los datos que permitan individualizar el sujeto o sujetos afectados, hechos u operaciones, cuantías, lugar y fechas a que se circunscriben. De dichas comunicaciones deberá quedar constancia tanto para el comunicante como para el órgano de comunicación. Efectuada la comunicación al órgano de control y comunicación el directivo o empleado quedará exento de responsabilidad”.

<sup>758</sup> Acerca de la organización de la Comisión y del SEPBLAC, ALIAGA MÉNDEZ, J.A.; “Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información”, pp. 44, 45.

<sup>759</sup> RODRÍGUEZ ROMÁN, E.; “Normas preventivas. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre: sujetos obligados y actuaciones del Servicio Ejecutivo”, p. 64.

reporta, es lo que se analizará en el presente trabajo bajo el título de *whistleblowing*.

El *reporte sistemático*, por su parte, hace referencia a las comunicaciones de carácter mensual de dos tipos de operaciones: a) comunicaciones obligatorias (art. 7 ap. 2 del Reglamento): se trata de operaciones sobre las que debe informarse al Servicio Ejecutivo entre los días 1 y 15 de cada mes y b) las comunicaciones voluntarias de otras operaciones: la Asociación Española de Banca (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) acordaron remitir al Servicio Ejecutivo, desde principios de 1997, la comunicación de las operaciones de cambio de moneda por importe superior a 500.000 ptas. e inferior a 5 millones; así como las transferencias de fondos recibidas del extranjero o expedidas al exterior<sup>760</sup>. En sentido estricto, el *sistema de reporte sistemático no puede ser considerado whistleblowing*, ya que no se reportan operaciones irregulares (actos ilícitos *prima facie*).

d) *¿Deber o derecho de informar?*

Antes de que los reguladores decidieran imponer un deber jurídico de informar a los sujetos obligados hubo una larga discusión acerca de si se debía establecer un deber o solamente un derecho de informar<sup>761</sup>. Las personas que desarrollan sus actividades en el sector financiero muestran normalmente una actitud muy reservada respecto de las comunicaciones obligatorias, en razón de los costes reputacionales y de la potencial pérdida de clientes que de ello puede derivarse<sup>762</sup>.

El *derecho de informar* autorizaría a las entidades financieras y otros sujetos obligados a informar a las autoridades de las operaciones sospechosas de blanqueo sin que ello suponga una vulneración del secreto bancario o del secreto profesional. A la vez que se reconoce un derecho se desactivan las

---

<sup>760</sup> La distinción entre reporte selectivo y reporte sistemático en ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, p. 204 y ss. Acerca de la clasificación en el Reglamento de la Ley 19/1993, ver RODRÍGUEZ ROMÁN, E.; “Normas preventivas. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre: sujetos obligados y actuaciones del Servicio Ejecutivo”, p. 62.

<sup>761</sup> En efecto, la imposición de un deber de denunciar no es el único instrumento del que dispone el Estado para incentivar a los sujetos a proveerle información sobre la comisión de hechos ilícitos o delictivos ya que, en lugar de sancionar la omisión de denuncia, el Estado puede, por ejemplo, premiar su realización otorgando recompensas a los informantes. Conf. GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I.; *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, p. 92.

<sup>762</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999, pp. 25, 26.

limitaciones fácticas y jurídicas que impiden o restringen el ejercicio de este derecho, para evitar que los altos costes desincentiven el ejercicio del derecho. La legislación suiza autorizó por medio de la Ley de 18 de marzo de 1994 a comunicar las operaciones sospechosas con base en el derecho de comunicación. A pesar de las ventajas de esta forma de regulación (menores costes para las entidades financieras, menores riesgos de intromisión en la intimidad de los clientes) esta alternativa no tuvo mayor peso en la política criminal dirigida contra el BdeC en razón, fundamentalmente, de que no establecía los incentivos adecuados para reportar considerando que los costes privados de hacerlo (pérdida de reputación y clientela) eran muy altos. Por ello, también en Suiza el deber de comunicar finalmente se impuso, consolidándose entonces, en este ámbito, un modelo de *whistleblowing* obligatorio de los sujetos obligados, que se estableció con la Ley de 10 de octubre de 1997 (vigente desde el 1 de abril de 1998) que reguló el deber de informar<sup>763</sup>

El *deber de informar* presenta tres modelos distintos según se trate un sistema de reporte sistemático o de reporte selectivo o bien de una combinación de ambos (sistema mixto):

- El *deber general de informar* (reporte sistemático) exige que los sujetos obligados informen automáticamente todas las operaciones que superen una determinada cuantía, sin necesidad de que tengan carácter sospechoso. Los inconvenientes de este modelo es que el sistema es muy difícil de administrar para el sector público y puede sobrecargar a las autoridades con millones de reportes que no pueden ser procesados adecuadamente, de modo tal que resulta ineficiente por los altos costes de gestión y la baja eficacia en el descubrimiento de hechos ilícitos.
- El *deber de informar operaciones sospechosas* (reporte selectivo - *whistleblowing*) es el sistema que rige en Alemania, Francia y el Reino Unido y que consiste en que los sujetos obligados deben reportar aquellas operaciones que consideren sospechosas de BdeC y sólo ellas. Se trata del modelo mayoritariamente seguido en el Derecho comparado, a pesar de las críticas que recibió en relación con las dificultades para determinar *ex ante* el carácter sospechoso de la conducta y los riesgos que ello entraña para satisfacer el mandato de determinación.

---

<sup>763</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, p. 26. En el mismo sentido, SCHWARZ, J.; “Meldepflicht der Finanzintermediäre – Amtshilfe, aktive und passive Rechtshilfe“, en *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Wohlers (Ed.), Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2007p. 189. También en ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE FINANZAS SUIZA, *Geldwäscherei-bekämpfung in der Schweiz*, p. 61.



- En España se ha consolidado un *sistema mixto* que combina los dos modelos del deber de informar. Exige de los sujetos obligados la comunicación de las operaciones sospechosas y, además, de aquéllas que superen una cuantía<sup>764</sup>. Además de España han adoptado este sistema Australia e Italia<sup>765</sup>.

El deber de informar operaciones sospechosas es el que se ha consolidado en el plano internacional así como en el Derecho comparado. España, como se ha dicho, ha acogido este modelo combinado con el reporte sistemático de algunos tipos de operaciones estándar.

#### e) ¿Cómo se informa?

El artículo 3.7 de la Ley 19/1993 indica que los sujetos obligados deben *“establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales”*. De este modo, cada sujeto obligado debe organizar un procedimiento de reporte interno (institucionalización) para que, luego, el responsable de comunicar al SEPBLAC lleve a cabo el reporte externo<sup>766</sup>.

---

<sup>764</sup> La vigencia del sistema mixto en la legislación española se deduce de la Ley (art. 3.4.a) y del Reglamento (art. 7). El art. 3.4.a) de la Ley dice: *“a) Comunicarle (al SEPBLAC), por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto del que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1 (...). También se comunicarán las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el apartado 2 no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones en relación con las actividades señaladas en el artículo 2 de esta ley”*. Por su parte el Reglamento regula en detalle estas dos modelos de reporte en su artículo 7: *“Los sujetos obligados colaborarán con el Servicio Ejecutivo y a tal fin comunicarán inmediatamente cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales” (...)* *“También se comunicarán las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el artículo 5 no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones” (...)* *“En todo caso, los sujetos obligados comunicarán mensualmente al Servicio Ejecutivo: a) Las operaciones que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito, con excepción de las que sean objeto de abono o cargo en la cuenta de un cliente, por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera (...)* *b) Las operaciones con o de personas físicas o jurídicas que sean residentes, o actúen por cuenta de estas, en territorios o países designados a estos efectos mediante orden del Ministro de Economía y Hacienda (...)* *c) Cualesquiera otras operaciones que, a propuesta de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias, se recojan en las disposiciones de aplicación de este reglamento.”*

<sup>765</sup> Todo conf. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, pp. 28-31.

<sup>766</sup> El Reglamento detalla algunas características del reporte en sus artículos 7.4 y 13. En estos se artículos se indican tanto los contenidos del reporte (relación e identificación de

#### *f) Deber de confidencialidad*

Los sujetos obligados tiene un deber de confidencialidad regulado en el art. 3.6 de la Ley conforme el cual deben *“no revelar ni al cliente ni a terceros que se han transmitido informaciones al Servicio Ejecutivo (...) o que se está examinando alguna operación por si pudiera estar vinculada al blanqueo de capitales”*<sup>767</sup>.

El fundamento del deber de confidencialidad acerca de la realización del reporte por parte del sujeto obligado consiste en asegurar la eficacia del sistema de reporte. En efecto, cuando el individuo que ha pretendido utilizar una entidad financiera para blanquear bienes aprecia que se ha realizado una comunicación a las autoridades o que está en marcha una investigación puede romper su relación con la entidad, desprenderse de los bienes y dificultar, de ese modo, la investigación que se esté llevando a cabo<sup>768</sup>.

Por su parte, la confidencialidad sobre la identidad del sujeto informante pretende evitar que los costes asociados al reporte como la pérdida de reputación o los riesgos personales puedan disuadir al informante de llevar a cabo el reporte.

#### *g) La buena fe del informante y el requisito de razonabilidad*

El artículo 4 de la Ley 19/1993 dice: *“La comunicación de buena fe de las informaciones contempladas en el apartado 4 del artículo precedente, por el sujeto obligado o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados, no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o por*

---

las personas, actividad económica de las mismas, etc.) así como el procedimiento y las formas para ejecutar el reporte (por escrito, directamente a través del representante de la entidad ante el SEPBLAC, etc.). Interesante resulta a los efectos de considerar los efectos de la omisión de reportar operaciones sospechosas y su relación con la omisión de denuncia la referencia que realiza el Reglamento en su art. 7.5: *“La comunicación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo (operaciones sospechosas) se entenderá efectuada cuando se haya actuado según lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*.

<sup>767</sup> El Reglamento también regula este deber en su artículo 10: *“Los sujetos obligados no revelarán al cliente ni a terceros las actuaciones que estén realizando en relación con sus obligaciones derivadas de la Ley 19/1993 en la forma regulada por el presente Reglamento”*. Por su parte, el artículo 11.4 del Reglamento extiende la confidencialidad sobre el empleado o funcionario que realizó el reporte interno al indicar: *“Los órganos de control y comunicación adoptarán las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados y directivos que hayan realizado una comunicación”*.

<sup>768</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, p. 33.

*cualquier disposición legal o reglamentaria, y no implicará para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad*<sup>769</sup>. La Ley, con la pretensión de mantener los incentivos adecuados para el reporte de operaciones sospechosas, remueve el obstáculo que supone el riesgo legal (civil, administrativo, penal) como potencial desincentivo para que los sujetos obligados cumplan con su deber de informar.

El requisito que debe cumplirse para que se otorgue protección jurídica es que el reporte debe llevarse a cabo con “buena fe”. Se considera que este requisito de buena fe es muy impreciso y que para proveer certeza se debe resolver esta cuestión en el ámbito objetivo y no en el subjetivo: así, *“toda sospecha subjetiva (y toda comunicación) debe poder reconducirse a un elemento desacostumbrado y extraño”* ya que *“de no ser así, se abriría la puerta a la arbitrariedad”*<sup>770</sup>. De este modo, cualquier información y comunicación divulgada fuera de los casos previstos en la norma y que cause daño a un cliente –sea un daño a la imagen o un daño económico en sentido estricto–, será siempre resarcible<sup>771</sup>. Si un sujeto obligado, o el empleado o directivo cumpliendo con el deber impuesto al sujeto obligado, reportan una operación de acuerdo con los procedimientos internos establecidos por la propia empresa (siempre que estos procedimientos internos sean considerados adecuados a la legislación) deberá considerarse que se ha actuado de buena fe<sup>772</sup>.

---

<sup>769</sup> Véase también el art. 26 de la Directiva Europea (2005).

<sup>770</sup> Así, por ejemplo, en la incorporación de tal precepto en los Estados miembros dos de ellos delararon la no aplicación de la exención de responsabilidad cuando la información revelada responda a un acto de mala fe y cuando se trate de una información revelada por negligencia. En este sentido, en Alemania la exención no se aplica cuando *“la información se haya revelado de manera errónea, deliberadamente o por negligencia grave”* (12 Geldwäschegesetz). En los Países Bajos no se exime de responsabilidad cuando *“ponderados todos los hechos y circunstancias, existan indicios racionales de que la información no debía haberse producido”* (art. 13 de la Ley 16/12/93, relativa a la notificación de operaciones inusuales). Todo en BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, p. 72.

<sup>771</sup> Conf. CASTALDO, A.; “La normativa italiana antilavado”, p. 391.

<sup>772</sup> Una cuestión distinta, relacionada no tanto con el análisis de eficiencia de la regulación como con la equidad en la distribución de los costes, es quién debe soportar los daños que se causan al cliente cuando el reporte de la operación se lleva a cabo de buena fe desde una perspectiva *ex ante* pero *ex post* resulta que el cliente es inocente. Si bien la regulación libera al sujeto obligado de responsabilidad alguna para mantener los incentivos a reportar ello no significa que sea el propio cliente quien deba soportar los daños. Debería plantearse, en todo caso, la alternativa de que sea el Estado quien repare al cliente. Ya el Comité Económico y Social reconoció la importancia de los daños en términos financieros que se pueden derivar en caso de divulgación de buena fe de una sospecha errónea. Por eso propuso la necesidad de completar al Directiva mediante un artículo en el que se obligaba a los Estados a hacerse cargo de los perjuicios derivados de las informaciones de buena fe o de la no ejecución de las operaciones sospechosas. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la *“Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales”* (doc.

*b) ¿Qué factores inciden en la decisión de reportar?*

Los sujetos obligados, así como sus empleados y directivos, considerados desde la perspectiva de la elección racional, ponderarán los costes y beneficios asociados a la realización del reporte de operaciones sospechosas, de acuerdo con su función de utilidad. Si los costes de informar superan los beneficios no llevarán a cabo el reporte; lo contrario ocurrirá si los beneficios superan los costes. Deben considerarse, para ello, todos los costes y beneficios privados que se han analizado previamente, incluyendo los económicos, profesionales, reputacionales, morales, etc.

CORNELIUS PRITTWITZ alerta acerca de los costes que deben afrontar los bancos por reportar operaciones sospechosas de sus clientes, análisis que resulta extensible a todo sujeto obligado. Cada reporte de una sospecha, dice este autor, implica para el banco el peligro de perder dinero y reputación. Por ello, el interés objetivo del banco consiste en que se conozca la menor cantidad posible de casos de blanqueo<sup>773</sup>. Por ello, resulta adecuado al interés público que si el banco no reporta la operación se enfrente, por ejemplo, con el riesgo jurídico que suponen las sanciones administrativas.

Así mismo, para evitar que se incrementen los riesgos de realizar el reporte (que desincentiven al sujeto obligado de informar la operación) se provee, como se ha dicho, de protección jurídica al informante de buena fe ante procesos penales o civiles.

Los agentes racionales tendrán en cuenta que, por un lado, reportar puede dañar el vínculo con sus clientes (coste reputacional) y hacerles perder beneficios económicos, mientras que no hacerlo tendrá como consecuencia la imposición de una sanción jurídica y los costes reputacionales derivados de ello. Las sanciones deben establecerse en un nivel adecuado para desincentivar las infracciones considerando que existen importantes beneficios derivados de su incumplimiento (conservación de clientes, beneficios económicos directos, etc.).

---

COM (90) 106 final – SYN 254), Bruselas, 19 de setiembre de 1990. Cit. en BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, p. 73.

<sup>773</sup> Conf. PRITTWITZ, C.; “Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik”, p. 501.

### *i) Medios para incentivar el reporte*

La Ley utiliza diversas sanciones jurídicas de carácter administrativo para disuadir de incumplir el deber de informar tanto al sujeto obligado (sea una persona física o jurídica) como a sus directivos. Estas sanciones incluyen desde la amonestación pública, la multa y la revocación de la autorización para operar para los sujetos obligados así como la sanción de multa, la separación del cargo o la inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección para los administradores o directores de la misma<sup>774</sup>.

### *j) ¿Quién es el infractor?*

La infracción que deben reportar los sujetos obligados consiste en hechos punibles de BdeC<sup>775</sup>: la operación sospechosas aparece como una operación de blanqueo desde la perspectiva *ex ante*. De forma usual el infractor será un cliente del sujeto obligado que intenta utilizar la organización de dicho sujeto para blanquear bienes de origen delictivo. Pero en aquellos casos en que el obligado a reportar sea una organización empresarial, el infractor puede ser también un empleado o directivo. Así mismo, puede haber una concurrencia de infracciones: dolosa por parte del cliente e imprudente por parte del empleado o directivo.

## **C. Análisis positivo y normativo de la función de sujeto obligado/whistleblower**

Previo al análisis normativo que supone el análisis de eficiencia de la regulación del whistleblowing, resulta necesario realizar el *análisis positivo* que consiste en identificar las variables relevantes para conseguir eficacia en la provisión de información. Estas variables pueden generalizarse en: a) tipo de incentivo que se provee (castigo, premio, protección), b) el tipo de conducta esperada (quién, a quién, qué, informa), c) la probabilidad de que el incentivo seleccionado incentive la conducta de informar<sup>776</sup>.

---

<sup>774</sup> Véase el Capítulo II de la Ley 19/1993.

<sup>775</sup> Así, el artículo 22 de la Directiva Europea afirma: “1. Los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva y, en su caso, a sus directivos y empleados que colaboren plenamente: a) informando por iniciativa propia, y sin demora, a la UIF cuando la entidad o persona sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo”.

<sup>776</sup> Así, por ejemplo, en relación con el otorgamiento de recompensas: a) identificar el tipo de recompensa que se va a otorgar, b) identificar el tipo de conducta que se espera incentivar, c) la probabilidad de que el tipo de recompensa seleccionada incentivará de

En relación con el *análisis normativo*, la finalidad que se persigue como beneficio social es la disminución de la actividad infractora y de los daños sociales de ella derivados<sup>777</sup> a partir del aumento de la probabilidad de descubrimiento y condena que supone la provisión al Estado de información incriminatoria. Por ello se ha dicho que “*la cultura del whistleblowing es un importante aporte a la transparencia y al descubrimiento de tales maquinaciones*”<sup>778</sup>. La información que proveen los sujetos obligados sirve para identificar los bienes de origen delictivo y, por ello, cumplir con los fines estatales de probar el delito precedente y decomisar los bienes. En el caso de los sujetos obligados existe un particular valor agregado de su función: se trata de actividades que requieren una vinculación especial con la actividad donde se realizan las operaciones de blanqueo y una especialización que permita identificar una operación como sospechosa (y distinguirlas de otras que no presentan las características para serlo). Por ello, si no se cuenta con tales informantes las irregularidades apenas podrían ser descubiertas<sup>779</sup>.

Pero si bien, por un lado, la revelación de información incriminatoria aumenta el bienestar social, por otro lado, supone costes sociales. En efecto, la revelación requiere incurrir en costes privados dirigidos a identificar los hechos que configuran las infracciones objeto de reporte y procesar la información al tiempo que las políticas de *whistleblowing* pueden encontrarse en tensión con otros institutos jurídicos a los que también se asigna un valor social positivo.

---

hecho la conducta deseada. Conf. CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, *Villanova Law Review* N° 37 (1992), p. 285.

<sup>777</sup> Conf. CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, p. 336. En el mismo sentido, se afirma que “*la implementación de un procedimiento de whistleblowing abre la posibilidad de disminuir los peligros derivados de las infracciones de prescripciones legales y de aumentar las posibilidades de descubrimiento de delitos económicos*”, BERNDT, T./HOPPLER, I.; “Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance”, *BB N° 48* (2005), p. 2623.

<sup>778</sup> DEISEROTH, D.; “Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland”, p. 305.

<sup>779</sup> Así, en relación con el empleado informante en casos de corrupción administrativa en actividades como la construcción o las subastas públicas, DEISEROTH, D.; “Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland”, p. 305. Así, muchas investigaciones policiales comienzan al tener conocimiento de actividades sospechosas de blanqueo originadas en reportes de sujetos obligados, lo que permite desarticular la red de blanqueadores, ver SEVERINO GONZÁLEZ; “Las tipologías de blanqueo en España (III): investigaciones policiales sobre blanqueo de dinero y problemática más frecuente”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 111, 113.

En relación con los costes privados de prevención, cumplir el deber de informar supone incurrir en importantes costes de organización que se incrementan de forma directa con la complejidad organizacional del sujeto obligado. En lo que se refiere a lo segundo, es decir la afectación de institutos jurídicos que poseen un valor social positivo, encontramos el “deber de lealtad” que debe vincular al empleado con su empresa o al profesional con sus clientes y el “deber de secreto” que deben mantener individuos que cumplen ciertos roles sociales<sup>780</sup>.

Así mismo, debe considerarse que en el contexto de organizaciones el otorgamiento de recompensas puede crear un clima de sospecha y hostilidad. Se afirma que esto puede derivar en pérdida de identidad de grupo, de lealtad y de moral y, en consecuencia, en pérdida de eficiencia empresarial. Sin embargo, este efecto puede atenuarse si la regulación establece que el reporte debe realizarse dentro de la organización (reporte interno) antes de que el empleado pueda acudir al reporte externo<sup>781</sup>.

Los diferentes equilibrios producto de la transacción entre unos y otros valores y/o derechos a que conducen las legislaciones nacionales son expresión de una dispar valoración de los bienes en juego<sup>782</sup>. El legislador debe considerar los beneficios sociales que supone mantener cierta información secreta y ponderarlo con sus costes sociales que, en nuestro caso, deben valorarse en términos de reducción de la capacidad disuasoria de la sanción jurídica prevista para la infracción legal y de reducción de la probabilidad de decomiso de las ganancias delictivas. Así, la ley se presenta como una manifestación de la diferente sensibilidad del legislador ante dichos bienes y, por ende, conduce a resultados diferenciados de la ponderación de costes y beneficios esperados de los diferentes entornos institucionales alternativos.

---

<sup>780</sup> Así, en relación con los beneficios sociales derivados del deber de lealtad y de secreto, los tribunales de los EEUU han dicho en el caso *Wexler vs. Greenberg* que “la sociedad como un todo obtiene grandes beneficios del desarrollo tecnológico. De no existir medios de protección para asegurar que los valiosos desarrollos o innovaciones pertenecen al empleador, luego de la ruptura del contrato de empleo, los hombres de negocios no podrían permitirse subsidiar investigación o desarrollar los métodos actuales”. 160 A.2d 430 (Pa. 1960), cit. en BAYNES, L., “Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act”, *St. John’s Law Review* N° 76 (2002), p. 884.

<sup>781</sup> Conf. CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, pp. 333, 334.

<sup>782</sup> En este sentido, acerca de las diferencias que presentan las legislaciones de Australia, Reino Unido y los EEUU, como expresión de una diferente asignación de valores, CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, pp. 902, 903.

Sin embargo, a pesar de que aun esta diferente sensibilidad del legislador provee regulaciones heterogéneas entre distintos Estados, también es cierto que la política criminal contemporánea se caracteriza por un doble proceso de armonización legislativa: por un lado, la armonización producto de la necesidad de una respuesta político-criminal global armónica ante la actividad delictiva transnacional (el *global village crime control* como respuesta al *global village crime*) y, por otro, la armonización de la protección de los derechos individuales ante tal política criminal que encuentra expresión en la universalización de los Derechos Humanos<sup>783</sup>.

En el ámbito de la política criminal para la prevención del BdeC, el primero de los procesos mencionados encuentra expresión en la influencia que ejercen los organismo inter- y supranacionales para armonizar la legislación tanto en materia penal y administrativa como en la progresiva restricción del secreto bancario, profesional y societario.

El segundo proceso, es decir la armonización en materia de Derechos Humanos, que opera como restricción de la política criminal, puede verse en la limitación que sufre el rol de *gatekeeper*, así como de *whistleblower*, que deben cumplir los abogados (y otros profesionales) en aquellos contextos que pueden lesionar derechos fundamentales, como el de defensa en juicio. Así, en relación con la posición de *gatekeeper*, puede encontrarse esta limitación en la decisión del Tribunal Constitucional alemán que, aplicando el art. 6.c de la Convención Europea de Derechos Humanos, restringió la aplicación del tipo penal de BdeC del § 261 en el caso del cobro de honorarios por los abogados defensores en causas penales por verse en cuestión el derecho de defensa<sup>784</sup>. En relación con el rol de *whistleblower*, la propia Directiva Europea y la Ley 19/1993, en sus arts. 23.2 y 3.4.b. respectivamente, permiten que los Estados miembros excluyan a los abogados, notarios, auditores, contables externos y asesores fiscales del deber de informar operaciones sospechosas con respecto a la información que reciban de su cliente o acerca de él cuando prestan asesoramiento jurídico para determinar la situación jurídica de sus clientes o cuando ejercen la representación legal de los mismos en acciones judiciales, rigiendo, de este modo, el secreto profesional.

---

<sup>783</sup> Sobre este doble proceso de armonización que alcanza, por un lado, el Derecho penal internacional y el Derecho penal europeo y, por otro, el desarrollo de un estándar mínimo de Derechos Humanos mundialmente respetado, AMBOS, K.; *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Idemsa, Lima, 2007, pp. 47-49. También KAISER, G; “Brauchen wir in Europa neue Konzepte der Kriminalpolitik?”, p. 157.

<sup>784</sup> Sobre esta decisión del Tribunal Constitucional alemán, ver, en español, WIRTZ, G./BERMEJO, M. G., “Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución?”, p. 450 y ss.



## 5. Las interrelaciones entre el gatekeeping y el whistleblowing en la legislación de prevención del BdeC

Ya se ha explicado que la responsabilización de los sujetos obligados se fundamenta en dos deberes esenciales: el deber de no ejecutar la operación sospechosa (*gatekeeper*) y el deber de informarla al Estado (*whistleblower*). Falta analizar, entonces, de qué modo se relacionan estos dos deberes.

Ante todo, cabe recordar que el cumplimiento de ambos deberes esenciales va a caballo del cumplimiento de los deberes de examen e investigación (deberes secundarios), lo que supone que existe una *economía de escala* en relación con los costes de organización del sistema de prevención del blanqueo en el ámbito de organización de los sujetos obligados: el sistema sirve a la identificación de las operaciones sospechosas, lo que es presupuesto común del cumplimiento de ambos deberes esenciales.

El sistema de prevención se orienta a que los sujetos obligados ante una operación sospechosa cumplan a la vez con ambos deberes: que detengan la operación y, al mismo tiempo, que la reporten a la agencia estatal, de modo tal que sea ésta la que pueda dirigir la investigación de la operación a partir de ese momento y seguir el rastro de las huellas documentales (*paper trail*)<sup>785</sup>. Así, el reporte al SEPBLAC de una operación que ha sido identificada como sospechosa permite a las instituciones financieras (y otros sujetos obligados) derivar la responsabilidad por los resultados a las autoridades, quienes deben indicar al sujeto obligado cómo debe dirigir la relación con el cliente en cuestión. De este modo, en estos casos en que el sujeto obligado no ejecuta la operación y, a la vez la reporta al Estado, cumple con ambos deberes, de forma tal que no se plantea el riesgo de sanción jurídica alguna.

Sin embargo, existen casos en que tal cumplimiento simultáneo de ambos deberes o bien no resulta posible (así sucede cuando el sujeto obligado no puede detener la operación) o bien la ejecución de la operación pueda justificarse con base en la persecución de los beneficiarios de la operación

---

<sup>785</sup> Así, se afirma que el castigo del BdeC tiene como finalidad ofrecer a los funcionarios de la Administración de Justicia las vías procesales adecuadas —en este caso las ofrecen las huellas documentales— que permiten una reconstrucción de los flujos financieros. Conf. GÓMEZ INIESTA, D.; *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 33. En el mismo sentido, OSWALD, K; *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 281.

(el Estado prefiere que la operación se ejecute e informe para poder seguir el rastro del dinero). En estos casos, la propia legislación permite al sujeto obligado ejecutar la operación (es decir, incumplir su deber como *gatekeeper*) debiendo, eso sí, informar de forma inmediata al SEPBLAC para poder seguir el rastro del dinero<sup>786</sup>. De este modo, a pesar de que el sujeto obligado ejecuta la operación (es decir, no cumple la función de *gatekeeper*) no será sujeto de sanción administrativa alguna<sup>787</sup>.

## 6. Whistleblowing y gatekeeping como soporte de las funciones estatales de decomiso e imposición de pena

Si bien la probabilidad de decomiso e imposición de pena por el delito previo puede elevarse por medio de la *intervención directa* del Estado (investigaciones policiales y de otros órganos de investigación), la política criminal de prevención del BdeC aparece marcada por la *intervención indirecta*, es decir la imposición de deberes positivos de colaboración a sujetos privados (*responsabilización*), quienes deben aplicar medidas de control en su ámbito de organización para identificar operaciones sospechosas de BdeC.

Desde la perspectiva del AED esta responsabilización se justifica no sólo por una reducción de los daños sociales derivados del BdeC por medio del incremento en la eficacia de las funciones estatales de decomiso y condena sino, sobre todo, porque este incremento resulte, a la vez, eficiente.

---

<sup>786</sup> Así el Reglamento afirma en su artículo 9.2 que “cuando dicha abstención (de ejecutar la operación) no fuera posible o pueda justificar la persecución de los beneficiarios de la operación, los sujetos obligados podrán llevarla a cabo efectuando la comunicación inmediatamente después de la ejecución”.

<sup>787</sup> La misma cuestión se plantea en relación con el tipo penal. En efecto, el reporte de la operación sospechosa por parte del sujeto obligado tiene efectos sobre la consideración jurídico-penal de la conducta realizada por el sujeto obligado: ¿qué ocurre en el supuesto en el que un banquero (u otro sujeto obligado) acepta a sabiendas bienes sospechosos con el fin de comunicarlo a las autoridades?, ¿ha de ser sancionado a causa de un delito de blanqueo doloso del art. 301 CP, o será suficiente la comunicación para excluir el delito cometido? La doctrina refiere a dos alternativas para negar la existencia de delito. Por un lado, cabe alegar que la comunicación a las autoridades excluye el dolo de blanqueo y, por tanto, el tipo subjetivo. Esto puede predicarse tanto del sujeto obligado cuando es una persona física como del empleado del sujeto obligado cuando éste es una persona jurídica. Por otro lado, de no admitirse la solución anterior, una parte de la doctrina afirma que la comunicación podría actuar como causa de justificación. Conf. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, pp. 32, 33. En sentido similar, entiende que estas “transacciones controladas” no deben considerarse típicas, SALIGER, F.; “Geldwäsche als ’crime in progress’”, en *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Eds.), Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2007, p. 465.

Así mismo, a pesar de las dificultades para cuantificar los daños sociales del blanqueo, resulta claro que la entidad de los mismos permite justificar un amplio incremento de los costes de prevención y castigo siempre que dicho incremento redunde en un incremento de la eficacia de los instrumentos de reducción de tales daños.

Pues bien, el *gatekeeper* tiene el deber de evitar realizar cualquier operación con capital proveniente de actividades delictivas, de modo tal que opera como una barrera de entrada de dicho capital a diversos mercados legales. Por su parte, el *whistleblower* tiene el deber de informar al Estado toda operación sospechosa de la que haya tomado conocimiento como resultado de la aplicación de las medidas de prevención situacional, actuando así como informante del mismo. De este modo, los sujetos obligados evitan que los blanqueadores cumplan con su objetivo de ocultar el origen ilícito de los bienes lo que implicaría reducir la probabilidad de que el Estado decomise los bienes e imponga penas por los delitos previos, con el consecuente incremento de los daños sociales derivados de esta actividad.

## **7. Autorregulación regulada: la función de Asociaciones Profesionales y de Empresas en la prevención del BdeC**

La Directiva Europea (2005) permite a los Estados miembro en sus artículos 23 y 37.5 en relación con el artículo 2.3.a) y b), que en los casos de los notarios y profesiones legales se establezca legalmente que sean las Asociaciones Profesionales quienes reciban los reportes de operaciones sospechosas elaborados por sus miembros. Los Estados deben determinar las reglas que regulan tales reportes y la forma de cooperación entre las asociaciones profesionales y las autoridades estatales responsables de la prevención del BdeC<sup>788</sup>. En España la Orden EHA/2693/2005, de 20 de septiembre, regula la creación del *Órgano Centralizado de Prevención en materia de prevención del blanqueo en el Consejo General del Notariado*<sup>789</sup>.

---

<sup>788</sup> En este sentido, SHAUGHNESSY, P.; “The New EU Money-Laundering Directive: Lawyers as Gatekeepers and Whistleblowers”, p. 38. También ver, MULLERAT, R.; “Las Directivas Europeas contra el blanqueo de capitales. Impacto sobre el secreto profesional del abogado”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5653 (martes, 12 de noviembre de 2002), pp. 1741-1745.

<sup>789</sup> Conforme la Orden EHA/2693/2005 la finalidad que se persiguen con este Órgano Centralizado es reforzar, intensificar y canalizar la colaboración del notariado con las autoridades judiciales, policiales y administrativas responsables de la lucha contra el BdeC (art.1). La Dirección del Órgano será desempeñada por una persona que reúna las condiciones de experiencia técnica y profesional que le hagan idónea para el desempeño

En los Considerandos de la Orden EHA/2693/2005 se afirma que son “razones de eficiencia” las que hacen conveniente el establecimiento de un órgano centralizado en esta materia. La circunstancia de que existan en España más de 2900 notarios distribuidos territorialmente aconseja coordinar la actuación de todos por medio de una gestión centralizada de la prevención del blanqueo prevista con carácter general en la normativa reguladora (art. 11.1 del Reglamento), para superar la situación de atomización, incrementando la eficacia del sistema, en beneficio tanto de la profesión notarial como de la prevención de este delito.

La estrategia de autorregulación regulada en la gestión de la información de las operaciones sospechosas y del asesoramiento y formación, así como de la elaboración de programas de prevención del BdeC puede resultar eficiente en los casos de pequeñas empresas y de los profesionales, comparada con la heterorregulación jurídica. El hecho de que la Asociación pueda centralizar en un cuerpo de expertos estas acciones puede considerarse *prima facie* (evaluación *ex ante*) eficiente en el sentido de que, por un lado, mejorará la calidad de la evaluación que deben realizar los profesionales de modo tal que los reportes que se hagan al Estado sean de mejor calidad a efectos investigativos y, por otro lado, los costes de información, capacitación y procesamiento de la información sean menores que si esto debiera elaborarlo cada profesional o pequeña empresa o proveerse de ello en el mercado de forma individual.

Otra experiencia de autorregulación regulada es la establecida por la Ley suiza de “Lucha contra el Blanqueo de Capitales en el Sector Financiero” que entró en vigencia en abril de 1998<sup>790</sup>. Con base en esta Ley se crearon

---

del cargo (art. 8). Cada notario deberá comunicar por escrito su incorporación al Órgano (art.2). La Unidad de Análisis y Comunicación del Órgano examinará con especial atención cualquier operación que pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales en la que intervenga el notario incorporado al Órgano (art.3). Si tras el examen de dicha operación existieran indicios o certeza de blanqueo, la Unidad de Análisis y Comunicación del Órgano comunicará la operación al SEPBLAC. El responsable de dicha Unidad ostentará la condición de representante de los notarios ante el SEPBLAC (art. 4). Así mismo, se contempla la creación de un Manual de Procedimientos de Prevención del Blanqueo de Capitales para los notarios, que será elaborado por la Unidad de Procedimientos, Cumplimiento y Formación del Órgano, que velará por que los notarios lo apliquen en su actividad (art. 6).

<sup>790</sup> Sigo en todo a CAPUS, N.; “Selbstregulierung als neue Steuerungsmethode der schweizerischen Geldwäschebekämpfung”, p. 114 y ss. También ver BRUCHEZ, M./BRINDLE, P.; “Sistema de información y de cooperación en Suiza y en el seno de la Unión Europea en la lucha contra el blanqueo de dinero”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5830 (miércoles, 23 de julio de 2003), pp. 1586-1596. Para un análisis detallado

Organismos de Autorregulación a los que deben afiliarse los intermediarios financieros. Las dos finalidades de la Ley de BdeC de Suiza son, por un lado, lograr un estándar unificado de deberes de cuidado para todo el sector financiero y con el deber de informar introducido con el art. 9 de la Ley para todos los intermediarios financieros debe constituirse un canal de información institucionalizado para las autoridades responsables de la persecución penal.

La Ley opera como una Ley-Marco, en el sentido de que establece un marco general en relación con los deberes de cuidado, que luego deben ser regulados en detalle, lo que permite que el regulador por medio de normas legales o los Organismos de Autorregulación en sus reglamentos concreten estos deberes de acuerdo con las particularidades de cada mercado<sup>791</sup>. Así mismo, los Organismos de Autorregulación cumplen funciones de control del cumplimiento de las normas (enforcement).

Para el control del cumplimiento de los deberes de cuidado y del deber de informar se crea una Autoridad de Control (art. 17 de la Ley) y se prevén autoridades de control específicas (art. 16 y ss. de la Ley) así como los organismos privados de autorregulación (art. 24 y ss.). El control del cumplimiento de los deberes por parte de los intermediarios financieros no es ejercido de forma primaria a través de autoridades estatales, sino a través de los Organismos privados que cuentan, para cumplir ese objetivo, con competencias para hacer cumplir las normas por medio de la imposición de sanciones (art. 25.3 de la Ley). Sólo se encuentran sometidos a un control estatal directo aquellos intermediarios del sector financiero que no han sido supervisados y que no se han asociado a alguna organización de autorregulación.

Sin duda que estas estrategias deben estar sometidas, como cualquier otra, a una evaluación *ex post*<sup>792</sup>. Así, por ejemplo, en Suiza se han planteado dudas sobre este modelo que recaen sobre la eficacia del *enforcement*: el informe de la *Geschäftsprüfungskommission* del Consejo Nacional afirma que al momento del informe (29 de junio de 2001) cabría presumir que muchos intermediarios habían solicitado el control estatal directo “*porque o bien no satisfacen ciertos presupuestos para ser admitidos en una organización de*

---

de la aplicación de la Ley en Suiza ver el informe de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE FINANZAS SUIZA, *Geldwäscherei-bekämpfung in der Schweiz*, particularmente en relación con la autorregulación ver pp. 31-34.

<sup>791</sup> ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE FINANZAS SUIZA, *Geldwäscherei-bekämpfung in der Schweiz*, p. 12.

<sup>792</sup> En relación con la evaluación de los efectos de la autorregulación en la prevención del BdeC, CAPUS, N.; “Selbstregulierung als neue Steuerungsmethode der schweizerischen Geldwäschebekämpfung”, pp. 137, 138.

*autorregulación, y por ello serían rechazados, o bien porque en conocimiento de la sobrecarga de las autoridades estatales de control lograría aplazar el control por un tiempo*<sup>793</sup>. Sin embargo, con posterioridad, el sistema de prevención del BdeC de la Confederación Suiza ha sido calificado por otros expertos como más eficaz (y eficiente) que el de otras plazas financieras de igual importancia<sup>794</sup>, de modo tal que no parece haber consenso al respecto.

## 8. Red de control de gatekeepers y whistleblowers

Los sujetos obligados, tales como los bancos o sociedades de inversión, pueden ser controlados no sólo por los organismos de control públicos (verbigracia, SEPBLAC) o privados (como los Organismos de Autorregulación en Suiza), sino que sus actividades son, a la vez, sujetas al control externo de otros agentes privados.

Así, si una entidad financiera que opera en un paraíso fiscal realiza una transferencia a un país que posea una estricta regulación contra el blanqueo, la entidad financiera receptora de la operación deberá someter esa operación al control de operaciones sospechosas: así, el sujeto obligado actúa como *gatekeeper* de aquella entidad en la que no puede (no debe) confiarse que establezca controles anti-blanqueo.

Así mismo, también otros *gatekeepers* (en el sentido ampliado que ya se había observado) intervienen en el control: la legislación provee de variados controles externos de carácter *ex post* tales como los expertos externos y las empresas de auditoría que deben elaborar dictámenes sobre la adecuación del modelo de organización interna del sujeto obligado a las normas técnicas en materia de prevención del BdeC<sup>795</sup>.

---

<sup>793</sup> Conf. CAPUS, N.; “Selbstregulierung als neue Steuerungsmethode der schweizerischen Geldwäschekämpfung”, pp. 122, 123.

<sup>794</sup> Para un detallado estudio comparado de los principales centros financieros del mundo (Singapur, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos), que manifiesta que la regulación para la prevención y castigo del BdeC en Suiza responde a los estándares internacionales, Ver PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, particularmente p. 20 y ss.

<sup>795</sup> Destaca el papel de los auditores externos en la prevención del BdeC, MAÑERU LÓPEZ, J.; “El blanqueo de capitales, en permanente evolución”, p. 86. Por ello se reclama en España un sistema de intervención jurídico-penal más eficaz en el ámbito de los auditores de cuentas y otras auditorías, CHOCLAN MONTALVO, J.A.; “Protección penal del sistema financiero”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5865 (martes, 7 de octubre de 2003), pp. 1885-1899. Sin embargo, una intervención en este ámbito debería exceder la estrictamente jurídico-penal para intervenir antes ya por la vía de la regulación administrativa, civil o autorregulatoria. Así, por ejemplo, la Sarbanes Oxley Act, producto de la crisis derivada por los casos *Enron* y *World Com* en los Estados Unidos, estableció regulaciones tendentes a garantizar la independencia de las auditorías como un medio de

Esta *red de control* tiene efectos sobre los tres niveles de intervinientes en el proceso de blanqueo ya mencionados; el sujeto obligado, el blanqueador y el interviniente en el delito previo:

- En primer lugar, se pretende disuadir a los sujetos obligados de que incumplan los deberes de control de las operaciones. Este control incrementa la probabilidad de descubrimiento de las operaciones de blanqueo y, consecuentemente, el riesgo de sanción a los *gatekeepers* y *whistleblowers* infieles a la regulación preventiva (aumento del coste esperado de las sanciones); de este modo, se incrementan los incentivos para cumplir con los deberes de prevención por parte de los sujetos obligados y, por este medio, se incrementa la vigilancia de las operaciones económicas aumentando, así, la probabilidad de descubrimiento de blanqueadores que pretenden utilizar al sujeto obligado para sus ilícitos fines, con el consecuente efecto disuasorio sobre esto últimos.
- De este modo, el sujeto obligado opera como una fuente de control de los clientes (así como de sus propios directivos y empleados en caso de que se trate de una empresa). Con ello se pretende incrementar la identificación de los bienes de origen ilícito. Ello conlleva un incremento de la probabilidad de sanción penal por BdeC para el blanqueador así como de decomiso de sus honorarios.
- Pero a la vez que el control de los sujetos obligados incrementa el riesgo para el blanqueador también lo hace para el interviniente en el delito previo (que da origen a los bienes) ya que se incrementan los riesgos del posterior decomiso de los bienes y su utilización como prueba del delito previo.

La finalidad última de esta red de control público-privada consiste en reducir la lesividad social del blanqueo, es decir minimizar la actividad delictiva que da origen a los bienes (tráfico de drogas, robos, secuestros, etc.) así como el poder económico del crimen organizado y los eventuales efectos anticompetitivos.

## 9. Conclusiones

En este apartado se ha analizado el papel que cumplen los sujetos obligados en la prevención del BdeC como *gatekeepers* y *whistleblowers*. El sentido de esta intervención indirecta por medio de la responsabilización

---

disuasión de los fraudes financieros cometidos por los auditados. Ver MULLERAT, R.; “La Sarbanes-Oxley Act de los Estados Unidos”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5691 (martes, 7 de enero de 2003), pp. 1417-1420.

de agentes del sector privado consiste en incrementar la eficacia del sistema de identificación del origen ilícito de los bienes para, de ese modo, incrementar la probabilidad de imposición de pena y decomiso establecidos para el delito previo. Con ello se pretende disminuir la actividad delictiva que da origen a los bienes así como otros efectos lesivos producto de la inversión de los bienes en la economía legal.

En el siguiente apartado se analizará el tipo penal de BdeC regulado en el art. 301 del CP con el objetivo principal de comprender sus funciones político-criminales tal como han sido planteadas al comienzo de esta Tercera Parte del trabajo. El planteamiento no se reduce a un análisis interpretativo del tipo penal vigente (análisis de *lege lata*) sino que parte de un análisis de *lege ferenda* considerando tanto la lesividad social del blanqueo analizada en la Parte Segunda como las funciones político-criminales del tipo penal, proponiendo una regulación adecuada a esta perspectiva para, luego, proveer una interpretación plausible del tipo penal vigente y analizar su adecuación a la perspectiva político-criminal aquí adoptada.

## V. El tipo penal de BdeC

### 1. Introducción: el fundamento político-criminal de la criminalización

Al analizar los fundamentos de la política criminal orientada a la prevención y castigo del BdeC, he argumentado que el tipo penal de BdeC se dirige, por un lado, a disuadir a quienes actúan con dolo directo, es decir conociendo el origen delictivo de los bienes (individuos que usualmente tendrán alguna vinculación con los intervinientes en el delito previo) y, por otro lado, a operar como un mecanismo de refuerzo de los deberes de colaboración del sector privado en la identificación del origen ilícito de los bienes, para lo que será de mayor utilidad la imputación con base en el dolo eventual, la imprudencia o la ignorancia deliberada.

En este sentido, puede decirse que gran parte del significado práctico de la criminalización del BdeC debería encontrarse en la función de reforzar la regulación y supervisión que deben cumplir los bancos (y otros sujetos obligados)<sup>796</sup>. En efecto, si bien es cierto que el tipo penal de BdeC

---

<sup>796</sup> Así, uno de los fines primarios que se persigue al criminalizar el blanqueo consiste en asegurar la cooperación del sector privado con las agencias estatales encargadas del cumplimiento de las mismas. Conf. PIETH, M.; "The Prevention of Money Laundering: A Comparative Analysis", p. 159. En efecto, la amenaza de pena crea incentivos de



doloso resultará aplicable en muchos casos predicando que el autor ha actuado con dolo directo (casos en los que el interviniente conoce efectivamente el origen delictivo de los bienes) también lo es que la prevención del BdeC ha hecho de la responsabilización del sector privado la clave de bóveda del sistema de prevención y que éste no puede resultar suficientemente disuasorio si no cuenta con el refuerzo de sanciones privativas de libertad, considerando los grandes beneficios económicos que proveen ciertas operaciones de blanqueo.

Esta interpretación encuentra sustento en el hecho de que la legislación española, del mismo modo que la alemana, ha regulado un tipo penal imprudente de BdeC y en el hecho de que se considere, así mismo, que el tipo penal doloso incluye el dolo eventual, categorías estas dos (imprudencia y dolo eventual) que junto con la ignorancia deliberada resultarán las más usuales para sancionar a los sujetos obligados (en caso de tratarse de una persona física) o a sus directivos, funcionarios o empleados (en caso de tratarse de una persona jurídica) si incumplen los deberes de examen e investigación así como los de no ejecutar la operación (*gatekeeper*) y de informar (*whistleblower*)<sup>797</sup>.

Sin duda, no puede descartarse que el tipo imprudente así como el dolo eventual o la ignorancia deliberada tengan también alguna utilidad respecto de otros sujetos (ciudadanos), como en el caso de quien acepta trasladar un paquete de un lugar a otro desconociendo su contenido. Sin embargo, el caso típico es el de un blanqueador que ha recibido los bienes de parte del autor del delito precedente y que conoce que los bienes tienen origen delictivo (dolo directo) y que pretende utilizar un banco para depositar el dinero y luego transferirlo, siendo que esta entidad tiene una organización defectuosa que resulta imputable a individuos vinculado a ella (dolo eventual, imprudencia, ignorancia deliberada), ya sean directivos, el responsable antiblanqueo o empleados, producto de lo cual no evitan la operación de blanqueo.

---

refuerzo para que los sujetos obligados a colaborar cumplan las normas administrativas y/o las normas autorregulatorias del sector privado, conf. PIETH, M.; "Staatliche Intervention und Selbstregulierung der Wirtschaft", p. 319.

<sup>797</sup> En efecto, en el "caso normal" las entidades y sus funcionarios y empleados carecen del conocimiento efectivo de que los bienes provienen de actividades delictivas. Conf. HETZER, W.; "Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch Unterbindung der Geldwäsche", p. 290.

## 2. Análisis de *lege ferenda*: las distintas formas de tipificación penal según la finalidad político-criminal del legislador

Los últimos años se han caracterizado por una amplia discusión en la doctrina penal europea acerca de la utilidad del concepto “bien jurídico”, tanto en relación con su perspectiva crítica como con la sistemática<sup>798</sup>. De lo que no cabe duda es que el optimismo que pudo caracterizar a la doctrina jurídico-penal acerca de los seguros anclajes que este concepto podía aportar en relación con su perspectiva de crítica político-criminal como en relación a su función en la interpretación teleológica de los tipos penales se ha desvanecido<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup> Sin embargo, las discusiones más serias parecen plantearse en relación con su función crítica y no tanto en relación con la interpretativa. Conf. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, p. 3. Así, se afirma que “de una parte, el bien jurídico protegido en un tipo legal constituye uno de los *topoi* esenciales de cara a su interpretación. De otra parte, y junto con esta reconocida función intrasistemática, la doctrina dominante asigna a la teoría del bien jurídico una función crítica. Esta última consistiría en la posibilidad de declarar la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de penalización de conductas meramente inmorales, como por ejemplo la prostitución, lo que a su vez habría de llevar a concluir que dicha conducta no debería ser criminalizada”; VON HIRSCH, A.; “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, Alcácer Guirao (Trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 37. También en sentido similar, Michael Kahlo dice que “a la doctrina jurídico-penal del bien jurídico le ha sido siempre asignada una función decididamente crítica –lo que implica no sólo una vertiente ‘deconstructiva’ sino también una ‘constructiva’. De una parte, en relación con la legislación (y por tanto en un sentido directamente político-criminal) dicha función ostenta una enorme significación en tanto opera como hilo conductor para la fundamentación y limitación de la génesis y formulación de los tipos penales, así como para su sistematización en el marco del Código Penal. De otra parte, ha de servir como ayuda a la aplicación de los preceptos recogidos en la Parte Especial, en tanto funciona como criterio orientativo en la interpretación”. KAHLO, M.; “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal”, Alcácer Guirao (Trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 53.

<sup>799</sup> Así, expresando las dificultades que atraviesa la determinación de los contornos del concepto así como las dificultades para determinar el bien jurídico protegido en diversos tipos penales, GIMBERNAT ORDEIG, E.; “Presentación”, p. 11. Expresivas de la actual crisis del concepto de bien jurídico, sobre todo en relación con su función crítica, son las palabras de Seher: “sólo en un aspecto hay unanimidad: que dicha teoría (la del bien jurídico), en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación (de ‘crítica del sistema’) se halla en serias dificultades. A este diagnóstico se le han dado diversas respuestas: debería renunciarse a esta función crítica del sistema y hablar de bienes jurídicos protegidos únicamente en el contexto de la interpretación del Derecho vigente; la teoría del bien jurídico no debería seguir operando como criterio de legitimación de todo el conjunto de las normas penales, sino que sólo ha de ser relevante en el marco del Derecho penal nuclear; por último, también se viene postulando desde hace tiempo ya una despedida del ‘dogma del bien jurídico’ en su conjunto y su sustitución por otras concepciones, como por ejemplo una teoría de la lesividad social. En realidad, las propuestas de definición del concepto ‘bien jurídico’ oscilan entre un rigor clásico que impide integrar nuevas normas penales y una amplitud que inutiliza el concepto para el discurso crítico. Surge con ello la fundada sospecha de que la teoría del bien jurídico no tiene por sí misma capacidad para delimitar de modo preciso sus perfiles conceptuales”. En todo caso, para este autor “el dilema de la

Sin embargo, no puede negarse, al mismo tiempo, que esta crisis no ha permitido hasta el momento que la función que cumple este topos pueda ser reemplazado por otro u otros<sup>800</sup>. Hasta que ello ocurra, y un nuevo consenso provea de un anclaje más seguro, no resulta conveniente prescindir totalmente de aquel viejo término, al menos en los casos en que, como ocurre con el BdeC, se pueda seguir reconduciendo el tipo penal a un bien jurídico con una reconocida genealogía como es la Administración de Justicia.

La discusión en torno al bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC fue parcialmente tributaria de esta crisis, por ejemplo, cuando los partidarios de la teoría personal del bien jurídico se mostraban adversos a aceptar tal tipificación al observarla como una mera extensión del Derecho de policía o como un caso de expansión del Derecho penal a ámbitos económicos. Así mismo, aun desde perspectivas dispuestas a aceptar dicha expansión, la apelación al orden socio-económico como bien jurídico protegido también fue puesta en cuestión a raíz de la vaguedad del mismo.

Han contribuido a ampliar la confusión las dificultades para lograr un anclaje fenomenológico común: mientras algunos caracterizaban criminológicamente al BdeC centrándose en la ocultación del origen ilícito de los bienes otros lo hacían marcando el aspecto de la inversión de los bienes en actividades productivas de bienes o servicios y en la entidad económica del proceso. Ello daba lugar a que se estuviera haciendo referencia a realidades muy distintas con un mismo *nomen*.

Lo que sí es seguro es que el concepto de bien jurídico remite a alguna forma de lesividad social. En todo caso, el bien jurídico podrá ser expresión de un daño a sentimientos comunes, a un derecho individual o a expectativas institucionalizadas, pero de lo que no cabe duda es que si se pretende atribuir a un tipo de suceso una asociación con un proceso

---

*discusión es, por tanto, semántico aparentemente, el debate gira sobre todo en torno al concepto de bien jurídico, pero realmente se trata de divergencias de contenido acerca de cuál debe ser el alcance legítimo del Derecho penal*". SEHER, G.; "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico", Alcácer Guirao (Trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 69, 77.

<sup>800</sup> Por ello se afirma que si esta crisis "*supone el fin o la superación de la teoría del bien jurídico como teoría político-criminal, el principio de su modernización (...) o la necesidad de integrarla en un macroconcepto político-criminal de carácter más amplio es un debate que todavía no se encuentra definitivamente encauzado*". Conf. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", p. 13.

lesivo de bienes sociales (daño social) la relación deberá estar debidamente fundada.

Lo expresado tiene relación con la particular ordenación que he seguido para analizar la lesividad social del BdeC. En la Parte Segunda he analizado los costes sociales que se atribuyen al BdeC de una forma intencionadamente amplia y previa a una noción concreta de bien jurídico. El objetivo era analizar qué daños sociales tenían un mínimo de evidencia empírica o podían ser explicados con base en supuestos conductuales (como el efecto criminógeno en relación con la elección racional) y cuáles debían ser descartados por no cumplir con este requisito mínimo.

Con este análisis se pudo concluir que ciertos daños sociales que se atribuyen al BdeC consisten, en realidad, en efectos no deseados de la legislación antiblanqueo (daño a la confianza en el sistema financiero, afectación de la confiabilidad de las estadísticas), mientras que respecto de otros daños no existe evidencia empírica alguna de relación causal o correlación generalizable entre el BdeC y el daño social en cuestión (daños macroeconómicos). Pero, en sentido afirmativo, *con este análisis se puso en evidencia la existencia de tres tipos de daños sociales asociados con el BdeC: el efecto criminógeno, el efecto incremento del poder económico del crimen organizado y el efecto anticompetitivo.*

Este análisis permitió sentar las bases para el diseño de una política criminal dirigida a la reducción del BdeC y, por este medio, del daño social resultante del mismo. Así, se hizo referencia a una perspectiva político-criminal que incluye tanto la intervención del sector público como del sector privado con la finalidad de identificar los bienes que tienen origen ilícito y proceder a su decomiso y utilización como prueba, para lo que se apela tanto a regulaciones penales y administrativas como a un sistema de autorregulación regulada.

Obsérvese que esta perspectiva político-criminal es (y debe ser) más amplia que la perspectiva de la política penal: incluye el tipo penal pero no se agota en él. Esto significa que la división funcional de tareas que cumplen distintos instrumentos político-criminales puede llevar a una intervención fragmentaria del tipo penal por el cual si bien puede predicarse que el BdeC causa una diversidad de daños sociales (como aquí se hace), el tipo penal se concentre en sólo uno de esos daños: así, por ejemplo, se podría diseñar un tipo legal de BdeC referido exclusivamente

a disuadir a los blanqueadores de invertir en actividades productivas de bienes o servicios con la finalidad de evitar el efecto anticompetitivo<sup>801</sup>.

Ahora bien, el enunciado de este tipo penal debería ser acorde con esa perspectiva político-criminal: ha de concentrarse en operar como un refuerzo de las normas contra la competencia desleal, exigiendo que se trate de una inversión de los bienes en actividades productivas, que se trate de una actividad ilícita la que da origen a los bienes (siendo irrelevante si se trata de un ilícito administrativo o penal) y que el daño a la competencia sea suficiente (o el peligro de que ello suceda), todo lo que deberá ser ventilado en el proceso en el mismo plano de argumentación que se discute frente a los tribunales de la competencia.

No es esta la estrategia político-criminal aquí propuesta. El tipo penal es presentado aquí como un instrumento de intervención dirigido a incrementar la probabilidad de que el Estado pueda cumplir con sus funciones de decomiso de las ganancias derivadas del delito (Bienes/Consumo, Bienes/Inversión) y la utilización de los bienes como prueba (Bienes/Prueba). Quien blanquea bienes con dolo directo reduce la probabilidad de decomiso de las ganancias y de utilización de los bienes como prueba, mientras que los sujetos obligados a colaborar que infringen sus deberes (con imprudencia, dolo eventual o ignorancia deliberada) no cumplen con su función de evitadores que consiste en mantener los niveles de decomiso y condena en los niveles deseados (la aplicación del dolo eventual, la imprudencia y la ignorancia deliberada a quienes actúan como meros ciudadanos -deber general- aparece, en todo caso, como una mera forma de regulación amplia sobreinclusiva que tiende a evitar que queden excluidos casos que puedan resultar intolerables).

Existe absoluto consenso en que estas funciones estatales (decomiso y utilización de los bienes como prueba) se subsumen dentro de las funciones de la Administración de Justicia. Así, tanto el blanqueador profesional como el evitador (sujeto obligado) que incumple sus deberes, dañan por una vía u otra (el primero disminuyendo la eficacia de la misma, el segundo no colaborando en mantener su eficacia en los niveles

---

<sup>801</sup> Una cosa es el carácter pluriofensivo de la conducta lesiva y otra el carácter pluriofensivo del tipo penal: una conducta pluriofensiva puede enfrentarse político-criminalmente con una diversidad de tipos penales, cada uno de los cuales protegerá un bien jurídico distinto. Expresa una idea similar Del Carpio Delgado al decir: “(...) *si bien un hecho delictivo puede lesionar o poner en peligro una pluralidad de bienes jurídicos, para determinar su naturaleza hay que atender exclusivamente a los que resulten específicamente protegidos por él*”. DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, p. 63.

deseados) estas prestaciones que son protegidas por el sistema jurídico y que constituyen, desde antaño, un bien jurídico reconocido en la doctrina jurídico-penal.

En este análisis de *lege ferenda* resulta insoslayable elaborar una propuesta acerca de qué modo debería regularse el tipo penal de BdeC. En mi opinión, cabe distinguir entre la tipificación penal orientada a evitar los daños derivados del efecto criminógeno y del efecto incremento del poder económico del crimen organizado de aquella orientada a evitar el efecto anticompetitivo.

En primer lugar, los dos primeros efectos lesivos comparten un punto de referencia común: ambos son producto de la comisión de un hecho delictivo precedente y se orientan a evitar la futura comisión de hechos delictivos. Por el contrario, el efecto anticompetitivo es producto de una ventaja que se obtiene por medio de la infracción de normas de cualquier tipo, aun de infracciones administrativas de menor entidad y, a la vez, se orienta no a la evitación de futuros delitos sino de un efecto lesivo para la economía a raíz de la inversión de tales bienes en la producción de bienes o servicios.

En segundo lugar, un tipo penal de BdeC orientado a operar como refuerzo jurídico-penal de las normas que protegen la leal competencia en el mercado debe respetar la determinación de las esferas de libertad ya establecidas por el Derecho administrativo: en este sentido, si las normas administrativas requieren la “ventaja suficiente” para imponer sanciones administrativas más aún debería hacerlo el tipo penal cuyo contenido de injusto no puede ser menor que el de la infracción administrativa. Nada de ello se relaciona con la perspectiva del blanqueo como incentivo para cometer delitos y como incremento del poder económico del crimen organizado.

En tercer lugar, el efecto anticompetitivo tiene un papel absolutamente marginal en las razones que llevaron a establecer este fenómeno en la agenda internacional y nacional. Como ya se ha evidenciado, la lucha contra el blanqueo siempre ha aparecido asociada a la prevención de delitos cometidos por motivaciones económicas (tráfico de drogas, tráfico de personas, robos, etc.). Esto puede interpretarse como un signo de que se trata de dos tipos de problemas radicalmente diferentes y que, por ende, suponen dos modalidades diferentes de respuesta político-criminal.

En cuarto lugar, en el caso de que el tipo penal de BdeC se oriente a evitar la comisión de delitos futuros la determinación legal de la pena, por

razones de disuasión marginal, debería relacionar la pena establecida para el tipo de blanqueo con la pena indicada para el delito previo. Así mismo, debería reflejar la mayor gravedad en aquellos casos en que el delito previo es cometido por organizaciones delictivas. Nada de ello ocurre con un tipo penal de blanqueo orientado a la defensa de la competencia, en donde la determinación legal de la pena debe ser totalmente independiente de la gravedad del delito previo y orientarse por la gravedad del peligro o lesión a la leal competencia en el mercado.

De los párrafos precedentes puede derivarse que el efecto anticompetitivo se relaciona con los otros daños sólo de forma tangencial. Por ende, no resulta posible intentar abarcar injustos jurídicos tan diversos en un mismo enunciado legal sin el riesgo de que resulte incomprensible. *La vía adecuada jurídico-penal para afrontar esta bidimensionalidad de la lesividad del BdeC es una doble vía de intervención: por un lado, un tipo penal orientado a evitar los efectos criminógeno e incremento del poder económico del crimen organizado, articulado con base en la ocultación de origen delictivo de los bienes (tipo penal blanqueo/ocultación) y, por otro lado, un tipo penal que se oriente a evitar el efecto anticompetitivo y opere como refuerzo jurídico-penal de los espacios de libertad ya protegidos por las regulaciones administrativas de defensa de la competencia (tipo penal blanqueo/competencia desleal)*<sup>802</sup>.

Así mismo, el diferente objeto de protección de ambos tipos penales permitirá que *ambos tipos se impongan de manera conjunta, siguiendo las reglas de aplicación del concurso de delitos*. Así, por ejemplo, si una persona recibe bienes de origen delictivo a sabiendas de su origen en un delito de robo deberá aplicársele el tipo penal de blanqueo/ocultación; pero si, al mismo tiempo, esta persona lo invierte en actividades de producción de bienes o servicios pudiendo evidenciarse que ha obtenido de ello una ventaja competitiva suficiente que ha afectado a sus competidores en ese mercado podrá imponerse también el tipo penal de blanqueo/competencia desleal.

¿Qué características debería presentar un tipo penal de BdeC que cumpliera exclusivamente la función de refuerzo jurídico-penal de las reglas de la libre competencia? En principio, este tipo penal debería legislarse como una forma de protección agravada de los bienes jurídicos

---

<sup>802</sup> Así Forthausser propone un tipo penal orientado con base en la protección de la economía que presenta características específicas de este tipo de daño, FORTHAUSER, R.; *Geldwäscherei de lege lata et lege ferenda*, p. 157. En España, también propone una reformulación del tipo penal a partir del daño socio-económico, DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, p. 867 y ss.

ya protegidos por las Leyes de Competencia Desleal (3/1991) y de Defensa de la Competencia (15/2007), debiendo subordinarse su aplicación a la existencia de una afectación “*significativa*” a la competencia (Ley de Defensa de la Competencia, art. 2) o a que de la infracción de la norma que supone el BdeC se obtenga una ventaja “*significativa*” (Ley de Competencia Desleal, art. 15). El tipo penal de BdeC debería reflejar este requisito ya presente en la regulación administrativa con mucha más razón, ya que si se sigue la concepción sancionatoria del Derecho Penal, éste sólo provee un refuerzo jurídico-penal a los espacios de libertad ya configurados por otros subsistemas jurídicos (como el Derecho civil o administrativo)<sup>803</sup>. Así mismo, el requisito de que la infracción previa sea un ilícito jurídico-penal resultaría innecesario (y mucho menos que sea grave o leve), considerándose necesaria solamente la referencia a una infracción legal (que provee la ventaja competitiva). Si esto fuera así, el debate en el juicio debería tener como objeto sustancial la existencia del daño o de un peligro concreto para este, en el sentido de la mencionada afectación “*significativa*”<sup>804</sup>.

Si, por el contrario, el tipo penal se dirigiera solamente a evitar el incremento del poder económico de las organizaciones delictivas debería, entonces, expresar en el enunciado que sólo resultará punible por este tipo penal el BdeC de bienes originados en delitos cometidos por actividades vinculadas al crimen organizado. Así, también podría optarse por la referencia a la existencia de una organización o por la delimitación del blanqueo punible sólo a aquellos delitos indicados en un catálogo y que sean usualmente cometidos por organizaciones: tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de personas, etc.

La perspectiva político-criminal que aquí se *propone* consiste en la *consideración de dos tipos penales diferenciados*:

- Por un lado, *uno que contemple como objeto de protección inmediato la Administración de Justicia: este tipo penal, que denominaré “blanqueo/ocultación”, tiene como objeto de protección las funciones que posee la Administración de Justicia de imponer penas por el delito previo así como el decomiso de las ganancias del delito; la particularidad de este enfoque en relación con otros similares es que aquí se*

---

<sup>803</sup> La concepción sancionatoria del Derecho penal fue sostenida, por ejemplo, por Binding, Grispiñi y Rocco. Conf. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 306, 307.

<sup>804</sup> Seguramente es por eso que PALMA HERRERA entiende, en un análisis de lege lata, que este no puede ser el bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC del art. 301 del CP porque tal como se ha dicho al analizar el daño social sobre la economía “*no en todos los casos se ve afectada la libre y leal competencia por las actividades de blanqueo de capitales, razón por la que no puede ser considerado el bien jurídico que se trata de salvaguardar en este delito*”. PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 266.



*considera que el tipo penal de blanqueo de capitales debe regularse como una norma de resguardo que tiene a la vez la función de proteger (protección mediata) el/los bien/es jurídico/s protegido/s por el delito previo*<sup>805</sup>. En este caso, la redacción del tipo penal debe centrarse en el elemento “ocultación del origen ilícito” de los bienes, que supone la creación de un peligro para la eficacia (y eficiencia) de dichas funciones de la Administración de Justicia.

- Por otro lado, *un tipo penal que tenga como objeto de protección la leal competencia en el mercado y que cumpla la función de refuerzo jurídico-penal de las regulaciones administrativas de defensa de la competencia y que denominaré “blanqueo/competencia desleal”*.

Si bien la necesidad de un tipo penal orientado a evitar la ocultación del origen ilícito de los bienes por medio de su introducción en la economía legal se deriva del análisis criminológico y político-criminal aquí desarrollado, la necesidad de un tipo penal que proteja la leal competencia resulta menos claro y debería someterse a un juicio de necesidad considerando la eficacia y eficiencia de las regulaciones administrativas vigentes.

Adelantando el análisis de *lege lata* que se lleva a cabo *infra* puede observarse que el tipo penal del art. 301 CP resulta un claro caso de tipo de blanqueo/ocultación pudiendo considerarse que la ausencia de una regulación penal de un tipo penal de blanqueo/competencia desleal puede deberse a que se ha considerado innecesaria su regulación debido al carácter marginal de este tipo de efectos en la realidad criminológica<sup>806</sup>

---

<sup>805</sup> Estas ideas se alinean con las tesis que entienden que la finalidad político-criminal que se persigue con la regulación de un tipo penal de BdeC (*ratio legis*) consiste en facilitar el decomiso de los bienes provenientes de actividades delictivas e impedir el encubrimiento del delito previo –con la consiguiente frustración de la imposición de pena por aquel delito-. Cuestión distinta para la doctrina es el contenido del bien jurídico protegido por el tipo penal, apareciendo la contraposición entre quienes consideran que se trata de una figura delictiva “artificial” que coadyuva a una persecución efectiva de hechos punibles y quienes creen que protege algún bien jurídico en concreto. Conf. KILCHLING, M.; “Geldwäsche und Gewinnabschöpfung in internationaler Perspektive. Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen für ein vergleichendes empirisches Forschungsprojekt”, pp. 83, 84, 87, 88. Como se verá *infra*, entre estos bienes jurídicos mediatamente protegidos se halla la *seguridad interior* en los casos en que los delitos previos son cometidos en el marco de organizaciones delictivas.

<sup>806</sup> En efecto, tal como ya se ha dicho *supra*, se afirma que no existen evidencias empíricas de que este tipo de daño ocurra frecuentemente como para ser una cuestión de seriedad. Así, tal como se ha citado, en el informe del Gobierno de Canadá titulado *Methodologies for Measuring the Impacts of Organized Crime-related Money Laundering Activities in Canada (2003)* se afirma que “*mientras que la competencia desleal puede resultar significativa en el ámbito local, no parece, sin embargo, ser tan significativa o penetrante como afirma la literatura sobre el tema*”. Conf. BEARE, M. E.; “The devil made me do it: business partners in crime”, p. 39.

o a que este tipo de daño social encuentra suficiente protección por vía de las regulaciones administrativas vigentes.

Las líneas precedentes hacen una enunciación de fines político-criminales y, por ende, constituyen un análisis de *lege ferenda*. Sin embargo, si se pretende analizar el sistema de prevención y castigo del blanqueo en España resulta insoslayable llevar a cabo también un análisis acerca del bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC del art. 301 del CP (análisis de *lege lata*).

En este análisis de *lege lata* argumentaré que el enunciado legal del artículo 301 del CP puede ser interpretado como producto de la política criminal aquí desarrollada, al centrarse en el elemento “ocultación” del origen ilícito de los bienes. Esto evidencia que la explicación y justificación de la política criminal para la prevención del BdeC aquí adoptada y la interpretación del tipo penal vigente en el art. 301 del CP resultan coherentes; ello con la finalidad de evidenciar un alineamiento que provee racionalidad político-criminal al enunciado legal del tipo penal vigente.

### **3. Análisis de *lege lata*: el bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 301 del CP**

#### **A. Las lagunas de punibilidad y la necesidad del art. 301 del CP**

En España la necesidad de incluir en la legislación un tipo penal de BdeC orientado a evitar la ocultación de origen ilícito de los bienes tiene su origen en las insuficiencias y lagunas de punibilidad que presentaban los instrumentos tradicionalmente utilizados por el Derecho penal para combatir las conductas de colaboración con los delitos previos: las figuras del encubrimiento y la receptación<sup>807</sup>. Sin embargo, ello no impide

---

<sup>807</sup> SOTO NIETO, F.; “Blanqueo de Capitales. Connotaciones Jurisprudenciales“, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5508 (viernes 22 de marzo de 2002), p. 1689. En Alemania se afirma que la inclusión del tipo penal de BdeC del § 261 del StGB resultaba necesaria ya que ninguno de los tipos penales vigentes en el mismo ofrecía un instrumento efectivo contra el BdeC. El tipo penal de receptación del § 259 del StGB, por ejemplo, no permitía resolver muchas lagunas de punibilidad en el ámbito del BdeC, ya que sólo era aplicable a cosas materiales y no a otro tipo de valores (como activos bancarios), sólo era aplicable a bienes ajenos, requería un acuerdo con el autor del delito previo y la receptación sustitutiva no era punible. Tampoco el § 258 del StGB era eficaz ya que la disposición legal presupone que el autor frustra de manera intencional o con conocimiento la imposición de pena a una persona determinada en relación con un hecho concreto y lo mismo ocurría en relación con la frustración del decomiso de las ganancias. El tipo penal de encubrimiento del § 257 tampoco proveía ayuda ya que aún cuando casos de BdeC podrían quedar subsumidos en el tipo penal, normalmente hubiera fracasado la prueba de una intención por parte del autor del delito previo de

observar que existen vinculaciones muy cercanas entre las funciones político-criminales que cumple el tipo penal de BdeC con los de receptación y encubrimiento. Ello convoca a una necesaria reorganización de estos tipos penales que permita identificar sus elementos comunes y distintivos superando las barreras impuestas por los *nomen iuris*<sup>808</sup>.

Por ello, cabe adelantar que las propuestas que aquí se desarrollan para el tipo penal de BdeC podrían, sin duda, ser extensivas a aquellos tipos penales: la perspectiva funcional que se adopta permite, a diferencia de las tesis que remiten a “esencias” de los tipos penales, promover la mencionada rearticulación entre los tipos penales<sup>809</sup>.

## **B. Las normas de resguardo: entre la Administración de Justicia y el bien jurídico protegido por el delito previo.**

### **a. Planteamiento general**

RAGUÉS I VALLÉS argumenta que el castigo del BdeC se justifica en tanto que instrumento político-criminal necesario para reforzar la función de la pena prevista para los delitos previos; de este modo, puede concebirse

---

asegurarse las ventajas del hecho. Conf. HETZER, W.; “Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch Unterbindung der Geldwäsche“, p. 286. En el mismo sentido, afirma que el legislador alemán pretendía con el tipo penal de blanqueo cerrar lagunas de punibilidad que dejaban el tipo penal de encubrimiento y receptación del StGB, SALIGER, F.; “Geldwäsche als ‘crime in progress’“, en *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Eds.), Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2007, p. 457. Un análisis de Derecho comparado de las limitaciones que presentaba el delito de receptación para una adecuada disuasión, en BACIGALUPO, E.; “Estudio comparativo del derecho penal de los Estados Miembro de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, p. 457-460. También una interesante descripción de las resistencias de algunos Estados europeos (Finlandia, Dinamarca, Holanda) de legislar un tipo penal de BdeC por considerar que los supuestos de hecho se hallaban en su legislación penal ya abarcados por los tipos penales de receptación y encubrimiento en AMBOS, K; “Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel ‘Geldwäsche’“, p. 241.

<sup>808</sup> Así, las tendencias que promovían la receptación sustitutiva o la receptación en cadena y que promovían la consolidación de un concepto amplio de aprovechamiento en el ámbito de la receptación databan de antes de que surgiera la concreta problemática del BdeC. DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, p. 869.

<sup>809</sup> Seguiré en lo sustancial el planteamiento basado en el concepto de normas de resguardo (ver *infra*) como elemento estructurante de las intervenciones post-ejecutivas, incluyendo al BdeC junto con la receptación y el encubrimiento. Ver SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*. Así, un intento limitado al BdeC y la receptación con referencias a la relación con el tipo penal de encubrimiento, ver FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 241 y ss..

como un instrumento para combatir los delitos de los que proceden los bienes cuyo origen se pretende ocultar. Así, entiende este autor, la reducción de las posibilidades ex ante de acabar gozando del producto del delito por parte de su autor ha de considerarse un instrumento político-criminal idóneo en la lucha contra los delitos cometidos con un móvil lucrativo. Así, concluye que “(...) con el castigo del lavado de activos no se protege directamente ningún bien jurídico autónomo, sino que sólo se complementa la función de la pena prevista para los delitos graves” y agrega: “(...) si se quiere, terminológicamente puede hacerse referencia a esta función manifestando que lo que se tutela es el bien jurídico ‘Administración de Justicia’ en su dimensión preventiva”<sup>810</sup>.

Estas apreciaciones son correctas pero insuficientes ya que parecen restringir la función preventiva solamente a la amenaza de pena del tipo legal del delito previo. Sin embargo, ya se ha evidenciado en el planteamiento político-criminal que el blanqueo, al ocultar el origen ilícito de los bienes, no sólo reduce el coste esperado de la pena establecida para el delito anterior sino que, a la vez, incrementa el beneficio esperado del delito al reducir la eficacia del decomiso de las ganancias. Así, el tipo penal de BdeC, al disuadir a los blanqueadores que ocultan el origen ilícito de los bienes, cumple no sólo la función de incrementar la eficacia de la pena establecida para el delito anterior sino también del decomiso de las ganancias de él obtenidas<sup>811</sup>. A pesar de esta diferencia, la propuesta que aquí se realiza coincide con la de RAGUÉS I VALLÉS, ya que conecta con la, así denominada, *función preventiva de la Administración de Justicia* que consiste en el impedimento de futuros hechos delictivos<sup>812</sup>.

---

<sup>810</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.: “Lavado de Activos y Negocios Standard”, pp. 642, 644, 646. De *lege ferenda*, también se ha hecho referencia a aspectos parciales de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido, lo que resulta en una fragmentación innecesaria. Así, no sólo la protección de la función disuasoria de las penas de los delitos previos sino también se ha considerado como bien jurídico la “efectiva persecución penal”. FORTHAUSER, R.; *Geldwäscherei de lege lata et lege ferenda*, pp. 135-146.

<sup>811</sup> Así, en este mismo sentido, entiende que objetivo del tipo penal de BdeC en la legislación alemana es el aislamiento del autor (*Isolierung des Täters*) por medio de la prohibición a terceros de que realicen actos de solidaridad con él en forma tal que ponga en peligro el decomiso de las ganancias del delito, ARZT, G.; “Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall”, en *JZ N° 19 N° 48 (1993)*, pp. 913, 917. En Alemania también Lampe sostiene un posición similar afirmando que se protege la Administración de Justicia en su función preventiva de salvaguarda a la comunidad de hechos punibles ulteriores; LAMPE, E.-J.; “El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)”, en *Estudios Penales y Criminológicos XX (1997)*, pp. 119, 120. Entiende que dificultar o poner en peligro el decomiso de los bienes que tiene su origen en el delito previo supone dañar una función de la Administración de Justicia, CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; “El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, pp. 356, 357.

<sup>812</sup> GARCÍA CAVERO, P.; *Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tomo II*, p. 485. En el mismo sentido, PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, pp. 295-297.

Considero que este análisis relacionado con el bien jurídico se integra en la perspectiva de la *teoría de las normas* con la propuesta de SÁNCHEZ-OSTIZ: este autor ha propuesto el concepto de *norma de resguardo* para explicar y justificar la punición de las conductas de encubrimiento y receptación y articular, alrededor de ello, una teoría general de las intervenciones post-ejecutivas, con base en que éstas perturban la efectividad de las normas penales<sup>813</sup>.

Esta tesis afirma que el *legislador prohíbe algunos comportamientos cuyo contenido reside en la frustración de la eficacia de las normas penales de sanción, e indirectamente, de las normas de conducta implicadas en aquellas*: aquí pueden situarse las previsiones penales del encubrimiento y la receptación<sup>814</sup>. Así, la norma que define bajo pena el favorecimiento (encubrimiento y receptación) adquiere sentido como complemento necesario para la efectividad de las normas que prevén consecuencias jurídicas; estas prohibiciones adicionales son las que el autor denomina “de resguardo”, si por ella se entiende la protección de la efectividad de los preceptos penales<sup>815</sup>.

Las normas de resguardo aseguran lo contenido en las normas primaria (indirectamente) y secundaria (directamente) a través de lo que se ha dado en llamar “Administración de Justicia”, a punto tal que ésta aparece como “garante” del mantenimiento de la norma de resguardo<sup>816</sup>. Si consideramos que se intenta preservar la norma secundaria y que ésta contempla no sólo la imposición de pena sino también otras consecuencias jurídicas<sup>817</sup> (como el decomiso e incluso las reacciones

---

<sup>813</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, p. 271.

<sup>814</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, p. 271. Más aún, la perspectiva del autor coincide plenamente con la aquí defendida de que, si bien la preocupación por el BdeC se ha vinculado con la comisión de ilícitos penales, el efecto incentivo para cometer infracciones puede predicarse de toda forma de blanqueo, se trate de bienes provenientes del delito o de infracciones administrativas (u otros ilícitos); así, sostiene que “*las normas de resguardo operarían tras cualquier otra norma penal tendente a imponer una consecuencia jurídica por su infracción. Más en general, operarían tras cualquier regla de conducta que lleve consigo una amenaza de sanción (...) en concreto su función se articula como cláusula general de cualquier otra norma que prevea consecuencias jurídicas*”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, pp. 280, 281.

<sup>815</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, p. 273.

<sup>816</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, pp. 305, 307.

<sup>817</sup> En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, p. 273.

jurídico-civiles<sup>818</sup>) la utilidad de la teoría de las normas de resguardo para la perspectiva aquí adoptada resulta evidente: el tipo penal de BdeC como una forma de favorecimiento (junto con el encubrimiento y la receptación) debe ser interpretada como un caso de norma de resguardo, ya que intenta preservar la imposición, por parte de la Administración de Justicia, de la pena y el decomiso de las ganancias consecuencia del delito previo.

La relación con el bien jurídico protegido por el delito previo también se hace evidente con esta perspectiva, ya que *“la fuerza crítica será la que deriva del bien jurídico previo, en cuanto sobre éste continúe existiendo una pretensión de tutela. En la misma medida en que éste se halle ya protegido, será también preciso asegurar la amenaza penal mediante la norma de resguardo (...) y si el hecho previo presenta dudas de legitimidad (...) también las ofrecerá el encubrimiento de este tipo”*<sup>819</sup>. En este sentido, y tal como se deriva de la posición adoptada en relación con la perspectiva preventiva, comparto la postura de quienes, no aceptando una consideración meramente formal de la Administración de Justicia, proponen una vinculación entre estas intervenciones post-ejecutivas y el hecho previo a efectos de determinación de la pena<sup>820</sup>.

Los opositores a esta posición entienden que no resulta convincente entender que el bien jurídico protegido por el blanqueo es el mismo bien afectado por el delito previo: según éstos, el caso más evidente es el de quien adquiere los bienes que se entregaron como precio al autor de un asesinato; difícilmente puede afirmarse que esta conducta posterior a la consumación del delito previo supone una nueva lesión de la vida<sup>821</sup>. Sin embargo, esta interpretación presupone una identificación entre bien jurídico (la vida humana) y objeto protegido por el bien jurídico (la vida del individuo que ha sido víctima del asesinato) que aquí no se sigue. Se trata de una perspectiva *ex post* de este delito: el blanqueo aparecería referido al concreto hecho cometido en el pasado.

---

<sup>818</sup> Así, dice Sánchez Ostiz que toda adhesión subsiguiente que tenga el significado de frustrar la re-estabilización de la norma por medio de la imposición de pena o *“incluso, de la responsabilidad civil, en la medida en que ésta atienda también a la re-estabilización de la situación afectada por el delito”* sería definible como delito. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, p. 333 y nota al pie n° 722.

<sup>819</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, p. 288.

<sup>820</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, p. 331, nota al pie n° 717. Lo que no obsta a que, tal como hace este autor, se incluyan también otras consideraciones tal como el rol que cumple el infractor de la norma de resguardo, lo que implica que las infracciones cometidas por funcionarios puedan ser más graves (ver pp. 324 y ss. y p. 337).

<sup>821</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.: “Lavado de Activos y Negocios Standard”, pp. 641, 642.

Desde la posición *ex ante* que aquí se adopta, por el contrario, se sostiene que la finalidad de proteger los bienes jurídicos tutelados por el delito previo no debe entenderse en el sentido de pretender evitar una agravación o perpetuación del concreto interés ya afectado, sino, en todo caso, de evitar eventuales lesiones de intereses similares que puedan provocar hechos futuros<sup>822</sup>.

## b. La seguridad interior

La *seguridad interior* es afectada por el BdeC ya que éste crea incentivos para el crimen organizado al tiempo que permite el incremento del poder económico de éstas organizaciones como consecuencia de las inversiones en la economía legal. Pero esta particularidad subjetiva debe estar presente en la actividad delictiva que da origen a los bienes: tráfico de drogas, de personas, de armas, robos, etc., deben haberse cometido por organizaciones para referir al riesgo para la seguridad interior debido a la particular lesividad social que supone la actividad de la criminalidad organizada. La inserción de estos bienes en la economía legal (es decir, el blanqueo de los mismos) crea *incentivos para las actividades económicas rentables* (perspectiva *ex ante*) y, a la vez, permite el *incremento del poder económico del crimen organizado* que mayor será cuanto mayor sea su capitalización, suponiendo una forma de incremento del riesgo para la seguridad interior<sup>823</sup>.

---

<sup>822</sup> Conf. LEIP, C.; *Der Straftatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB*, Berlin-Verl. Spitz (u.a.), Berlin, 1995, p. 161.

<sup>823</sup> Stephan Barton afirma que el tipo legal de blanqueo es parte de una serie de medidas dirigidas a decomisar los beneficios económicos del delito con la finalidad última del legislador de luchar contra el crimen organizado, considerando que éste se motiva por la obtención de beneficios económicos. Conf. BARTON, S.; “Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?”, en *NSZ N° 4 (1993)*, p. 160. También en BARTON, S.; “Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)”, en *StV 3/93*, p. 157. El bien jurídico protegido por el tipo penal aparece vinculado a dicha perspectiva político-criminal, ya que el tipo penal de BdeC protege la “*seguridad interior*”. Sin embargo, no se trata de una “seguridad obtenida a cualquier precio” sino de aquella que permite establecer la “*paz jurídica*”. Pero, según este autor, con esta norma no se pretende evitar cualquier afectación de la seguridad interior sino sólo luchar contra aquellas formas que se dirigen a dicha finalidad por medio de la división del trabajo, la organización y la obtención de beneficios económicos, poniendo en peligro las estructuras básicas del orden liberal y democrático y del Estado Social de Derecho. Conf. BARTON, S.; “Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)”, p. 160.

Desde la perspectiva aquí adoptada se acepta esta protección como objeto de protección del tipo penal de blanqueo como norma de resguardo. El argumento es el siguiente: la seguridad interior es el bien jurídico protegido ya por el tipo penal que da origen al dinero sucio en aquellos casos en que los sujetos activos actúan de forma organizada (crimen organizado) tal como ocurre en los delitos de tráfico de drogas de los artículos 369.2 y 369.3 así como en el artículo 371.2 del CP, en los que se establece la agravación de la pena cuando los intervinientes en el hecho punible pertenecen a organizaciones dedicadas a esos ilícitos fines.

El tipo penal de blanqueo al constituirse en norma de resguardo de estos tipos penales protege las funciones de la Administración de Justicia que, a su vez, proveen a la protección de los bienes jurídicos protegidos por el delito previo. Así, en caso de que los sujetos activos del delito que da origen a los bienes (tráfico de drogas, robos) operen de forma organizada el bien jurídico protegido será, además del bien específico de cada delito (salud pública, patrimonio), la seguridad interior, de forma tal que el tipo penal de BdeC, como norma de resguardo, también protegerá tanto los bienes jurídicos específicos del delito (salud pública, patrimonio) como la seguridad interior.

Sin embargo, si el tipo penal de blanqueo del CP tratara de forma excluyente de la protección contra el crimen organizado debería poseer una redacción que limitara su aplicación a los delitos cometidos con esta cualificación de los sujetos, lo que no ocurre en el art. 301 del CP. De todos modos, con la perspectiva aquí propuesta la protección de este bien jurídico se da, al igual que en el caso anterior, de forma mediata a la protección de las funciones de la Administración de Justicia.

Cabe acotar que, además de la función disuasoria de la actividad delictiva previa que cumple el tipo penal de BdeC como norma de resguardo, el decomiso establecido para el delito previo, y a cuya eficacia provee el tipo de blanqueo, cumple una función inocuidadora: la identificación de los bienes de origen ilícito y su decomiso evitan que los mismos sean invertidos en la economía lo que inocuiza el efecto lesivo específico de incremento del poder económico del crimen organizado, más allá del efecto disuasorio de dicho decomiso.

### **c. El tráfico ilícito de bienes y la leal competencia en el mercado**

Opinión sustentada por DEL CARPIO DELGADO y FABÍAN CAPARRÓS es que el tipo penal de BdeC pretende evitar que se “contamine” la



economía con el tráfico de bienes obtenidos de forma delictiva para evitar que se produzcan efectos indeseables para la competencia y el sistema financiero<sup>824</sup>. Se trataría, en suma, de mantener el modelo de sistema económico impuesto por la propia Constitución<sup>825</sup>.

Por tráfico ilícito de bienes se entiende no sólo los movimientos de capitales de procedencia delictiva, sino también la mera tenencia de los mismos que facilite o permita su puesta en circulación y consiguiente aprovechamiento e incluso la propia generación de esos capitales<sup>826</sup>. El “tráfico lícito de bienes” se entiende como un bien jurídico que forma parte del orden socioeconómico y cuya tutela estaría dirigida a evitar los perniciosos efectos que los capitales de origen delictivo generan en la economía con la finalidad de<sup>827</sup>:

- Hacer posible el principio de igualdad de oportunidades para todos los operadores económicos. Esta igualdad se ve conculcada cuando hay quien dispone de fuentes ilegales de financiación que le permiten llegar a donde los demás no pueden;
- Hacer posible la libre competencia en los mercados. Se pretende evitar que se manipule la competencia al contar con fuentes ilegales de financiación;
- Hacer posible que sea el libre juego de las reglas del mercado el que determine la oferta y demanda de bienes y servicios, los precios, los salarios, etc. Es decir, se trata de que estas variables económicas no queden al arbitrio de las necesidades y fines lucrativos y de control del mercado de grupos criminales;
- Permitir a la banca mantener la confianza del público en ese sector;
- Garantizar una utilización recta de la libre circulación de capitales que asegure, al mismo tiempo, la libertad y estabilidad de los mercados financieros y de las economías nacionales.

Según PALMA HERRERA todos estos son *fines perseguidos por el legislador* que, en su opinión, no deben ser confundidos con el bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC: el “tráfico lícito de bienes”<sup>828</sup>. La línea

---

<sup>824</sup> DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, p. 81 y ss. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 217, 218. En el mismo sentido en Alemania; BOTKE, W.; “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, pp. 11, 14, 15.

<sup>825</sup> Conf. PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 278.

<sup>826</sup> PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 280.

<sup>827</sup> Sigo a PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 282, 283. En sentido similar, pero acotando la referencia sólo a la igualdad de condiciones para participar en la economía de mercado, DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, pp. 82 y 83.

<sup>828</sup> PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 283.

argumental parece entender que los fines de protección de la “estabilidad del sistema financiero”, “la libre determinación de precios y salarios” y el mantenimiento del “orden socioeconómico” establecido en la Constitución, son bienes valiosos (inclusive bienes jurídicos) cuya protección es finalidad del legislador (ratio legis) pero que no poseen la determinación suficiente para constituirse en bienes jurídico-penalmente protegidos<sup>829</sup>. Por ello, la vía es *recurrir a un adelantamiento de la barrera de protección por el medio del expediente de tomar como bien jurídico-penalmente protegido aquel cuya lesión se identifica como causa común de todos aquellos otros daños*<sup>830</sup>.

Sin embargo, esta línea de argumentación presenta al menos dos problemas. Por un lado, en relación con los dos últimos puntos, ya se ha indicado que el daño a la confianza en el sistema financiero así como a la estabilidad del sistema financiero no son daños atribuibles al BdeC: el primero, por ser una consecuencia no deseada de las regulaciones antiblanqueo; el segundo, porque no existe validación empírica de la hipótesis del daño macroeconómico. Por otro lado, los primeros tres puntos restantes remiten a la afectación de las reglas del libre mercado y, en particular, a la libre competencia.

Ya se han analizado las características que debería presentar un tipo penal de BdeC que tuviera como bien jurídico protegido exclusivamente a las reglas de la libre competencia. En principio, este tipo penal debería legislarse como una forma de protección agravada de los bienes jurídicos ya protegidos por las Leyes de Competencia Desleal (3/1991) y de Defensa de la Competencia (15/2007), debiendo subordinarse su aplicación a la existencia de una afectación “*significativa*” a la competencia (Ley de Defensa de la Competencia, art. 2) o a que de la infracción de la norma que supone el BdeC se obtenga una ventaja “*significativa*” (Ley de Competencia Desleal, art. 15).

Nada de esto puede observarse en el enunciado legal del tipo penal de BdeC del art. 301 del CP<sup>831</sup>. El tipo penal de BdeC del art. 301 del CP no

---

<sup>829</sup> En general, estas posiciones suelen rechazar que el “orden socioeconómico” pueda constituirse en el bien jurídico protegido por el tipo penal en razón de su indeterminación, DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, pp. 77-79, o de su inconveniencia político-criminal, PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 281.

<sup>830</sup> Así, Del Carpio Delgado menciona a la licitud de los bienes que circulan como uno de los presupuestos fundamentales para el buen funcionamiento del mercado y, consecuentemente, del orden socioeconómico. Conf. DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, pp. 81, 82.

<sup>831</sup> Seguramente es por eso que Palma Herrera entiende, en un análisis de lege lata, que este no puede ser el bien jurídico protegido por el tipo penal de BdeC del art. 301 del CP

contiene elemento objetivo alguno que requiera que el blanqueo se presente bajo la forma de inversión en la producción de bienes y servicios, ni tampoco que exista una afectación significativa a la competencia. A la vez, el tipo penal limita el ilícito previo al hecho punible (delito), cualificación que resulta innecesaria si lo que se requiere es un ilícito previo que provea la ventaja competitiva (debiendo ser irrelevante si se trata de un ilícito administrativo o penal). Una tal protección sería irracionalmente fragmentaria con casos flagrantes de sobreinclusión e infrainclusión<sup>832</sup>. *Por todo ello, ni la leal competencia en el mercado (o mejor aún, los bienes protegidos por las reglas de la leal competencia) ni tampoco el tráfico lícito de los bienes pueden ser considerados como el bien jurídico protegido por el art. 301 del CP*<sup>833</sup>.

De todos modos, de *lege ferenda* ya se ha dicho que no puede descartarse la utilidad y claridad metodológica que podría proveer un tipo penal que regule específicamente este tipo de casos y que podría, además, encontrarse en relación concursal (real o ideal) con un tipo básico de

---

porque tal como se ha dicho al analizar el daño social sobre la economía “no en todos los casos se ve afectada la libre y leal competencia por las actividades de blanqueo de capitales, razón por la que no puede ser considerada el bien jurídico que se trata de salvaguardar en este delito”. PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 266.

<sup>832</sup> Así, por ejemplo, conforme el artículo 301 del CP no podría condenarse por aquellos casos de blanqueo en que los efectos anticompetitivos provienen de infracciones administrativas aún cuando éstos fueran muy graves y, por el contrario, sancionaría la inversión en la economía legal de pequeños montos de dinero que serían, aún desde una perspectiva acumulativa, a todas luces inidóneos para producir aquel resultado lesivo.

<sup>833</sup> En todo caso existe dos vías posibles para sostener que el tipo penal de BdeC del art. 301 provee a la protección de la Leal Competencia. Por un lado, el decomiso de las ganancias cumple una función inoquizadora al privar a los infractores de los bienes de origen ilícito de forma tal que no puedan ser invertidos en la economía legal; de este modo, el tipo penal de blanqueo al cumplir la función de incrementar la eficacia de este instituto jurídico coadyuva a la eficacia inoquizadora de esta medida. Sin embargo, en línea con lo argumentado, se trataría de una protección irracionalmente fragmentaria en razón de los manifiestos casos de sobreinclusión e infrainclusión. Por otro lado, se puede sostener que todo tipo penal (tráfico de drogas, robo, secuestro) incluye ya como objeto de protección la leal competencia en el mercado cuando el beneficio económico del delito adquiere una entidad determinada, de forma tal que de su inversión en la economía legal pueda resultar un daño para la leal competencia. Así debería considerarse que todo tipo penal de carácter patrimonial o socio-económico protegería, de forma adicional a cualquier otro bien jurídico protegido, a la leal competencia, constituyéndose en un delito de peligro abstracto respecto de este bien jurídico. El tipo de blanqueo como norma de resguardo protegería también este bien jurídico. Sin embargo, esta interpretación conlleva consecuencias altamente riesgosas para la seguridad jurídica en relación con todos los delitos que hipotéticamente pueden constituirse en precedente del blanqueo y, por ello, debe ser descartada.

BdeC que refiera a los elementos básicos que comparte toda forma de blanqueo: la ocultación del origen delictivo de los bienes<sup>834</sup>.

### C. Conclusiones

Los daños sociales a que da origen el BdeC pueden resumirse en su *efecto criminógeno*, en el *incremento del poder económico de las organizaciones criminales* y en el *daño a las reglas de la leal competencia*. Si bien, de *lege ferenda*, esto podría dar lugar a tipos penales con enunciados legales de diversa índole (orientados, por ejemplo, más a la entidad económica de los bienes blanqueados o a su vinculación subjetiva con el crimen organizado) que se encuentren en relación concursal entre ellos, una interpretación de *lege lata* debe considerar el enunciado legal vigente y proceder a la reconstrucción sistemática que resulte más adecuada al texto legal.

Esta reconstrucción sistemática se lleva a cabo aquí con base en la *función preventiva* de la Administración de Justicia que consiste en el impedimento de futuros hechos ilícitos y en la teoría de las *normas de resguardo*. El tipo penal del art. 301 del CP es interpretado como un tipo de blanqueo/ocultación y, por ende, como un caso de norma de resguardo junto con los tipos penales de encubrimiento y receptación, lo que puede interpretarse como una reformulación desde la teoría de las normas de la perspectiva político-criminal aquí adoptada, en el sentido de que este tipo penal protege de forma inmediata las funciones de la *Administración de Justicia (imposición de pena y decomiso)* y, *por su medio, los bienes jurídicos afectados por los delitos que la actividad de blanqueo incentiva*.

En aquellos casos en que en la comisión de los delitos previos intervienen organizaciones delictivas el tipo penal de blanqueo coadyuva a proteger

---

<sup>834</sup> En una línea cercana, evidenciando que existen diversos aspectos del tipo penal de BdeC y que uno de ellos es el de blanqueo/ocultación, SÁNCHEZ-OSTIZ entiende que *“por lo que se refiere a los delitos de lavado de capitales de origen delictivo (artículos 301 y ss. CP), puede decirse que sólo en cierto modo responden a este planteamiento: la ocultación del origen de los bienes poseídos tiene el carácter de favorecimiento, propio del delito de encubrimiento, en la medida en que quien así obra está impidiendo o dificultando la efectiva vigencia de las normas que prohíben los delitos de los que proceden esos fondos. Dicho de otro modo: las conductas de lavado y legitimación de capitales vienen a convertir el delito (previo) en una fuente productiva de ‘riqueza’, lo cual no puede pasar sin que se relativice la norma del delito previo. Hay sin embargo, en el lavado de capitales algo que lo separa de este planteamiento: y es que la serie de conductas que sigue al delito origen adquiere sentido en cuanto tal trama. Surge con ello un interés en la persecución de los delitos, con entidad por sí mismo. En el lavado de capitales me parece así hallarse un interés directo, propio, en la persecución, que desvincularía tal hecho de los delitos de los que proceden”*. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, pp. 366, 367.

un bien jurídico adicionalmente ya protegido por los tipos penales que sancionan aquellas conductas: la *seguridad interior*.

Por otra parte, se ha sostenido que un tipo penal de blanqueo/competencia desleal excedería el sentido del tipo penal del art. 301 del CP. Sin embargo, ya se ha expresado que esta segunda modalidad típica parece tener un lugar marginal en la política criminal contra el BdeC a pesar de que no parece encontrarse reflejado en la legislación española.

Esta interpretación del bien jurídico protegido resulta alineada con la perspectiva político-criminal que articula el presente trabajo y con base en la cual sostengo (1) que el BdeC debe ser disuadido en razón de los daños sociales que de él se derivan; (2) que la evitación de los daños sociales que de él se derivan se logra por medio del cumplimiento eficaz de las funciones de la Administración de Justicia (decomiso de ganancias y condena por el delito previo) y (3) que el tipo penal sirve de forma inmediata al mantenimiento del nivel de eficacia de estas funciones de la Administración de Justicia y, por ese medio (es decir, de forma mediata), a la protección de los bienes jurídicos que esas funciones protegen.

#### **4. Los antecedentes del art. 301 del CP: las normas supra e internacionales**

Las conductas típicas reguladas en las normas supra e internacionales han sido objeto de escasos análisis dogmáticos<sup>835</sup>. En el ámbito de la dogmática penal alemana se ha llevado algún intento de sistematización de esta regulación que, como se ha dicho, se encuentra contenida en la *Convención de las Naciones Unidas (1988)*, en la *Convención del Consejo de Europa (1990)*<sup>836</sup> y, dentro del espacio europeo, en la *Directiva Europea 2005/60/UE*<sup>837</sup>.

JOACHIM VOGEL presenta la siguiente clasificación de los tipos penales de BdeC regulados en las normas internacionales<sup>838</sup>:

- El tipo básico (*Grundtatbestand*)

---

<sup>835</sup> Conf. VOGEL, J.; “Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, en *ZStW* N° 109 (1997), p. 339.

<sup>836</sup> Para los textos de la Convención de las Naciones Unidas y de la Convención del Consejo de Europa cito conforme GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*.

<sup>837</sup> En el mismo sentido, Cfr. VOGEL, J.; “Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, p. 335.

<sup>838</sup> Sigo a VOGEL, J.; “Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, pp. 339-341.

- El tipo de receptación de bienes o ganancias (*Vermögen- und Nutzheblerei*)
  - El tipo de tendencia interna trascendente (*Absichtstatbestand*)
- A continuación se verá en que consiste cada uno de ellos.

## A. El tipo penal básico

VOGEL entiende que el tipo básico de BdeC se encuentra regulado en la Convención de Viena (art. 3.1.b.ii.), en la Convención del Consejo de Europa (art. 6.1.b) y en la Directiva Europea art. (1.2.b) y se caracteriza por la **prohibición de ocultar, encubrir o disimular** la naturaleza (ilegal), el origen (ilegal), la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad<sup>839</sup>. En la legislación española el tipo penal básico se encuentra literalmente reflejado en el art. 301.2 del CP que sanciona “la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos”.

El autor alemán considera que éste es el tipo penal básico de blanqueo de capitales en razón de que, en consonancia con la definición criminológica de BdeC, el peligro específico de esta actividad consiste en el elemento de manipulación y engaño. Se trata de un delito de mera actividad en el cual se encuentra, sin embargo, inscrito un *resultado: se debe ocultar la naturaleza ilegal de los bienes*. Se trata, según este autor, de un *delito de peligro abstracto respecto de la intervención estatal sobre los objetos patrimoniales de origen ilegal*.

## B. El tipo penal de receptación de bienes o ganancias

El tipo penal de receptación de bienes o ganancias (*Vermögen- und Nutzheblerei*) que se encuentra regulado en la Convención de Viena (art. 3.1.c.i.), en la Convención del Consejo de Europa (art. 6.1.c) y en la

---

<sup>839</sup> Convención de Viena, art. 3.1.b.ii.): “*The concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from an offence or offences (...)*”; Convención del Consejo de Europa, art. 6.1.b): “*The concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is proceeds*”; Directiva Europea, art. 1.2.b): “*la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de los bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad*”.

Directiva Europea (art. 1.2.c), condena la **adquisición, posesión o utilización** dolosa de bienes de origen ilegal con la finalidad de aislar al autor del delito precedente<sup>840</sup>.

Este tipo penal ha sido recibido en el § 261.2 del StGB mientras que el CP hace referencia en su art. 301.1.1º a las conductas de “adquirir, convertir o transmitir” bienes, que si bien no parecen ser totalmente coincidentes con las descritas en la regulación internacional (al no hallarse los verbos “poseer” y “utilizar”) tienen una clara reminiscencia a éstas.

### C. El tipo penal de tendencia interna trascendente

El tipo penal de tendencia interna trascendente (*Absichtstatbestand*) se encuentra regulado en la Convención de Viena (art. 3.1.b.i.), en la Convención del Consejo de Europa (art. 6.1.a) y en la Directiva Europea (art. 1.2.a) y prohíbe cualquier movimiento de bienes cuando éste se realiza con la única **finalidad de ocultar el origen ilegal de los mismos**<sup>841</sup>. Según VOGEL se trata de un delito con un elemento de tendencia interna trascendente -la finalidad-, pudiéndose hablar de un delito de resultado cortado y de peligro abstracto. Según una parte importante de la doctrina el art. 301.1.2º CP incorpora el tipo penal de tendencia interna trascendente al sancionar cualquier acto que sea realizado “*para ocultar o encubrir su origen ilícito (el de los bienes), o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*”.

### D. El tipo penal de BdeC imprudente

El CP en su artículo 301.3 tipifica el tipo penal de BdeC imprudente. Sin embargo, España no es el único país que ha optado por sancionar

---

<sup>840</sup> Convención de Viena, art. 3.1.c.i): “*The acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was derived from an offence or offences (...)*”; Convención del Consejo de Europa, art. 6.1.c): “*The acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was proceeds*”; Directiva Europea, art. 1.2.c): “*la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que procede de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad*”.

<sup>841</sup> Convención de Viena, art. 3.1.b.i.): “*The conversion or transfer or property (...) for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property (...)*”; Convención del Consejo de Europa, art. 6.1.a): “*The conversion or transfer or property (...) for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property (...)*”; Directiva Europea, art. 1.2.a): “*la conversión o transferencia de bienes (...) con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes (...)*”.

penalmente el BdeC por negligencia: tanto Alemania como Luxemburgo contemplan también la regulación imprudente<sup>842</sup>. Sin embargo, resulta controvertida la existencia de antecedentes de la tipificación imprudente del BdeC en las normas internacionales.

En efecto, la Convención de Viena (art. 3.1), la Directiva Europea (art.1) y la Convención del Consejo de Europa (art. 6.1) se refieren a la punición de las conductas de blanqueo cuando se cometan “intencionadamente” o “intencionalmente”. Sin embargo, la Convención del Consejo de Europa (art. 6.3) faculta, aunque no obliga, a que las partes tipifiquen como delitos las acciones de blanqueo en los casos en que el delincuente “*debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito*”.

Así mismo, el GAFI, en su reunión en París de febrero de 1990, al adoptar la Recomendación N° 6, llamaba la atención sobre la posibilidad, sugerida por algunos delegados, de sancionar penalmente aquellas actividades en las que el blanqueador “*podría haber conocido el origen ilícito de los fondos blanqueados*”<sup>843</sup>.

La utilización de esta estrategia de intervención legal parece haberse ido consolidando si se considera que el Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada, aprobado en junio de 1997 por el Consejo Europeo de Amsterdam, que ha sido definido como el programa político-criminal de la Unión Europea para los años posteriores, contempla como una de las recomendaciones dirigidas a los Estados miembros de la Unión, la penalización del blanqueo cometido por negligencia (Recomendación n° 26)<sup>844</sup>.

---

<sup>842</sup> El § 261 V del StGB prevé la imposición de pena para quien no reconozca de forma imprudente (con imprudencia grave: “*Leichtfertigkeit*”) que el objeto proviene de alguno de los delitos enumerados como previos del BdeC (la legislación alemana contempla un catálogo de delitos previos). Por su parte, Luxemburgo en el art. 8 de la Ley de 7-7-1989 contempla la comisión imprudente de este delito al sancionar a quien por incumplimiento de sus obligaciones profesionales participe en cualquier operación de blanqueo. Conf. ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, p. 394.

<sup>843</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 31.

<sup>844</sup> Conf. ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, pp. 394, 417.



## 5. Análisis de *lege lata*: la función disuasoria del tipo penal de BdeC del art. 301 del CP

### A. Introducción

El tipo penal de BdeC fue introducido por primera vez en la legislación española por la LO 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas y recogida en el anterior Código Penal en el artículo 546 f). Posteriormente la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas lo incorpora en los artículos 344 bis h) e i).

Finalmente, el Código Penal de 1995 recoge el tipo penal de BdeC en la actualidad en el Capítulo XIV del Título XIII, “De la receptación y otras conductas afines”. Los artículos 301 a 304 tienen por objeto la regulación del blanqueo de capitales procedente de delitos, refundiendo de esta manera una materia que en el anterior Código Penal era objeto de una doble regulación: el blanqueo de capitales estaba previsto exclusivamente respecto de capitales provenientes de los delitos de tráfico de drogas y precursores tanto en el artículo 546 f) (LO 1/1988) como, tras la LO 8/1992, también en los artículos 344 bis h) e i), dando lugar a un caos interpretativo en la materia. El Código Penal de 1995 recoge conjuntamente el BdeC con independencia de que los bienes procedan o no del tráfico de estupefacientes<sup>845</sup>.

### B. Límites del análisis

Como resulta evidente, el presente trabajo no tiene como exclusivo objeto de estudio el tipo penal de BdeC regulado en el art. 301 del CP; en este sentido, tal como ya se ha indicado, no se trata de un estudio de Parte Especial del Derecho penal. A pesar de que ello no me exime de analizar uno de los instrumentos más característicos de la política criminal dirigida a reducir la actividad de BdeC, sí me habilita a restringir el análisis del mismo a ciertos aspectos del tipo penal que considero más relevantes para el presente trabajo.

Sin duda, todos los aspectos de la regulación penal cumplen un importante papel político-criminal ya que restringen o amplían la

---

<sup>845</sup> Todo conf. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, pp. 675, 676.

aplicación del tipo legal y, por ende, tienen efectos sobre la capacidad disuasoria del sistema de prevención (que incluye la prevención por medio del castigo), pero, sin embargo, no pueden tratarse aquí desde el punto de vista interpretativo o jurídico-dogmático por hallarse fuera del marco teórico del presente trabajo. Así, cuestiones relevantes como la discusión de fondo acerca de si se acepta la tentativa de este delito<sup>846</sup>, si puede cometerse en comisión por omisión<sup>847</sup>, si debe existir sentencia

---

<sup>846</sup> Resulta evidente que el tratamiento del iter criminis dependerá de la forma en que se hayan concebido los tipos penales de BdeC doloso del 301.1 y 301.2. En el art. 301.2 la consumación del delito requiere que se haya verificado la efectiva ocultación o el efectivo encubrimiento (es decir, el resultado jurídicamente desaprobado de poner en peligro el cumplimiento de las funciones de la Administración de Justicia). La doctrina dominante entiende que no hay inconveniente alguno en castigar la tentativa en la modalidad del 301.2, aun para aquellos que consideran que en dicha modalidad se contienen estructuras de mera actividad. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 22. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, pp. 518, 519. Las diferencias surgen en relación con el art. 301.1. El art. 301.1 conjuga modalidades de acción cuya consumación presupone como resultado la realización de la acción típica (adquirir, convertir, transmitir, ayudar) y nada parece impedir las formas imperfectas de ejecución. Todo conf. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Receptación y Blanqueo de Capitales”, p. 567. Sin embargo, surgen diferencias en relación con la aceptación de la tentativa en la doctrina. Mientras un sector cree que nada impide la apreciación de la tentativa, otro sector cree que aun cuando la tentativa sea conceptualmente imaginable todas las conductas del 301.1 recogen ya un supuesto de tentativa de encubrimiento o favorecimiento real elevada a la categoría de delito independiente (tentativas autónomas), en virtud de lo cual no es jurídicamente posible sancionar la tentativa de la tentativa, de conformidad con la interpretación tradicional del precepto contenido en el art. 64 CP. En este sentido, VIDALES RODRIGUEZ, C.; *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, p. 137, aceptando también la tentativa inidónea; y en el segundo MARTINEZ BUJÁN PÉREZ, C.; “*Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*”, 2ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 519. Por último, debe destacarse que el art. 304 incluye actos preparatorios castigando “la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en el art. 301 a 303”. Si bien se trata de una remisión general, resulta claro que por derivación de la teoría general del hecho punible este tipo legal no será aplicable en el caso del blanqueo imprudente del 301.3. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 36.

<sup>847</sup> En relación con la comisión por omisión, si se entiende, con la doctrina mayoritaria, que el 301.1 se trata de un tipo penal de mera actividad y no de un delito de resultado, no debería aceptarse la autoría en comisión por omisión. Ello no obsta, sin embargo, a que se acepte la cooperación necesaria o la complicidad en comisión por omisión dado que en tales supuestos no hay obstáculo para vincular la participación por omisión a un delito de mera actividad. En este sentido, tal como dice Martínez Buján, no habría inconveniente dogmático en castigar como participación en comisión por omisión la conducta de quien omite la obligación de comunicar al SEPBLAC aquellas operaciones con respecto a las que exista certeza o indicio de que están relacionadas con el BdeC. MARTINEZ BUJÁN PÉREZ, C.; “*Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*”, 2ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 508. Sin embargo, la doctrina mayoritaria admite que la ocultación del art. 301.2 puede realizarse bien mediante una conducta activa –esconder, disfrazar, tapar– bien mediante una conducta pasiva –callar lo que se conoce–. Se afirma que las activas parecen abarcar conductas de carácter manipulador, realizadas en el tráfico económico,

condenatoria por el delito previo al momento de condenar por el BdeC<sup>848</sup>, si se puede condenar a los intervinientes en el delito previo como autores del delito de blanqueo de los bienes obtenidos de aquél (es decir, si el autoblanqueo es punible)<sup>849</sup> y, por último, las relaciones de

---

mientras que la conducta omisiva consiste en callar lo que se puede y debe decir. Conf. BLANCO CORDERO, I.; *“El delito de blanqueo de capitales”*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 317-318. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *“El blanqueo de capitales en Derecho Español”*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 21, 22.

<sup>848</sup> Córdoba Roda aclara que hay dos momentos distintos respecto de los cuales hay que determinar el sentido del concepto “delito” (previo) utilizado en el enunciado legal del tipo penal de BdeC. Por un lado, el *momento de la comisión de la conducta de BdeC* y, por otro, *el momento del enjuiciamiento del blanqueo*. En relación con el momento de la comisión de la conducta de blanqueo, es decir cuando se lleva a cabo la acción típica de adquirir, convertir o transmitir bienes, no es en modo alguno necesario, según este autor, que exista una sentencia que haya declarado que el hecho precedente es constitutivo de delito. Por otro lado, en relación con el momento de juzgar un Tribunal si unos hechos cumplen el tipo del art. 301.1, la estimación de dicho tipo y la consiguiente condena por parte del Tribunal presuponen obviamente que dicho órgano judicial constate la concurrencia de todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo y, entre ellos, el de que existe un delito precedente: la afirmación de que existe un delito precedente sólo se puede realizar si un Tribunal ha enjuiciado estos hechos y ha dictado una condena por los mismos. Para que unos hechos puedan ser calificados como delito, es imprescindible el que los mismos sean objeto de un proceso y de un juicio con todas las garantías. Así mismo, continúa este autor, dicho enjuiciamiento y condena se pueden producir por el propio Tribunal que enjuicia las conductas de blanqueo de capitales o por un Tribunal distinto, sea nacional o extranjero (en el caso de que la conducta previa se halle sujeta a la competencia de otros Estados). CÓRDOBA RODA, J.; *Abogacía, Secreto Profesional y Blanqueo de Capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, pp. 64-66. En el mismo sentido, otros autores afirman que *“nadie podrá ser condenado por blanqueo si no existe una sentencia firme y definitiva, anterior por un delito distinto (...) lo contrario es una aberración jurídica”*; COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Blanqueo de Capitales. Abogados, Procuradores y Notarios, Inversores, Bancarios y Empresarios*, p. 82.

<sup>849</sup> Una parte de la doctrina entiende que aquí se encuentra vigente el *“(…) llamado privilegio del autoencubrimiento”*, ver COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Blanqueo de Capitales. Abogados, Procuradores y Notarios, Inversores, Bancarios y Empresarios*, ver p. 97. En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; *Derecho Penal Español. Parte especial*, 5ª Ed., Atelier, Barcelona, 2008, p. 1233. También entienden que se trata de un acto posterior impune, GONZÁLEZ RUS, J.J.; *“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”*, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Cobo del Rosal (Coord.), Dykinson, Madrid, 2004, p. 605; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; *“Receptación y Blanqueo de Capitales”*, p. 565; ZARAGOZA AGUADO, J.A.; *“El blanqueo de bienes de origen criminal”*, p. 386, quien, de todos modos, admite la aplicación del tipo penal de BdeC al interviniente en el delito previo en un caso curioso: cuando el partícipe en el hecho principal realice actos con el fin de ocultar o encubrir bienes obtenidos por otros partícipes en el delito antecedente. Por el contrario, sostienen la autonomía del tipo penal de BdeC respecto del delito previo y, por lo tanto, la posibilidad de aplicarlo a los intervinientes en el delito precedente, CÓRDOBA RODA, J.; *Abogacía, Secreto Profesional y Blanqueo de Capitales*, pp. 70-72; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 510, 511; MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 539.

conflicto y concurso con los tipos penales de receptación y encubrimiento<sup>850</sup>.

Así mismo, conviene aclarar que es unánime la opinión doctrinal de que cuando las conductas de blanqueo han sido pactadas de antemano (*pactum sceleris*), y del mismo modo que ocurre con los delitos de encubrimiento o de receptación, podrán subsumirse en el precepto penal que tipifique aquellos hechos antecedentes como formas de intervención en aquél, de modo tal que no resultarán aplicables los delitos de BdeC regulados en el art. 301 del CP<sup>851</sup>.

---

Luego de sentencias en sentido contradictorio, esta cuestión ha sido resuelta en el ámbito jurisprudencial por el TS en Acuerdo de 18 de julio de 2006, en el que se inclinó en favor de la tesis de la autonomía, es decir de la aplicabilidad de este tipo a los intervinientes en el delito previo. Hace mención de las diversas sentencias en sentido contradictorio, CÓRDOBA RODA, J.; *Abogacía, Secreto Profesional y Blanqueo de Capitales*, p. 70.

<sup>850</sup> Martínez Buján Pérez realiza una excelente descripción del estado de la cuestión en la doctrina española que puede servir para tener una visión de conjunto. Dice este autor que en la práctica siempre se pueden imaginar supuestos en que un hecho puede ser subsumido en dos preceptos penales a la vez: en el de blanqueo, por un lado, y en los de la receptación y encubrimiento, por el otro. Cuando esto suceda, hay coincidencia en estimar que no será factible recurrir a las disposiciones del concurso de delitos, sino a la institución del *concurso aparente de normas penales*. El problema es que no reina acuerdo doctrinal a la hora de decidir qué reglas de resolución del conflicto de normas son aplicables en cada caso y, por consiguiente, cuál es el precepto que en concreto debe prevalecer. En el caso de la relación *blanqueo/receptación* el conflicto se produciría únicamente cuando las conductas recaigan sobre los efectos que constituyen el objeto material de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico que hubiese sido ejecutado por una persona no interviniente en el delito previo. En tal hipótesis un sector doctrinal cree que debe prevalecer el delito de receptación del art. 298, para lo cual suele invocarse el principio de especialidad; sin embargo, otro sector entiende que, aunque sea dogmáticamente correcta la aplicación del principio de especialidad, no resulta plenamente satisfactoria en la medida en que podría suponer un inexplicable privilegio para el blanqueador, en virtud de lo cual propone recurrir a la regla de la alternatividad. Por otro lado, en el caso de la relación *blanqueo/encubrimiento* la cuestión es más compleja porque de entrada ya se discute la propia zona de conflicto entre ambos tipos penales. Así, mientras un sector doctrinal señala un amplio ámbito común, generador de posibles conflictos entre el precepto del art. 451 y del 301, otro sector limita la cuestión de la posible concurrencia de normas a la relación existente entre el auxilio complementario del 451.1 y la modalidad de blanqueo de bienes del art. 301.2: por un lado, entre los partidarios de la primera corriente las opiniones se dividen entre los que creen que el blanqueo es ley especial frente al encubrimiento y los que proponen el principio de alternatividad; por otro lado, los partidarios de reducir el conflicto al 451.1 y al 301.2 proponen resolver la cuestión con arreglo a la regla de la consunción, asumiendo la idea de que el contenido de injusto del delito de blanqueo absorbe ya el injusto del auxilio complementario. Todo conf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, pp. 523, 524.

<sup>851</sup> También la jurisprudencia ha dado apoyo a esta opinión en STS de 21 de enero de 1993. Conf. ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, p. 384.

La exposición se concentrará, sobre todo, en la utilidad del tipo penal en relación con la disuasión de los blanqueadores (entendidos, tal como se ha hecho, como aquellos que pretenden utilizar dolosamente –dolo directo- ciertas “puertas” de la economía legal para invertir o consumir bienes de origen delictivo) así como de los sujetos obligados que pueden incumplir sus deberes de control actuando de forma imprudente o con dolo eventual al controlar a dichos blanqueadores. En el contexto de este análisis sí pueden aparecer dos cuestiones interpretativas del tipo penal que se tratarán conforme la doctrina de referencia en el tema, tal como son las relativas a los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan a la acción típica y la clasificación de los tipos legales como delitos comunes o especiales.

### C. El BdeC doloso: los tipos penales del art. 301.1 y 301.2 del CP

#### a) Introducción

El **artículo 301.1 del CP** establece una *pena de prisión* de entre seis meses a seis años y *multa* del tanto al triple del valor de los bienes así como *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 para 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 ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*”<sup>852</sup>. Así mismo, el **art. 301.2 del CP** establece que se sancionará con las mismas penas “*la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos*”<sup>853</sup>. Los **artículos 302 y 303 del CP** establecen tipos agravados, el primero por *pertenencia a una organización* dedicada al

---

<sup>852</sup> El artículo 301. 1. CP dice: “*El que adquiere, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, 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 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 fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años*”.

<sup>853</sup> El art. 301.2 del CP dice “*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 (...)*”.

blanqueo de capitales mientras que el segundo por las *condiciones personales del autor*<sup>854</sup>.

En las modalidades de los *apartados 1 y 2 del art. 301 del CP se describen sendos tipos dolosos*. El legislador ha incluido el requisito de que el autor debe actuar “sabiendo” o “a sabiendas” de que los bienes provienen de un delito. Este requisito ha sido interpretado, según la doctrina dominante, en el sentido de que no se trata de un especial elemento subjetivo del injusto sino que es parte integrante del dolo típico y sin que, por otro lado, impongan la exigencia de una determinada clase de dolo. Así, los elementos introducidos por el gerundio “sabiendo” (en el apartado 1) y la expresión “a sabiendas” (en el apartado 2) constituyen una parte más del dolo típico y *son conceptualmente compatibles con cualquier clase de dolo*<sup>855</sup>, *incluyendo, entonces, la ejecución con dolo eventual*<sup>856</sup>. Así mismo,

---

<sup>854</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J.; “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, pp. 607, 608. El artículo 302 del CP establece penas agravadas para aquellos casos en que se esté frente a una organización que se dedica al BdeC: la mitad superior de las penas del art. 301 a las personas que pertenezcan a la organización y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones. Así mismo se establecen consecuencias jurídicas para las organizaciones que incluyen su disolución, suspensión de actividades o prohibición de realizar aquellas actividades en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito. De la ley se desprende que se contemplan dos clases de organizaciones a efectos del delito: las que siendo formalmente legales han escondido accidentalmente un proceso de blanqueo y las que son sólo sociedades o negocios ficticios dedicados al blanqueo de los bienes provenientes del delito. QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 1355. En efecto, no se exige que la organización se dedique de forma exclusiva a los fines delictivos señalados: la norma también se dirige contra organizaciones que son utilizadas con fines prohibidos aun cuando en su seno se desarrollen otras actividades. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico”, pp. 866, 867. El artículo 303 del CP, por otra parte, establece la imposición de una pena accesoria de inhabilitación cuando el sujeto activo ostente los roles de empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo (médicos, psicólogos, veterinarios, farmacéuticos y sus dependientes), funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. Desde la perspectiva político-criminal cabe realizar una crítica a estas cualificaciones personales: si bien la imposición de la inhabilitación para el empresario, intermediario en el sector financiero y funcionario público encuentra asidero en las especiales funciones que éstos pueden cumplir para el BdeC, menos justificación encuentran las restantes que parecen ser una reminiscencia de las cualificaciones en los casos de tráfico de drogas. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 29. QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 1355. ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, pp. 391, 392.

<sup>855</sup> Conf. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 512. En contra, entienden que la expresión “a sabiendas” excluye el dolo eventual, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª Ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 556.

existe consenso en la doctrina en que los tipos penales dolosos del art. 301.1 y 301.2 configuran un *delito común*, es decir que no requieren ninguna condición especial en los autores<sup>857</sup>.

*b) Las modalidades de acción y los verbos típicos*

Una de las cuestiones más controvertidas del tipo penal de blanqueo de capitales es la referente a determinar las modalidades de acción, problemática tributaria de la confusa redacción del precepto que, a su vez, encuentra razones tanto en la necesidad de adaptación de la regulación internacional al sistema jurídico nacional como en las dificultades planteadas en torno al debate acerca del bien jurídico protegido por este tipo legal.

En relación con la figura del **art. 301.1 del CP** las opiniones se hallan divididas: a) por un lado, se encuentran los que entienden que la conducta

---

<sup>856</sup> Conf. CÓRDOBA RODA, J.; *Abogacía, Secreto Profesional y Blanqueo de Capitales*, p. 69. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; *Derecho Penal Español. Parte especial*, p. 1235. En la jurisprudencia existen diferencias de criterio ya que mientras una corriente jurisprudencial estima que el 301.1 requiere que la conducta del sujeto activo se realice sabiendo que los bienes tienen su origen en un delito es decir con dolo directo, el cual requiere conocimiento de la procedencia ilícita de los mismos (SSTS de 13 de enero de 2006 y de 14 de diciembre de 2005), otra corriente jurisprudencial admite el dolo eventual, al considerar que no es preciso un conocimiento exacto del delito base, bastando con que se comprenda la anomalía de la operación que se realiza (SSTS de 26 de diciembre de 2006, de 14 de setiembre de 2005 y de 19 de enero de 2005). Conf. MOLINA MANSILLA, M.; "El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal", p. 68.

<sup>857</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 309. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 509. MESTRE DELGADO, E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 398, 399. MOLINA MANSILLA, M.; "El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal", p. 59. Debido a que se trata de delitos comunes, la doctrina entiende que rigen las reglas generales en materia de autoría y participación. Deberá tenerse en cuenta, eso sí, que se trata de una figura delictiva que ofrece la peculiaridad de incardinarse en ciertos casos en la esfera de la denominada criminalidad empresarial, debido a lo que en dichos casos habrá de tenerse en cuenta los específicos problemas que pueden surgir en dicha esfera a la hora de determinar la autoría y la participación. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 521. Así mismo, la doctrina mayoritaria coincide en que en el seno de los delitos del 301.1 y 301.2 no se acoge un concepto unitario de autor y que, por tanto, el punto de partida será el del concepto restrictivo de autor. En este sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 349. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 76. DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, p. 246. En sentido contrario, entiende que la cláusula abierta "realizar cualquier otro acto" comporta una excepcionalidad de la complicidad en beneficios de las formas de autoría; ZARAGOZA AGUADO, J.A.; "El blanqueo de bienes de origen criminal", p. 383. Así mismo, se entiende que no hay obstáculo para la autoría mediata, la coautoría y la inducción. Todo conf. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 521.

descrita en el tipo es la “realización de cualquier acto” sobre los bienes provenientes del delito previo con la “finalidad de ocultación o encubrimiento” (los verbos adquirir, convertir, transferir serían meros casos ejemplificativos de cualquier acto con aquella finalidad) mientras que, b) otra línea de la doctrina entiende que el 301.1 contiene dos tipos legales diferenciados, que serían por un lado el que prohíbe adquirir, convertir o transmitir bienes con conocimiento de su origen ilícito (sin requerir finalidad alguna) y, por otro, la realización de cualquier otro acto con la finalidad de ocultación o encubrimiento<sup>858</sup>. En efecto, las disidencias entre ambas corrientes de interpretación del 301.1 se encuentran en la relación existente entre los verbos típicos (“adquirir, convertir, transferir”) y la expresión “cualquier otro acto” (también incluida en este apartado del art. 301) y al requisito de que exista “finalidad” de ocultación, encubrimiento o ayuda.

Una corriente doctrinal (a) entiende que el apartado 1 del art. 301 se caracteriza por las finalidades de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a la persona que ha participado en la infracción para eludir las consecuencias legales de sus actos. Las conductas típicas de “adquisición, conversión y transmisión”, así como “cualquier otro acto” sobre los bienes procedentes de un delito previo sólo serán punibles

---

<sup>858</sup> En lo que sí existe un relativo consenso es en el sentido de los verbos típicos adquirir, convertir y transmitir: *adquirir* bienes equivale a incorporar éstos a un patrimonio; *convertir*, a transformar los bienes en otros distintos, y *transmitir*, a transferirlos a otra persona distinta del originario titular. Adquirir y transmitir bienes son verbos que se refieren a una misma conducta, aunque contemplada desde sujetos distintos: la transferencia de los bienes de una persona a otra equivale a una adquisición para quien los recibe y a una transmisión para quien los transfiere. CÓRDOBA RODA, J.; *Abogacía, Secreto Profesional y Blanqueo de Capitales*, p. 58. En sentido similar, pero algo más extenso, dice Molina Mansilla respecto de los tres verbos típicos: a) la *adquisición* supone el cambio de titularidad, transfiriéndose la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos a favor del sujeto activo, mediante contraprestación, por lo que no tendría cabida la mera posesión o la donación, ya que el autor del delito previo no habría obtenido beneficio alguno del delito; b) la *conversión* significa la transformación de los bienes en otros distintos, pudiendo ser inmaterial cuando el dinero en efectivo se transforma, por ejemplo, en una simple anotación contable en cuenta bancaria, o material cuando el dinero se convierte en un objeto tangible, por ejemplo, un bien suntuario, como una joya; c) la *transmisión* es el proceso inverso a la adquisición, requiriéndose, igualmente, el cambio de titularidad del bien a favor de un tercero, es decir, el traslado de los bienes de un lugar a otro. MOLINA MANSILLA, M.; “El delito de blanqueo de capitales: concepto y fases”, p. 61. También una definición minuciosa en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, pp. 7, 8; así como en MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, pp. 507, 508.



según este tipo penal si están presentes las indicadas finalidades de ocultación o encubrimiento<sup>859</sup>.

Así, esta figura tipificaría exclusivamente actos dirigidos por la finalidad de ocultación, encubrimiento o ayuda. Las conductas de “adquisición, conversión y transmisión” así como “cualquier otro acto” no serían más que “casos de” conductas realizadas con esa finalidad. El artículo 301.1 sería el correlato en la legislación nacional del “tipo de tendencia interna trascendente” (*Absichtstatbestand*) de la regulación internacional ya analizada. Esta corriente de opinión entiende que esta interpretación es coherente con las normas internacionales y que, en todo caso, cuando el infractor realice estas conductas sin las finalidades allí detalladas podrán aplicarse los tipos penales de encubrimiento (art. 451 CP) o receptación (art. 298 CP).

Según esta interpretación del art. 301.1 la consumación de estas conductas se produce sin necesidad de resultado ulterior alguno, bastando con que se realice cualquiera de los comportamientos descritos en el precepto con alguna de las finalidades allí señaladas. Se trata, así, de un tipo de los denominados por la doctrina penal como de resultado cortado<sup>860</sup>.

Por el contrario, otro sector doctrinal (b) considera que en la descripción del 301.1 hay dos conductas típicas: 1. por un lado, en el inciso inicial se incluyen los actos de mera adquisición, conversión o transmisión de bienes, sabiendo que proceden de un delito previo, con independencia de la finalidad perseguida por el blanqueador; 2. en el segundo inciso se tipifican actos tendentes a la ocultación, el encubrimiento o el auxilio<sup>861</sup>.

---

<sup>859</sup> Sostiene esta tesis BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 306 y ss., 313 y ss. Esta tesis también es sostenida por Muñoz Conde y Queralt Jiménez identifica este apartado con el tipo de tendencia interna trascendente: cualquier conducta que se lleve a cabo (incluyendo la adquisición, conversión o transmisión de bienes) debe llevarse a cabo, para ser punible, con este elemento subjetivo del tipo. Una de las consecuencias más importantes que de ello deriva un sector de la doctrina es que sólo es posible la comisión dolosa de este tipo penal, no siendo aplicable el tipo imprudente del 301.3. Conf. MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 538, 539. Queralt Jiménez entiende, por el contrario, que sí resulta aplicable el tipo imprudente del 301.3. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; *Derecho Penal Español. Parte especial*, p. 1235. También sostiene esta tesis BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 306 y ss., 313 y ss.

<sup>860</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, pp. 19, 20.

<sup>861</sup> En esta línea, MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, pp. 506, 507. También, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Receptación y Blanqueo de Capitales”, p. 566.

Quienes siguen esta segunda opinión entienden, así mismo, que la previsión de la cláusula genérica del 2º inciso consiste en realizar “cualquier acto”, cuya única restricción es que se consideran típicos únicamente aquellos actos que vayan encaminados a producir la ocultación o encubrimiento de la ilícita procedencia de los bienes o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos, que en la descripción legal se definen como simples fines perseguidos por el ánimo del autor, característicos de los delitos de resultado cortado<sup>862</sup>.

Por su parte, el **artículo 301.2 del CP** se refiere a las conductas de “ocultar” y “encubrir”. Se recogen así en el ordenamiento penal español las conductas descritas en la Convención de Viena (art. 3.1.b.ii.), en la Convención del Consejo de Europa (art. 6.1.b) y en la Tercera Directiva Europea art. (1.2.b), ya denominado como **tipo básico** (*Grundtatbestand*) de BdeC<sup>863</sup>. Por ello, se ha dicho que este artículo del CP debe ser analizado de acuerdo a su redacción en la Convención de Viena<sup>864</sup>.

La doctrina española interpreta este tipo penal como una modalidad de favorecimiento real, pues con tales conductas se está ayudando al delincuente a aprovecharse de los productos de sus delitos e impidiendo el descubrimiento de tales productos ilícitos. Una parte de la doctrina española lo califica como un delito de resultado: el encubrimiento de los bienes se considera un resultado<sup>865</sup>. Por el contrario, otra parte de la doctrina lo entiende como un delito de mera actividad: así, BLANCO CORDERO entiende que puede consumarse el delito con la ocultación sin necesidad de que produzca como resultado el encubrimiento<sup>866</sup>. Sin

---

<sup>862</sup> MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 508.

<sup>863</sup> En el mismo sentido en la doctrina española, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 20; FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 518; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 509.

<sup>864</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 411.

<sup>865</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 22; MOLINA MANSILLA, M.; "El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal", en *La Ley Penal N° 42 Año IV (Octubre 2007)*, p. 65.

<sup>866</sup> Todo conf. BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 316-319. Lo considera un delito de mera actividad MESTRE DELGADO, E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Ed., Lamarca Pérez (Coord.), UNED/COLEX, Madrid, 2005, p. 398. Queralt Jiménez le quita toda entidad al apartado 2º del art. 301 diciendo que “no es en definitiva más que abundar en detalles del tipo básico (el art. 301.1) (...) No son más que las formas imaginables de que el delincuente disfrute del producto de sus fechorías y/o impedir que la justicia las descubra y/o acceda a la fortuna tan ilícitamente labrada”. Conf. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; *Derecho Penal Español. Parte especial*, p. 1234. Si esto fuera así, el art. 301.2 sería sobreabundante e innecesario.

embargo, coincido con aquella parte de la doctrina que entiende, también, que no existe diferencia alguna entre “ocultar” o “encubrir”, ya que son términos sinónimos<sup>867</sup>: cualquier acción u omisión que pueda camuflar o esconder será incluíble en la conducta típica<sup>868</sup>.

El planteamiento de una interpretación alternativa que resulte más articulada en relación con la propuesta aquí llevada a cabo de considerar el tipo penal del BdeC del art. 301 como una norma de resguardo no resulta aquí posible<sup>869</sup>. Lo relevante de *lege lata*, a efectos político-

---

<sup>867</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 411.

<sup>868</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, p. 232.

<sup>869</sup> En todo caso, existe una línea de interpretación minoritaria que resulta más compatible con la perspectiva político-criminal adoptada. Desde la perspectiva propuesta para sistematizar el sistema de prevención del BdeC con la tipificación penal del mismo, es el elemento “ocultación” (o su sinónimo “encubrimiento”) el que resulta clave. En efecto, es la ocultación del origen ilícito de los bienes la que pone en peligro el cumplimiento de las dos funciones estatales que se subsumen en el bien jurídico Administración de Justicia (y que, sumadas, permiten evitar los daños sociales derivados del BdeC): el castigo del delito precedente y el decomiso de las ganancias derivadas del delito. Para ello debe interpretarse que el tipo básico de BdeC es el artículo 301.2 y que la “ocultación” del origen ilícito de los bienes constituye la conducta típica básica. Las conductas de “adquirir, convertir o transmitir” bienes del art. 301.1.1<sup>o</sup> serían casos de “ocultación” del origen ilícito de los bienes, por medio de su integración en la economía legal. En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, pp. 685, 686. En efecto, las conductas de adquirir, convertir y transmitir bienes sabiendo que tienen su origen en un delito también pueden fundirse en la cláusula del 301.2. Conf. QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Valle Muñiz (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1352. En esta interpretación, el delito del 301.2 es un delito de peligro (concreto o abstracto) y las conductas del 301.1 son casos del 301.2.: los casos regulados en el art. 301.1 serían definiciones parciales del verbo “ocultar”. En efecto, Ingeborg Puppe propone para reducir la vaguedad extensional de los conceptos contenidos en los preceptos jurídicos la formulación de definiciones parciales, tal como ocurre en el § 211 del StGB, donde el legislador para la determinación de los elementos del asesinato en el caso de los móviles abyectos indica lo siguiente: quien mate a otro “con ánimo asesino para la satisfacción del instinto sexual, por codicia o por cualesquiera otros motivos abyectos”; los dos primeros casos serían ejemplos de un concepto más genérico -el referido en último término- que incluye a los dos primeros. Lo propio ocurriría con los verbos “adquirir, convertir, transmitir” en relación con el verbo “ocultar”. Sobre ello, cfr. PUPPE, I.; “Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten”, *GS-Armin Kaufmann*, Köln u.a., 1989, pp. 21-22. Así mismo, Lampe evidencia las dificultades en la determinación del peligro típico del delito de BdeC en relación con la protección de las funciones de la Administración de Justicia, al preguntarse en relación con el decomiso como objeto de protección del § 261 del StGB: “¿En qué consiste la ‘puesta en peligro de la confiscación, del decomiso o del aseguramiento de un objeto’? ¿Tiene (...) que ‘amenazar’ seriamente (...) o ya basta la remota posibilidad, de que el autor previo sea sometido a ella? ¿Pone ya en peligro el comiso un simple abono en cuenta y la entrega de una mercancía la confiscación del dinero sucio utilizado para su pago?”, conf. LAMPE, E-J.; “El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)”, pp. 119, 120. Acerca del tipo penal de BdeC como de peligro concreto; BAJO

criminales, es la utilidad que puede presentar el tipo penal de BdeC en relación con su efecto disuasorio.

*c) El objeto material*

El concepto básico que permite identificar el *objeto material* en este delito viene representado por el término *bienes*, en la medida en que éste es el elemento de la estructura típica alrededor del que giran todos los demás. Una parte de la doctrina obtiene el alcance del concepto otorgándole el mismo sentido que posee en el delito de alzamiento de bienes del art. 257 del CP, mientras que otros apelan a la definición prevista en las normas internacionales<sup>870</sup>. En todo caso, el alcance que terminan atribuyendo ambas opiniones al concepto es el mismo: bienes muebles e inmuebles, corporales e incorpóras, tangibles o intangibles, derechos o valores, así como los créditos, debiendo tratarse de bienes susceptibles de ser valorados económicamente y, por ende, susceptibles de ser incorporados al tráfico mercantil o económico y de ser incorporables al patrimonio (de ahí que los bienes carentes de valor económico no resulten idóneos para ser objetos susceptibles de blanqueo)<sup>871</sup>.

Puede tratarse tanto de los bienes que originariamente provienen del delito (el dinero producto de la estafa) como de sus sustitutivos (el automóvil adquirido con el dinero producto de la estafa) de modo tal que *es punible el BdeC de bienes sustitutivos*. Así mismo, el delito precedente puede ser cualquier delito, incluyendo, por supuesto, un delito previo de BdeC, *lo que lleva a la punibilidad del BdeC en cadena*<sup>872</sup>.

---

FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, p. 698. Acerca de esta discusión en relación con el bien jurídico Administración de Justicia y del sofisticado debate en torno a las distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, ver MENDOZA BUERGO, B.; *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, particularmente pp. 18-56.

<sup>870</sup> Con base en la definición del art. 1 de la Directiva Europea 91/308/CEE, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, pp. 18, 19. Con base en el delito de alzamiento de bienes, MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 501.

<sup>871</sup> Conf. MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, pp. 501, 502.

<sup>872</sup> Conf. QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 1352. También, MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 538; RUBIO LARA, P.A.; *Parte Especial de Derecho Penal Económico Español*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 141. SUÁREZ-MIRA C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRIGUEZ, J.R.; *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Suárez-Mira (Coord.), 3ª Ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 345.

Objeto material de las conductas descritas en el art. 301.1 del CP son los *bienes* que tengan su origen en un delito<sup>873</sup>. Ahora bien: ¿cuál es el objeto material de la conducta descrita en el art. 301.2 del CP? ¿La naturaleza, origen y otras circunstancias de los bienes o solamente los bienes que tienen su origen en un delito grave? La mayoría de la doctrina entiende que objeto de la conducta también puede ser, por ejemplo, el origen ilícito del bien<sup>874</sup>. Así, conforme la interpretación literal del artículo, objeto de la ocultación en el 301.2 no deben ser necesariamente los bienes sino que dicha conducta puede recaer sobre circunstancias, como el origen o naturaleza de aquéllos<sup>875</sup>.

#### D. BdeC con imprudencia grave: el art. 301.3 del CP

La problemática del BdeC en el ámbito de la banca y otros sujetos obligados no yace tanto en el delito doloso sino, particularmente, en el delito imprudente, debido al riesgo que implica las sutiles diferencias que puede haber entre las imprudencias leves y graves en la actividad

---

<sup>873</sup> Conf. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Receptación y Blanqueo de Capitales”, p. 566. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico”, en *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (Dir.)/Barreiro (Coord.), Civitas, Madrid, 1997, p. 864.

<sup>874</sup> En efecto, Del Carpio Delgado afirma al comparar el art. 301.1 (tipo penal de intención) con el art. 301.2 (tipo básico): “(...) *no podemos pasar por alto que en el delito contenido en el art. 301.2 la acción no va referida abstracta o aisladamente a los ‘bienes’, sino que las conductas típicas de ocultación o encubrimiento tienen que recaer sobre determinadas características, circunstancias o manifestaciones de éstos*” y agrega que “*desde una interpretación literal puede parecer que la intención del legislador es que las conductas típicas de ocultación o encubrimiento tienen que recaer sobre la verdadera/o ‘naturaleza’, ‘origen’, ‘ubicación’, ‘destino’, ‘movimiento’, ‘derechos sobre los bienes’, o ‘propiedad’, mas no sobre los bienes en su substrato material*”; DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, pp. 110 y ss. Por su parte, Álvarez Pastor/Eguidazu Palacios indican en el mismo sentido: “*el artículo 301.2 del Código Penal no hace referencia directa a los bienes como objeto material de la acción de ocultación o encubrimiento, sino a determinadas circunstancias de esos bienes, que son las que constituyen el objeto material de la acción. Las circunstancias reseñadas en el núm. 2 del artículo 301 son ‘la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre bienes o propiedad de los mismos’*”; ÁLVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS; *La prevención del Blanqueo de Capitales*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 283. Por último, Blanco Cordero dice: “*La ocultación del artículo 301 número 2 CP consiste en acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como en callar lo que se conoce, para evitar el conocimiento por terceros de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave o la propiedad de los mismos*”; BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 317.

<sup>875</sup> También en el mismo sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 21.

cotidiana de la empresa<sup>876</sup>. Sin embargo, la utilización del tipo penal imprudente de BdeC como instrumento de intervención ha sido criticado duramente, entre otros, por SUÁREZ GONZÁLEZ con base en que las modalidades imprudentes casan mal, desde un punto de vista político-criminal, con las infracciones contra el patrimonio y el orden socio-económico, ya que afectan el fluido tráfico económico<sup>877</sup>. Pero, a pesar de ello, el fluido tráfico económico es un bien social que puede ceder si los beneficios esperados de la reducción del daño social lo justifican: en todo caso, no es una cuestión de reglas morales que establecen soluciones “todo o nada” sino de mera ponderación de intereses en juego<sup>878</sup>.

No cabe duda de que con esta regulación todos los que participan en el tráfico comercial, aun los empleados de las entidades bancarias, deben cargar con este riesgo jurídico. El conflicto de fines entre una efectiva persecución penal y la seguridad jurídica de quienes participan en el tráfico mercantil ha pretendido resolverse de forma razonable a través de la sanción de la comisión imprudente no ya como imprudencia simple sino con el estándar de la imprudencia grave<sup>879</sup>, es decir la omisión de la diligencia más elemental y exigible al hombre menos cuidadoso en la que, por tanto, se infringen los más elementales deberes de cuidado<sup>880</sup>.

---

<sup>876</sup> En este sentido, OTTO, H.; “Das strafrechtliche Risiko der gesetzlichen Vertreter und Geldwäschebeauftragten der Kreditinstitute nach dem Geldwäschegesetz“, *Wistra* N° 9 (1995), p. 327.

<sup>877</sup> En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Receptación y Blanqueo de Capitales”, p. 567. También crítico con la inclusión en el CP del tipo penal imprudente de BdeC, FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 335-341. Por el contrario, a favor de la tipificación del delito de BdeC imprudente, DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, p. 869.

<sup>878</sup> La diferencia entre reglas y principios es que las primeras son aplicables de un modo “todo o nada”; los principios por el contrario no determinan la solución del caso de modo concluyente sino que contienen los fundamentos que hablan a favor de una solución u otra, permitiendo una aproximación a la solución. Alexy entiende que tanto los principios en sentido estricto (derechos individuales) como las “policies” (bienes jurídicos colectivos) pueden considerarse principios y estar, por ende, sujetos a ponderación. Conf. ALEXY, R.; “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien“, en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Alexy/Koch/Kuhlen/Russman (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 219, 220. En este caso, se trata de una ponderación entre el fluido tráfico económico (o la “eficiencia” resultante, entendida como incremento de la tarta –riqueza-) y los bienes protegidos por las normas de prevención del BdeC.

<sup>879</sup> En este sentido, con relación al tipo penal de BdeC imprudente del StGB, HETZER, W.; “Der Geruch des Geldes – Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche“, p. 3299. HETZER, W.; “Vermögenseinziehung, Geldwäsche, Wohnraumüberwachung –Neue Ansätze zur Prävention und Repression der Mafia-“, p. 183.

<sup>880</sup> Conf. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, p. 691; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 32.

Así mismo, se ha propuesto como otra forma de restringir los costes derivados de la inseguridad jurídica del tipo penal imprudente que éste sea considerado como un delito especial restringido sólo a aquellos sujetos obligados a colaborar en la prevención y cuyos deberes de cuidado aparecen regulados por vía administrativa o autorregulatoria. En efecto, tal como se ha dicho, este tipo penal adquiere sentido político-criminal como respaldo jurídico-penal del incumplimiento de los deberes administrativos esenciales y secundarios. En apoyo de esta tesis aparece la interpretación conforme al canon teleológico-subjetivo ya que se afirma que una lectura atenta de los debates parlamentarios y los antecedentes de este precepto parece indicar que el legislador lo ha construido para dirigirlo fundamentalmente a operadores bancarios y financieros así como a otros sujetos obligados<sup>881</sup>. Con esta interpretación se afirma que los destinatarios naturales de esta disposición serían todos aquellos profesionales que, por razón de su actividad, pertenezcan a los círculos jurídicos y económicos que suelen ser empleados por los blanqueadores (con dolo directo) para el blanqueo de sus ganancias<sup>882</sup> y a los que ha de exigirse, en consecuencia, un especial deber de cuidado en las operaciones en las que intervienen<sup>883</sup>.

Sin embargo, esta perspectiva político-criminal no se ve reflejada en el enunciado del tipo legal, que no restringe de modo alguno el sujeto activo del mismo, que, por ende, puede ser cualquiera (delito común). Esta falta armonía entre la interpretación literal y la función político-criminal del tipo ha suscitado una discusión al respecto con dos posiciones muy claras: mientras una parte de la doctrina y la jurisprudencia entienden que se trata de un delito común<sup>884</sup>, otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia<sup>885</sup> entiende que se trata de un delito especial ya que “*el castigo por imprudencia deberá limitarse a aquellas personas físicas que en virtud de la*

---

<sup>881</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J.; “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, p. 607. ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, p. 395.

<sup>882</sup> Conf. FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 419. En sentido similar, dice que “la finalidad” de la figura imprudente es que los directivos o empleados respondan penalmente en caso de incumplimiento de sus obligaciones y normas de actuación, ALONSO PÉREZ, F.; “Blanqueo de bienes de origen ilegal: aspectos penales y criminológicos”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5801 (jueves 12 de junio de 2003), pp. 1644-1649. También en este sentido, GÓMEZ INIESTA, D.; *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, pp. 58-60.

<sup>883</sup> Conf. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 32.

<sup>884</sup> En este sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, p. 32; FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 418.

<sup>885</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 1999, cit. en MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 514.

*Ley 19/1993 sobre Determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, se encuentren obligadas a cumplir las normas allí contenidas*<sup>886</sup>.

Ahora bien, más allá de esta cuestión dogmática, lo que está claro es que la función político-criminal más relevante del tipo imprudente consiste en operar como un refuerzo jurídico-penal de los deberes de colaboración que deben cumplir los profesionales, directivos y empleados del sector privado<sup>887</sup>. Así, con esta figura se vislumbra la posibilidad de que los directivos o empleados de entidades financieras respondan penalmente en caso de incumplimiento de los deberes que deben adoptar con el objeto de prevenir la utilización de estas entidades por parte de blanqueadores que actúan con la intención (dolo directo) de blanquear capitales de origen ilícito; siempre que como consecuencia de esa falta de diligencia este sujeto haya adquirido, convertido o transmitido bienes de origen ilícito o realizado cualquier otro acto por medio del cual se haya ocultado o encubierto el origen ilícito de los bienes<sup>888</sup>.

Aun cuando se categorice al tipo penal imprudente como un delito común, en aquellos casos en que la conducta típica sea llevada a cabo por profesionales y empresarios enumerados entre los sujetos obligados, deberán aplicarse las reglas de la *negligencia profesional*<sup>889</sup> para determinar la existencia de una imprudencia grave, considerando la regulación administrativa como ley de ejecución (*Ausführungsgesetz*) del tipo penal en estos ámbitos<sup>890</sup>. Así mismo, la interpretación propuesta por la doctrina de que la imprudencia debe confinarse al desconocimiento imprudente de

---

<sup>886</sup> MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 540. En el mismo sentido, MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, p. 514. RUBIO LARA, P.A.; *Parte Especial de Derecho Penal Económico Español*, p. 149.

<sup>887</sup> Así, si bien considera que se trata de un delito común, entiende que se pueden producir dificultades prácticas insalvables en su aplicación a la ciudadanía en general que den con una reducción del campo de aplicación de esta modalidad a las personas y entidades que expresamente tengan deberes de control, QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 1354. También en QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 973.

<sup>888</sup> ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, p. 394. También refiere a la infracción de los deberes de colaboración de los empleados de entidades financieras y otros sujetos obligados como infracción del deber de cuidado del delito de BdeC con imprudencia grave, LAMPE, E-J.; “El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)”, pp. 139, 142.

<sup>889</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; *Derecho Penal Español. Parte especial*, p. 1234. En el mismo sentido, JIMENO FERNÁNDEZ, F.; “Aspectos esenciales del blanqueo de capitales en el ámbito internacional y comunitario y su transposición al derecho interno (1)”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 6126 (viernes 12 de noviembre de 2004), p. 1509.

<sup>890</sup> Conf. SALIGER, F.; “Geldwäsche als ‘crime in progress’”, p. 463.



la procedencia delictiva del bien<sup>891</sup> no resulta problemática: los deberes de examen e investigación que se atribuyen a estos profesionales refieren al conocimiento de dicho origen<sup>892</sup>.

## E. La relevancia de la ignorancia deliberada

A la vista de lo analizado, puede afirmarse que el *tipo penal de BdeC doloso* (arts. 301.1 y 301.2 del CP) cumple una función disuasoria no sólo en relación con el *blanqueador* (que actúa con dolo directo al tener pleno conocimiento del origen delictivo de los bienes) sino, también, respecto de los *directivos y empleados de los sujetos obligados*, que ante los beneficios de ciertas operaciones sospechosas podrían actuar con dolo eventual, al ejecutar la operación económica a pesar de la existencia de fuertes indicios de que la operación podría tener su origen en bienes de carácter delictivo. Por otra parte, el delito de *BdeC imprudente* (art. 301.3 del CP) cumple un papel disuasorio para evitar que los *empleados o directivos de la empresa/sujeto obligado* cometan infracciones graves de los deberes de cuidado que impidan conocer el origen ilícito de los bienes. Pero más allá de este universo de casos en los que los tipos penales doloso e imprudente cumplen fundamentales funciones político-criminales también existen otros, tal vez menos relevantes, pero que son abarcados por los tipos con la finalidad de evitar lagunas de punibilidad: así, la

---

<sup>891</sup> Así, DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, p. 869. Así mismo, esta interpretación puede hallar sustento en el Derecho comparado: el StGB regula en su § 261.5 el tipo penal imprudente de BdeC limitando la imprudencia a quien por imprudencia grave (*Leichtfertigkeit*) no reconozca que el objeto proviene de alguno de los delitos previos al de blanqueo.

<sup>892</sup> Relacionada con esta cuestión aparece otra de gran importancia para la determinación de la responsabilidad por imprudencia: ¿la infracción de qué normas administrativas dan lugar a la comisión imprudente de este tipo penal? Zaragoza Aguado entiende que no toda infracción de los deberes regulados en el artículo 3 de la Ley son capaces de general responsabilidad penal: así la obligación de conservar documentación (art. 3.3) y de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación (art. 3.7) así como de adoptar medidas oportunas para la adecuada formación de los empleados de la entidad en esta materia (art. 3.8) son intrascendentes para integrar esa elemental ausencia de previsión determinante de la ejecución de un acto concreto de BdeC; se trata, en definitiva, concluye este autor, de obligaciones con un contenido netamente administrativo y carentes de relevancia en el campo penal mientras que los deberes de identificación de los clientes (art. 3.1), de comunicar las operaciones sospechosas al SEPBLAC (art. 3.4), de abstenerse de ejecutar la operación hasta tanto no se haya efectuado la comunicación (art. 3.5) así como el deber de confidencialidad (art. 3.6) sí pueden resultar determinantes bien individualmente, bien cumulativamente, para la construcción de la figura imprudente. ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, pp. 399-401.

persona (cualquier ciudadano) que acepta trasladar millones de euros de un territorio a otro a cambio de suculentos honorarios sin preguntar cuál es el origen del mismo puede estar actuando con dolo eventual o imprudencia grave (según el contexto de los hechos) y se le puede aplicar estos tipos penales aun cuando no se trate de un sujeto obligado (o un empleado o directivo de éste).

Pero en este apartado pretendo identificar un tipo de casos problemáticos que la doctrina y la jurisprudencia en España han considerado relevantes en relación con el delito de blanqueo de capitales de forma reciente: me refiero al universo de casos en que los intervinientes actúan en el estado que se ha dado en denominar *ignorancia deliberada*<sup>893</sup>. Se trata de *aquellos casos en que el interviniente actúa queriendo desconocer los elementos del tipo objetivo pero teniendo el poder y, más importante aún, el deber de conocerlos (“no quiere saber aquello que puede y debe conocer”)*<sup>894</sup>.

La solución menos problemática, y generalmente aceptada, a este tipo de casos es la de la imprudencia: en efecto, una parte de la doctrina entiende que la infracción del deber de conocer en estos casos debe resolverse considerando que se ha infringido un deber de cuidado y que, por ende, debe aplicarse el tipo de BdeC imprudente<sup>895</sup>. También se acepta en la doctrina y en la jurisprudencia que muchos de estos casos puedan resolverse por el expediente del dolo eventual: en aquellos casos en que existen indicios tan relevantes de que se está ante bienes de origen delictivo que no resulta creíble que el sujeto lo ignore y, a pesar de ello, de todos modos se ejecuta la operación con dicho bienes (verbigracia, se adquierien) puede aplicarse el art. 301.1 o el 301.2<sup>896</sup>.

---

<sup>893</sup> Así, considerando los casos de ignorancia deliberada (*willful blindness*) como ejemplo de BdeC imprudente en la doctrina anglosajona, LEVI, M.; “Money Laundering”, en *Crime and Justice* N° 34 (2006), p. 319. Acerca de la reciente jurisprudencia en España, con un minucioso análisis de la misma, RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 22 y ss. Respecto de la reciente discusión en la jurisprudencia y doctrina en la República Argentina, suscitada por los casos “Gersternkorn” y “Olleac”, ver ÁVILA, J.J.; “A propósito de los fallos ‘Gesterkorn’ y ‘Olleac’. Error (o ignorancia), pretexto de error (o de ignorancia), deber de conocer e ignorancia deliberada”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 4/2009, p. 636 y ss; también FREELAND, A.; “Cuando ‘ignorar’ equivale a ‘conocer’. Apuntes sobre la doctrina de la ‘ignorancia deliberada’ en el Derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 4/2009, p. 614 y ss.

<sup>894</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 25.

<sup>895</sup> Respecto de la solución de la ignorancia deliberada por la vía de la imprudencia, ÁVILA, J.J.; “A propósito de los fallos ‘Gesterkorn’ y ‘Olleac’. Error (o ignorancia), pretexto de error (o de ignorancia), deber de conocer e ignorancia deliberada”, p. 639, 640.

<sup>896</sup> Ragués i Vallés afirma que no cabe duda de que los supuestos más clásicos de *willful blindness* que se citan en el debate estadounidense habrían sido castigados sin especial

Más llamativa es la posición de algunas resoluciones jurisprudenciales en España que parecen considerar que los casos de ignorancia deliberada pueden pertenecer tanto al dolo como a la imprudencia: así, por ejemplo, la STS de 14 de setiembre de 2005 (Ponente Monterde Ferrer) afirma que “en los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa”<sup>897</sup>. Esta resolución parece evidenciar el hecho de que la mayor cantidad de casos de ignorancia deliberada pueden interpretarse como infracciones de deberes de cuidado o bien, en aquellos casos en que la probabilidad de que se trata de bienes de origen delictivo sea muy elevada, de casos de dolo eventual. Creo que estas soluciones no resultan problemáticas ni objetables.

Sin embargo, existe una tipología de casos más problemática en los que la aplicación de la doctrina de la ignorancia deliberada parece más controvertida. Se trata de aquellos casos en que el autor, en virtud de la infracción de deberes de conocer que le competen no advierte de modo alguno que se encuentra frente a la elevada probabilidad de que se encuentre frente a la comisión de un hecho ilícito, por lo que no se le puede atribuir dolo eventual y, a la vez, el hecho parece merecer, en virtud de la manifiesta actitud de desprecio por los bienes jurídicos, una sanción más grave que la imprudencia (o, peor aún, la impunidad en caso de ausencia de un tipo legal imprudente). Para este tipo de casos la doctrina ha elaborado el concepto de “ignorancia deliberada *stricto sensu*”<sup>898</sup> con el que se pretende aplicar el tratamiento correspondiente a la conducta dolosa a aquellas situaciones en las que “(...) de forma intencionada, un sujeto consigue evitar incluso la propia obtención de aquellos conocimientos mínimos necesarios para apreciar una actuación dolosa-eventual, logrando así, pese a la realización del tipo objetivo, eludir el tratamiento propio de los delincuentes dolosos y beneficiarse de la pena más moderada para los delitos imprudentes o, incluso, de la impunidad en aquellos casos en los que la modalidad culposa es atípica”<sup>899</sup>.

Según RAGUÉS I VALLÉS el elemento gradual que permite articular la relación entre imprudencia, dolo eventual e ignorancia deliberada *stricto sensu* es la “indiferencia”. Según este autor, la indiferencia es un elemento común al comportamiento doloso-eventual y a la imprudencia, lo que

---

dificultad como doloso-eventuales por los tribunales españoles. Conf. RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 99.

<sup>897</sup> Conf. RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 44, 45.

<sup>898</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 109 y ss

<sup>899</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, p. 109.

permite explicar las dificultades para su delimitación. Así, mientras el primero ha de reservarse para los casos de indiferencia más abierta y grave, la imprudencia debe quedar limitada a aquellos supuestos en los que el grado de desinterés expresado es menor. Así mismo, en relación con la ignorancia deliberada *stricto sensu*, afirma que “(...) *no cabe descartar que ciertos supuestos en los que no concurran los ‘hechos psíquicos’ tradicionalmente exigidos para el dolo puedan ser valorados como la expresión de un grado equivalente de indiferencia, como posiblemente suceda en algunos casos de ignorancia deliberada*”, debiendo aquí tratarse, entonces, de una indiferencia particularmente grave que suscite una misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual<sup>900</sup>.

Así, los elementos característicos de la ignorancia deliberada estarían conformados por: a) ausencia de representación suficiente que va desde la ausencia absoluta de representación de cualquier elemento relacionado con el tipo hasta la existencia de una sospecha previa que, si bien no basta para afirmar la concurrencia de dolo típico, sí debería haber llevado al sujeto a activar los medios oportunos para conocer con mayor exactitud los riesgos asociados a su conducta, b) la disponibilidad de la información ignorada, c) el deber de conocer: todos los casos de ignorancia deliberada tienen en común la infracción consciente del deber de examen, d) decisión de permanecer en la ignorancia con respecto a determinada información, e) la motivación que ha llevado al sujeto a mantenerse en su estado de ignorancia: así, en aquellos casos de indiferencia grave en los que el sujeto persigue beneficios de su estado de ignorancia sin asumir riesgos propios y eludiendo responsabilidades. En los casos más grave de indiferencia RAGUÉS I VALLÉS entiende que la pena podría equipararse a la de dolo<sup>901</sup>.

A pesar de que esta doctrina aún está lejos de encontrarse consolidada en la doctrina y jurisprudencia españolas<sup>902</sup> merece la pena considerarla en

---

<sup>900</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 176, 183, 184.

<sup>901</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, pp. 184-187.

<sup>902</sup> Una parte de la doctrina se manifiesta en contra de la utilización de este instituto. Así, en contra de la utilización de la ignorancia deliberada como un criterio de imputación subjetiva Feijoo Sánchez dice que “*el recurso a la ignorancia deliberada de acuerdo con el cual el error se trata como dolo cuando ‘no se sabe porque no se quiere saber’ es una solución contraria al principio de legalidad (si estos supuestos se quieren tratar como error debe reformarse el art. 14 CP) y dogmáticamente insatisfactoria en la medida en la que puede dar lugar a soluciones versaristas (el que sabe que lo que está haciendo no es correcto del todo puede acabar respondiendo de todo lo que suceda, incluso cuando fuera difícilmente previsible)*”. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Imputación objetiva en Derecho penal económico y empresarial”, en *In Dret 2/2009*, p. 57. A pesar de que parece existir una aceptación general del instituto en la jurisprudencia del TS, la STS de 20 de julio de 2006 (Ponente: Bacigalupo Zapater) también se manifiesta en rechazo del recurso a la ignorancia deliberada como criterio de imputación al decir: “*Tales expresiones*

virtud de que si logra imponerse supondrá un interesante recurso argumental para castigar por vía del delito doloso a aquellos directivos de las empresas/sujeto obligado que intencionadamente no organicen la empresa para identificar las operaciones de BdeC. Así mismo, las distinciones llevadas a cabo tienen el interés de evidenciar que muchos de estos casos ya pueden recibir condena por vía de la imprudencia o el dolo eventual<sup>903</sup>.

Así, la regulación administrativa define deberes de examen e investigación cuya infracción puede dar lugar a casos de imprudencia o dolo eventual<sup>904</sup>. Ahora bien, imaginemos el caso en que la dirección de la empresa directamente omite la implementación de los programas de cumplimiento interno que hacen posible la detección de operaciones de blanqueo o bien los implementa de un modo tal que evidencian un manifiesto desinterés en la identificación de operaciones de blanqueo (verbigracia, designa a un responsable de prevención manifiestamente inidóneo): en estos casos, sería imposible que se tenga conocimiento del riesgo que representan ciertas operaciones, por lo que no sería posible imputar dolo eventual y, a la vez, el fraude a la regulación parece tan patente que manifiesta una indiferencia que excede el marco de la imprudencia. Estos casos, en caso de que se acepte tal estructura de

---

*(ignorancia deliberada o ignorancia intencional) no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no se sabe. La contradictio in terminis es evidente". Conf. RAGUÉS I VALLÉS, R.; La ignorancia deliberada en Derecho penal, pp. 48, 49.*

<sup>903</sup> En este sentido dice Nieto Martín que la autorregulación debería llamar la atención sobre la imputación subjetiva con el fin de sancionar penalmente a los administradores que de forma grave se han apartado de su deber de conocer. Así, la importancia de los nuevos deberes que surgen de la autorregulación debe llevarnos a discutir si en el Derecho penal europeo debe incluirse como forma de imputación subjetiva dolosa la ignorancia deliberada (*willfull blindness*) permitiendo en casos como el blanqueo de capitales que los administradores o el *Geldwäschebeauftragter* sean condenados por el delito doloso de blanqueo en aquellos casos de infracciones más intolerables de la obligación del deber de conocer. NIETO MARTÍN, A.; "Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa", en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo Fernández (Dir.) – Bacigalupo/Gómez Jara Díez (Coord.), Edit. Univ. Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 142.

<sup>904</sup> En este sentido, dice Zaragoza Aguado que si el empleado o directivo de alguno de los sujetos obligados posee indicios u obtiene la certeza de que una operación concreta está relacionada con el BdeC y o bien no comunica la operación al SEBLAC o bien revela al cliente o a terceros que se ha realizado el reporte, de modo tal que esas circunstancias propicien que el cliente o destinatario de la operación o transacción resulten beneficiados, parece evidente que se le pueda imputar el BdeC a título de dolo eventual. Conf. ZARAGOZA AGUADO, J.A.; "El blanqueo de bienes de origen criminal", en "*Derecho Penal Económico*", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 401.

imputación, podrían resolverse apelando a la ignorancia deliberada *stricto sensu*.

## 6. Conclusiones

El análisis de la legislación penal orientada a la prevención del BdeC se ha llevado a cabo tanto desde una perspectiva de *lege ferenda* como de *lege lata*.

De *lege ferenda* se ha afirmado que el carácter pluriofensivo de la actividad de blanqueo no debe afrontarse desde la perspectiva jurídico-penal con un solo tipo penal sino con sendos tipos penales: por un lado, uno de los tipos penales (blanqueo/ocultación) debería orientarse a reducir la lesividad social de los delitos que dan origen a los bienes (incluyendo la seguridad interior como bien jurídico protegido ya por aquellos tipos penales cuando la actividad delictiva que da origen a los bienes es ejecutada por el crimen organizado) y, por otro lado, por un tipo penal orientado a la protección de la leal competencia en el mercado (blanqueo/competencia desleal) que cumplirá la función de refuerzo jurídico-penal de las normas vigentes de protección de la competencia y cuyo enunciado legal deberá contener elementos sustancialmente diferentes al anterior, como la referencia general a un hecho ilícito (sin restringirse a los delitos), la inversión en la producción de bienes o servicios y la obtención de una ventaja suficiente. En caso de que se regularan ambos tipos penales en el CP se plantearía entre ellos una relación concursal.

El análisis de *lege lata* ha permitido considerar que la tipificación del delito de BdeC en el art. 301 del CP es reflejo del modelo de tipificación de blanqueo/ocultación. A consecuencia de ello, se consideró que este tipo penal constituye un caso de norma de resguardo (junto con los tipos de encubrimiento y receptación), lo que permite afirmar que su inmediato objeto de protección son las funciones de la Administración de Justicia con su consecuente efecto preventivo y, por ello, de forma mediata los bienes jurídicos protegidos por los delitos que dan origen a los bienes cuyo origen se oculta. Por el contrario, el enunciado legal del art. 301 del CP no resulta idóneo para la protección de la leal competencia en el mercado (blanqueo/competencia desleal) ya que en tal caso la protección resultaría irracionalmente fragmentaria con evidentes casos de sobreinclusión e infrainclusión.

Así mismo, se ha analizado el art. 301 en sus apartados 1 y 2 y se ha considerado su utilidad político-criminal tanto en relación con el blanqueador (que actúa con dolo directo) como en relación con los

sujetos obligados y su actuación con dolo eventual o ignorancia deliberada. Así mismo, se ha analizado el tipo penal imprudente del art. 301.3 llegando a la conclusión de que si bien el enunciado legal permite definirlo como un delito común la verdadera importancia político-criminal de este tipo penal se produce como refuerzo jurídico-penal de los deberes de colaboración impuestos a diversos agentes del sector privado (intervención indirecta) y regulados en las normas administrativas.

Por último, debe aclararse que la legislación española no regula un tipo penal de blanqueo/competencia desleal. Ello puede deberse a la falta de evidencia criminológica acerca de la entidad de este daño en España o a que el legislador puede haber considerado que la cuestión se hallaba eficientemente resuelta ya por la intervención de las mencionadas normas vigentes de protección de la leal competencia en el mercado.

## **VI. Sumario y orientación**

A lo largo de esta Capítulo se ha analizado el sistema de prevención y castigo del BdeC para identificar sus finalidades, considerando la lesividad social del blanqueo. Se argumentó que el sistema se orienta a la identificación de los bienes de origen delictivo con la finalidad de utilizarlos como prueba del delito previo (Bienes/Prueba) y decomisarlos (Bienes/Consumo y Bienes/Inversión).

El análisis del decomiso ocupó una parte destacada debido a la novedad que su desarrollo ha tenido en los últimos años como instrumento político-criminal contra los delitos motivados en la obtención de beneficios económicos. Así mismo, la identificación del origen delictivo de los bienes puede llevarse a cabo tanto por medios de intervención estatal directa o por medio de la intervención indirecta de agentes del sector privado: la argumentación se concentró en esta última forma de intervención por ser la que presenta mayor novedad y relevancia en relación con el análisis normativo.

Quien pondera la posibilidad de cometer un delito tiene en cuenta los costes y beneficios esperados de dicha actividad así como el coste de oportunidad que supone no poder invertir dichos recursos en otras actividades lícitas o ilícitas. Las sanciones penales y administrativas son parte del instrumental jurídico con que se cuenta para incrementar el coste esperado de la actividad ilícita: quien evalúa si cometer o no un delito debe tener en cuenta dichas sanciones entre los costes esperados de

la actividad infractora. Al mismo tiempo, el decomiso penal y administrativo (y, en el Derecho comparado, el decomiso civil) de los beneficios económicos de la actividad ilícita cumple la función de reducir los beneficios esperados de dicha acción. El nivel de imposición del decomiso nunca llega al 100% de eficacia, ya que tanto los propios infractores como terceros ocultan el capital o lo invierten en la economía legal, de modo tal que no es hallado por las autoridades estatales. Por ello, si no hubiera costes adicionales (penas) vinculados a la actividad delictiva, cometer un delito sería una “atractiva lotería”: si se gana algo bien y si no se queda como al principio.

Sin embargo, el hecho de que resulte necesario identificar los bienes de origen delictivo para utilizarlos como prueba de los delitos cometidos (y, de ese modo, incrementar el coste esperado de las sanciones establecidas para dichas infracciones) y para decomisarlos (y, por ese medio, reducir los beneficios esperados del delito) no alcanza para justificar por qué debemos imponer sanciones a terceros que blanquean capitales de forma intencional o, aun más, a personas a quienes se obliga a evitar ser utilizados por los blanqueadores para sus objetivos.

En efecto, ¿qué finalidad se persigue al disuadir a los blanqueadores dolosos o imprudentes del capital sucio? Estos terceros que intervienen en la ocultación del origen ilícito de los bienes reducen la eficacia de la pena y el decomiso reglados para el delito previo y, de ese modo, se crean incentivos para la actividad delictiva de base, lo que supone un incremento en la lesividad social de aquellos delitos. Pero, al mismo tiempo, esta atribución de responsabilidad a los terceros que ocultan el origen ilícito del capital debe ser eficiente: los niveles deseados de reducción de los daños sociales del blanqueo deberían lograrse con menores costes sociales que por la vía de la intervención estatal directa.

El análisis de la política criminal dirigida a la prevención del BdeC en estos ámbitos profesionales y empresariales permite distinguir dos tipos diferenciados de blanqueadores. Por un lado, aquellos que conocen el origen delictivo del capital y que actúan con dolo directo; por otro lado, se encuentran aquellos profesionales o empresas que desarrollan una actividad legal y que pueden ser utilizados por los blanqueadores como medio para blanquear.

El hecho de que se afirme que estos profesionales o empresas son utilizados para el blanqueo por otros que conocen el origen delictivo de los bienes no los exime de responsabilidad. Por el contrario, justamente los deberes que deben cumplir estos profesionales y empresas tienen la



finalidad político-criminal de minimizar las posibilidades de que su ámbito de organización sea utilizado para el blanqueo de capitales por terceros. De este modo, la infracción de los deberes de prevención no suponen que estos profesionales o empresas conozcan efectivamente el origen ilícito del capital, sino que en la gran mayoría de los casos se tratará de que o bien han sido negligentes en el cumplimiento de los deberes de control o han actuado sin proveerse de los conocimientos a los que se encuentran obligados. Como podrá observarse en el capítulo siguiente, dedicada al análisis de los modelos de organización de las empresas obligadas a colaborar en la prevención (sujetos obligados), los deberes que éstos deben cumplir se articulan con base en la idea de adquirir información acerca de las operaciones de sus clientes (y, en menor medida, empleados o directivos) de modo tal que éstos no utilicen la empresa con fines de blanqueo.

Cuando una persona cumple con su función de *gatekeeper* impuesta por la ley penal y administrativa, al rechazar la realización de un acto de blanqueo (doloso o imprudente), evita que el capital dé un paso en su desvinculación con el delito previo; de este modo, permite que la pena y el decomiso se mantengan en sus niveles de eficacia deseados. En efecto, si el sistema de *gatekeeping* fuera plenamente eficaz los infractores deberían acumular el capital –seguramente en dinero en efectivo- y “sentarse sobre él”. Este capital no podría utilizarse para adquirir bienes, de modo tal que no habría beneficio económico del delito; y si, tal como se ha dicho, los delitos que dan lugar a beneficios económicos se cometen para disfrutar de ellos, no habría incentivos positivos para cometerlos. Al mismo tiempo, las dificultades para invertir el capital obligarían a acumularlo en efectivo, de modo tal que se debería ocultar una gran cantidad de papel cuyo descubrimiento, decomiso y vinculación con el delito previo sería más fácil de realizar.

Ahora bien, del mismo modo que ocurre con cualquier actividad delictiva (o que causa daño social) nada impone que las medidas de intervención deban ser exclusivamente (ni necesariamente) por la vía penal. En el caso de la prevención de esta actividad lesiva, que es el BdeC, se ha optado por intervenir en aquellos ámbitos profesionales y empresariales que se consideran particularmente vulnerables para ser utilizados para el BdeC con una regulación administrativa muy detallada que pretende organizar la empresa o actividad de forma tal que se encuentre en condiciones de identificar operaciones sospechosas de blanqueo. Esta heterorregulación jurídico-administrativa se combina (junto con la heterorregulación técnica) con normas autorregulatorias que provienen o bien de

asociaciones de empresas o de profesionales así como de la propia empresa que dicta sus normas de organización interna.

Estas normas vienen acompañadas de consecuencias jurídicas sancionadoras, de tipo disciplinario, administrativo y penal, con el objetivo de reducir los incentivos que pueden llevar a una persona física o jurídica a cometer un delito o infracción administrativa de blanqueo. Así, si un sujeto obligado decide reducir los costes económicos que supone el cumplimiento de los deberes de control y vigilancia de su organización, impuestos por la regulación administrativa y las normas de autorregulación, con la finalidad de que una cantidad de operaciones que le reportan beneficios económicos se filtren por entre las redes de control, debe contar -al ponderar los costes y beneficios esperado de la acción- con el coste esperado que supone la pena establecida para el tipo imprudente de BdeC y las sanciones administrativas que correspondan. Así mismo, no puede descartarse la imposición de una condena penal por blanqueo por la vía del dolo eventual así como por la vía de la ignorancia deliberada, debido a que, como se ha dicho ya a fines del siglo XIX, “(...) *un sentimiento defectuoso relativo a dichos intereses y al Derecho mismo, puede muy bien manifestarse en el hecho de no haberse proporcionado un conocimiento suficiente de las normas reguladoras de una determinada esfera de la vida*”<sup>905</sup>. Así mismo, los sujetos obligados deben tener en cuenta el decomiso de los beneficios económicos de la infracción legal en que incurrir.

Para el resto de los casos, es decir para el ciudadano que no realiza actividad económica vinculada a estos ámbitos (rol general de ciudadano), la intervención estatal se reduce a la regulación penal que se encuentra en el artículo 301 del CP y ss. Una particularidad que presenta la aplicación del tipo penal de blanqueo de capitales, y que plantea importantes riesgos en los casos de dolo eventual e imprudencia, es que mientras que los sujetos obligados pueden identificar los deberes de cuidado que se les impone informándose de la regulación administrativa así como de las normas autorregulatorias dirigidas a su particular actividad, los ciudadanos carecen de dicha definición, de modo tal que las normas que configuran el rol general del ciudadano en este ámbito no aportan una orientación clara. En todo caso, estos casos de ciudadanos que actúan con dolo eventual, ignorancia deliberada o imprudencia parecen meramente marginales y no tiene un papel relevante desde la perspectiva político-criminal de reducción del BdeC.

---

<sup>905</sup> MERKEL, A.; *Derecho Penal. Parte General*, Dorado Montero (Trad.), BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2006, p. 70.

Ya se han explicado los costes y beneficios sociales de la imposición de deberes de *gatekeeper* a personas físicas y jurídicas. Queda, entonces, aclarar el papel que cumple el *whistleblowing* en relación con la prevención del BdeC: existe interés público en que la comisión de delitos sea reportada a las agencias competentes para su prevención e investigación ya que incrementa la probabilidad de descubrimiento, condena y decomiso. De este modo, el sujeto obligado/whistleblower que reporta al SEPBLAC una operación sospechosa de blanqueo coadyuva a reducir los daños sociales derivados de esta actividad.

Al mismo tiempo, no cabe duda que la asignación de este rol a agentes del sector privado impone diversos costes sociales como la desconfianza en relación con el cliente y otras consecuencias que reduce la eficiencia social de la medida. Sin embargo, los elevados costes sociales del blanqueo permitirían justificar los costes de esta medida (al igual que los de *gatekeeper*) si los beneficios en términos de reducción de los costes sociales del blanqueo son importantes.

Sin embargo, para conocer los costes privados (costes sociales) que representan la política de prevención del BdeC así como el efecto disuasorio de la misma resulta insoslayable analizar el modo en que la empresa/sujeto obligado se organiza para evitar ser utilizada como medio para el blanqueo. Los programas de cumplimiento (*Compliance Programs*) orientados a la prevención del blanqueo en el ámbito de la empresa serán analizados en el capítulo siguiente, poniendo particular acento en los códigos de conducta y su influencia en la prevención de este delito.

## Capítulo II

### Intervención Indirecta:

# Los Compliance Programs para la prevención del BdeC en la organización empresarial

## I. Introducción

Conforme a las normas legales vigentes, los sujetos obligados a colaborar en la prevención del BdeC, actuando como *gatekeepers/whistleblowers*, pueden ser tanto personas físicas (abogados, notarios, etc.) como personas jurídicas (bancos, otras entidades financieras, casinos, etc.). El estudio del cumplimiento de estas normas legales en el ámbito empresarial es el que conlleva mayor dificultad ya que supone analizar el proceso de implementación del sistema de cumplimiento en una organización y la consecuente evaluación de costes y beneficios esperados de la misma, todo lo que resulta producto de una autorregulación empresarial guiada por el concepto de gestión del riesgo en el marco de las normas heterorregulatorias jurídicas y técnicas.

En el presente capítulo se analizan, partiendo del supuesto conductual de racionalidad de los individuos que intervienen en la empresa, los elementos centrales de dicha implementación bajo el título de *Compliance Programs*, término que ha sido traducido como “programas de cumplimiento” o “modelos de organización”. Argumentaré que el objetivo de esta organización interna de la empresa consiste en disuadir a los propios miembros de la empresa de incumplir las normas jurídicas, para lo cual resulta necesario la elaboración de un código de conducta interno que determine los roles que deben cumplir los diferentes miembros a tal fin. Resulta evidente que las competencias de los directivos, administradores y del encargado de prevención del BdeC (*Geldwäschebeauftragter*) no se definen en los mismos términos que los de los empleados que no son responsables de la gestión del sistema de prevención.

Todo ello será analizado en el marco de la gestión del riesgo considerando que, conforme la literatura criminológica, la organización empresarial contemporánea presenta particularidades que operan como factores criminógenos: la división horizontal y vertical del trabajo, la descentralización de la toma de decisiones, así como el hecho de que muchos delitos allí cometidos puedan ser caracterizados como “delitos sin víctima” han llevado a que la doctrina alemana tipifique este tipo de actividad delictiva como un caso de “actitud criminal de grupo”.

Sin embargo, los elementos criminógenos que se encuentran presentes en estas organizaciones así como el hecho de que las víctimas del blanqueo no son directamente identificables tienen el efecto de reducir los costes esperados de la infracción ya que pueden dificultar la imposición de sanciones formales (sanciones disciplinarias, sanciones administrativas, penas) e informales (autorreproche y censura de los otros).

En este capítulo pretendo evidenciar la necesidad de que los sujetos obligados cuenten con una organización interna orientada a la prevención del delito (*Compliance Programs*) con la finalidad de cumplir con sus deberes de colaboración. Elemento esencial del sistema de control interno orientado a la prevención del blanqueo de capitales son los códigos de conducta empresarial, ya que permiten incrementar los costes esperados del incumplimiento de los deberes de colaboración por parte de los directivos y empleados.

Para llegar a esta conclusión analizaré, en primer lugar, los factores criminógenos que presentan las organizaciones poniéndolos en relación con la decisión de delinquir en este entorno integrando la teoría de la elección racional con la teoría de las técnicas de neutralización, todo ello con la finalidad de evidenciar que ciertas particularidades de la organización empresarial reducen los costes esperados de las sanciones formales e informales derivadas de las infracciones legales.

Luego se analizará la función de los “programas de cumplimiento” (*Compliance Programs*) en la prevención del BdeC. Para ello, se considerará, en primer lugar, cuáles son sus características y elementos más importantes y se los pondrá en relación con la idea rectora de “gestión del riesgo” en la empresa. Recién entonces se analizará el marco legal de los programas de cumplimiento para la prevención del blanqueo, con particular atención a los deberes implicados en la identificación de operaciones sospechosas de BdeC. Así mismo, se propondrá una regulación del instituto del empleado como informante de irregularidades (empleado/whistleblower) para incrementar la eficacia de estos programas. Por último, se analizará de qué modo los instrumentos autorregulatorios y jurídicos (heterorregulatorios) crean incentivos (formales e informales) para que las empresas establezcan estos sistemas de control interno y, a su vez, los empleados cumplan con las directivas que la propia empresa les impone.

La finalidad de este Capítulo consiste, fundamentalmente, en analizar la *intervención indirecta* en la prevención del blanqueo y los instrumentos de

regulación de los deberes de colaboración que ella implica, todo con el objeto de llevar a cabo una aproximación a los costes sociales de carácter privado del sistema de prevención y anticipar las condiciones de su eficacia y eficiencia en la reducción del BdeC y, en última instancia, del daño social que de éste se deriva.

## II. Los factores criminógenos presentes en la estructura empresarial

### 1. Breve descripción de los factores criminógenos en la empresa

Existe consenso en los estudios sobre criminalidad de empresa en que la corporación implica un mayor riesgo de que aparezcan conductas desviadas por parte de sus directivos y empleados. Esta circunstancia ha sido caracterizada por el jurista alemán BERND SCHÜNEMANN como “*actitud criminal de grupo*”, en virtud de la cual la incorporación a un grupo reduce los mecanismos inhibitorios de sus miembros que pueden realizar conductas delictivas que no llevarían a cabo en caso de actuar de forma individual. Se afirma que en razón de las especialmente eficaces técnicas de neutralización colectivas que se imponen a la motivación individual se llega a una completa volatilización del sentimiento de responsabilidad individual<sup>906</sup> como producto de una diversidad de factores criminógenos que se analizan a continuación.

El *primero* de estos factores es la *difusión de responsabilidad* que conlleva la existencia de una organización. En efecto, la división vertical y horizontal del trabajo puede dar lugar a lo que se ha denominado “irresponsabilidad organizada”<sup>907</sup>. Esta difusión de la responsabilidad se manifiesta en un

---

<sup>906</sup> Todo conf SCHÜNEMANN, B.; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, p. 22. Como antecedente de este concepto aparece el de *group support* (Clinard/Quinney) que también constata la tendencia a la neutralización de valores que supone la vinculación al grupo. Conf. HEINE, G.; *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 49. También sobre la actitud criminal de grupo en la delincuencia empresarial, FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Sobre el Fundamento de las Sanciones Penales para Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Penal Español y el Derecho Penal Peruano”, en *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes*, García Caveró (Coord.), Ara Editores, Lima, 2002, p. 262 y ss.

<sup>907</sup> Se afirma que los modelos de administración cooperativa, la descentralización y la autorización de grupos de trabajo en el ámbito económico llevan a una “irresponsabilidad organizada”. Conf. SEELMANN, K; “Punibilidad de la Empresa: Causas, Paradojas y Consecuencias”, en *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes*, García Caveró (Coord.), Ara Editores, Lima, 2002, p. 37. Se habla

fenómeno claramente criminógeno: como consecuencia de la división del trabajo no es posible encontrar a ninguna persona física responsable o ésta carece del grado de responsabilidad necesario para elevar un reproche penal (problema de culpabilidad)<sup>908</sup>. Esto conlleva que los miembros de la organización se sientan no sólo como irresponsables por los daños derivados de la actividad empresarial y carentes de influencia sino también como ruedecillas fungibles de un engranaje que serán cambiadas por otras en caso de incumplir las directivas de la empresa<sup>909</sup>. Todo ello deriva en una reducción de los efectos disuasorios tanto de las sanciones jurídicas como de las sanciones informales con la consecuente reducción de los costes jurídicos, morales y reputacionales esperados de las infracciones.

Vinculada a la difusión de responsabilidad aparece el fenómeno del *risk shifting*, concepto con el que se describe el fenómeno por el cual los diferentes actores racionales que operan en la empresa pretenden desplazar el riesgo jurídico hacia los otros: los socios intentan deslizar la responsabilidad hacia los administradores y éstos, a su vez, intentan traspasar los riesgos a escalones jerárquicos más bajos<sup>910</sup>. La consecuencia es la localización de la responsabilidad individual en los niveles más bajos dentro de la estructura jerárquica empresarial, que termina recayendo en verdaderos “chivos expiatorios” a los que se les atribuye la responsabilidad a cambio de alguna recompensa (asunción voluntaria) o aun sin contraprestación alguna<sup>911</sup>. La consecuencia es que las sanciones jurídicas no desincentivan a quienes toman decisiones en el marco de la empresa.

---

incluso de una “institucionalización de la irresponsabilidad”, conf. SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del Art. 129 del Código Penal Español”, en *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes*, García Caveró (Coord.), Ara Editores, Lima, 2002, p. 152.

<sup>908</sup> La tradicional imputación jurídico-penal individualizada encuentra serias dificultades en las organizaciones humanas fuertemente jerarquizadas o con división horizontal o vertical de funciones y tareas. Así, la distribución de competencias y roles dentro de la organización plantea serios problemas a la hora de imputar el hecho antijurídico a una persona concreta. En la empresa moderna no concurren en las mismas personas información, capacidad de tomar decisiones y ejecución de las mismas. Conf. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 36, 37. En el mismo sentido, BUSSMANN, K.-D.; “Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht“, *Mschkrkrim N° 86 (2003)*, p. 91.

<sup>909</sup> HEFENDEHL, R.; “Neutralisationstechniken bis in die Unternehmensspitze. Eine Fallstudie am Beispiel Ackerman”, *Mschkrkrim N° 88 (2005)*, pp. 452, 453.

<sup>910</sup> Conf. NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 43.

<sup>911</sup> LAUFER, W.; “Corporate Prosecutions, Cooperation, and the Trading of Favors”, *Iowa L.Rev. N° 87 (2001-2002)*, p. 648 y ss.

El *segundo tipo de argumentos* que explican el carácter criminógeno de las organizaciones empresariales se centra en las características de la *cultura empresarial* que marca el “clima interno” de la organización. En línea con las teorías del aprendizaje se habla de una mala cultura corporativa que propicia el espíritu criminal de grupo al fomentar el aprendizaje de conductas delictivas y de técnicas de neutralización que hacen que las barreras morales aprendidas por el individuo en el proceso de socialización se debiliten<sup>912</sup>. Así mismo, también se presenta una explicación cultural derivada de la teoría de la anomia, en el sentido de que si la cultura empresarial propicia que la dirección de la empresa atienda sólo a los resultados económicos provoca en ejecutivos y directivos medios una presión que les conducirá, con el fin de conseguir dichos resultados, a minimizar los medios infringiendo la ley<sup>913</sup>. La consecuencia de ello es una reducción de los costes esperados de las sanciones informales.

Un *tercer grupo de argumentos* que explica el carácter criminógeno de la actividad empresarial se funda en los *problemas de circulación de los flujos de información* dentro de la empresa. La división del trabajo impide que la información fluya, de forma tal que no resulta posible que coincidan en una misma persona los requisitos de conocimiento y poder de decisión que permiten imputar la responsabilidad por el hecho. Ello afecta la eficacia de todo el sistema de responsabilidad individual de las sanciones formales al ser imposible la apreciación del dolo o al rebajar la gravedad de la infracción del deber de cuidado en la imprudencia hasta límites donde no existe suficiente merecimiento de pena. Así mismo, resulta evidente que también la imposición de sanciones informales resulta afectada.

En *cuarto lugar*, otra característica de la delincuencia empresarial es que a diferencia de la delincuencia común (un delito de robo, por ejemplo) es más *difícil identificar a la víctima concreta*, ya que ésta es desconocida, está

---

<sup>912</sup> En este sentido HEFENDEHL, R.; “Neutralisationstechniken bis in die Unternehmensspitze. Eine Fallstudie am Beispiel Ackerman”, pp. 452, 453.

<sup>913</sup> Así, en esta línea de argumentación, VIDAVER-COHEN, D.; “Ethics and Crime in Business Firms: Organizational Culture and the Impact of Anomie”, en *The Legacy of Anomie Theory. Advances in Criminological Theory Volume 6*, Adler/Laufer (Eds.), Transaction Publishers, New Brunswick (USA)/London (UK), 1995, p. 183 y ss. Así mismo, esta cultura empresarial se manifiesta en exigencias de los directivos para que los empleados cumplan ciertas metas que sólo pueden lograrse infringiendo la ley, así como en reglamentos internos o decisiones como promociones, aumentos de sueldo, despidos y degradaciones que a primera vista no se relacionan con actividad ilícita alguna; conf MALAMUD GOTI, J., *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 22.



ausente o es abstracta, de modo tal que las conductas *parecen presentar cierta neutralidad moral* desde la perspectiva del infractor. Esta cuestión desempeña un papel fundamental en la delincuencia contra bienes colectivos o supraindividuales que representan una parte fundamental de la criminalidad económica<sup>914</sup>. La ausencia de víctimas identificables reduce los costes jurídicos esperados ante la baja probabilidad de que las infracciones den lugar a denuncias para la imposición de sanciones o a demandas de responsabilidad civil así como de los costes de las sanciones informales debido a la aparente inocuidad de la conducta.

*Por último*, la *dependencia del trabajador con su puesto de trabajo* también establece condiciones favorables para la comisión de delitos en razón de la importancia de éste para su subsistencia y las gravosas consecuencias personales y laborales que pueden conllevar el desempleo y la pérdida de estatus social como consecuencia de ello, de modo tal que la subsistencia de la empresa y la finalidad de incremento de los beneficios se transforma en la finalidad del empleado en desmedro del cumplimiento de la ley<sup>915</sup>. Ante los altos costes que tendría el cumplimiento de la ley, las consecuencias jurídicas negativas esperadas de la infracción pueden aparecer ante los ojos del empleado como un riesgo menor.

## **2. Elección racional y conducta ilícita en el ámbito empresarial**

PATERNOSTER/SIMPSON han desarrollado el modelo teórico de la elección racional para aplicarlo a la delincuencia empresarial (*corporate crime*), expandiendo la versión tradicional de la disuasión que reflejara las teorías económicas, y que tal como ya se ha explicado parece considerar únicamente los costes esperados de las sanciones jurídicas negativas<sup>916</sup>.

El enfoque que presentan estos autores es una teoría explicativa y descriptiva de la decisión de delinquir (análisis positivo) basada en la función de utilidad de los individuos, en línea con las propuestas de CLARKE, CORNISH y FELSON analizadas *supra*, y que resulta más inclusivo que las teorías neoclásicas de carácter económico. El modelo parte de la

---

<sup>914</sup> Conf. SCHÜNEMANN, B.; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 22. En el mismo sentido, HEFENDEHL, R.; "Neutralisationstechniken bis in die Unternehmensspitze. Eine Fallstudie am Beispiel Ackerman", pp. 453, 454. Destaca también la aparente neutralidad moral que presenta cierta delincuencia económica, KADISH, S.; "Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations", *U. Chi. L. Rev. Vol. 30 N° 3 (1962-1963)*, p. 426.

<sup>915</sup> Conf. SCHÜNEMANN, B.; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 23.

<sup>916</sup> PATERNOSTER, R./SIMPSON, S.; "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", en *Routine Activity and Rational Choice. Advances in Criminological Theory Volume 5*, Clarke/Felson (Eds.), Transaction Publishers, New Brunswick/London, 1993, p. 37 y ss.

teoría de la elección racional de la criminología neoclásica en los siguientes aspectos:

3. La decisión de delinquir es afectada por los costes y beneficios esperados (percibidos) por el infractor potencial: los costes del delito incluyen la severidad y probabilidad de las sanciones jurídicas negativas (pero no están restringidas a ellas);
4. Los modelos de la elección racional deberían ser específicos para cada tipo de delito debido a que el tipo de información necesitada y utilizada por los infractores varía considerablemente según el tipo de delito;
5. La decisión de delinquir en una circunstancia específica (el evento delictivo) que se ve afectada por las características del contexto inmediato del delito;
6. Para la decisión de delinquir en el ámbito de la empresa son relevantes todos estos elementos así como los beneficios de la empresa y el tamaño de la misma.

Estos aspectos de la teoría de la elección racional son complementados por estos autores con una *teoría de la elección racional en la delincuencia empresarial*<sup>917</sup>.

Esta particular aplicación de la teoría de la elección racional parte del supuesto de la decisión de un empleado o directivo de cometer un delito está influenciada por los costes y beneficios percibidos de la infracción. Esta proposición incluye algunas asunciones adicionales que, como podrá observarse, se encuentran en línea con los supuestos aquí adoptados<sup>918</sup>.

Este enfoque asume que el modelo debe incluir tanto los costes como los beneficios esperados del delito. En el pasado los modelos económicos de la disuasión consideraban solamente los costes de la infracción y sólo una parte de ellos: los costes asociados a las sanciones jurídicas negativas. El modelo de la decisión de delinquir en el ámbito empresarial debe considerar tanto los beneficios del delito como otros costes distintos a las

---

<sup>917</sup> PATERNOSTER, R./SIMPSON, S.; "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", p. 40.

<sup>918</sup> Estos autores parten, tal como lo hace la criminología neoclásica (ver *supra*) de una *teoría de la utilidad subjetiva*: se plantea la hipótesis de que lo que es relevante no son los costes y beneficios objetivos de la infracción sino los *costes y beneficios percibidos subjetivamente*, es decir lo que las personas creen que ganarán o perderán cometiendo estos hechos. Esta percepción variará con el tipo de delito y la posición que ocupa el infractor en la organización. Sin embargo, debe recordarse que, con la finalidad de simplificar el modelo de análisis, **en el presente trabajo parto del supuesto de actores que cuentan con información perfecta**, de forma tal que a efectos puramente analíticos se considerará que los costes y beneficios esperados (utilidad subjetiva) coinciden con los objetivos.

sanciones tales como los costes que las empresas deben asumir para cumplir con las normas regulatorias (en nuestro caso, las normas de prevención del BdeC)<sup>919</sup>.

En efecto, los autores indican que hay una diversidad de costes que deben ser considerados. Un tipo de coste es la probabilidad y severidad percibida de las *sanciones formales* por parte de los miembros de la empresa (obsérvese que se trata de los costes y beneficios esperados por un individuo y no por la empresa en sí). A ello deben agregarse los costes esperados percibidos de las *sanciones informales*: se incluyen tanto la publicidad negativa para la empresa, la pérdida de reputación y buen nombre de la empresa en el mercado como la posibilidad de que colegas, amigos y familiares del infractor desapruében la conducta delictiva. También deben considerarse los *costes morales*, incluyéndose tres elementos: a. la depreciación de la imagen que el infractor tiene de sí mismo, b. la percepción del infractor de que el acto delictivo en concreto es moralmente reprobable, c. la percepción de que las normas que debe obedecer y las autoridades que las aplican son legítimas. Por último, también deben incluirse los *costes percibidos del cumplimiento de las normas regulatorias* (los costes de imposición del *Compliance Program* orientado a la prevención del blanqueo)<sup>920</sup> y los *beneficios percibidos de la infracción* (los honorarios que esperan percibirse por la operación).

En suma, PATERNOSTER/SIMPSON ofrecen un modelo de elección racional en la delincuencia empresarial que incluye las siguientes variables como instrumento de explicación y predicción de la conducta delictiva:

1. La certeza/severidad esperada de las sanciones formales;
2. La certeza/severidad esperada de las sanciones informales;
3. La certeza/severidad esperada de los costes morales: pérdida de respeto por sí mismo, inhibiciones morales, percepción de la legitimidad de las normas;
4. Costes esperados del cumplimiento de las normas regulatorias (verbigracia, implementación de programas de cumplimiento);
5. Beneficios esperados de no cumplir las normas regulatorias;
6. Características del hecho delictivo (*criminal event*)<sup>921</sup>.

---

<sup>919</sup> Todo conf. PATERNOSTER, R./SIMPSON, S.; "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", pp. 41, 42.

<sup>920</sup> La literatura de la delincuencia empresarial ha sugerido repetidamente que este tipo de delitos se cometen no tanto en anticipación directa de las ganancias esperadas sino más bien para evitar los que se perciben como costes inevitables del cumplimiento de las normas. PATERNOSTER, R./SIMPSON, S.; "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", pp. 43-45.

<sup>921</sup> Los autores incluyen también como variable la comisión de infracciones previas ya que "la investigación criminológica ha evidenciado que el mejor predictor de futuros hechos ilícitos es la

En relación con los costes morales y reputacionales pretendo incorporar en el apartado siguiente una perspectiva teórica que proviene de las teorías del aprendizaje y que permite explicar la neutralización de dichos costes morales y reputacionales en contextos normativos en los que se crean técnicas que construyen pseudo-justificaciones (o exculpaciones) a las conductas infractoras o que las presentan como neutras desde un punto de vista normativo: se trata de la *teoría de las técnicas de neutralización*.

### **3. Las técnicas de neutralización: su efecto sobre los costes morales y reputacionales**

Las técnicas de neutralización consisten en “*extensiones no reconocidas de las justificaciones legales, que se presentan bajo la forma de justificaciones para la desviación que son percibidas como válidas por el delincuente pero no por el sistema legal y la sociedad*”<sup>922</sup>. Su teorización tiene origen en el seminal artículo de los criminólogos americanos SYKES/MATZA publicado en 1957 y que resulta ser una de las explicaciones de la conducta delictiva más frecuentemente citadas y más influyentes de los últimos cincuenta años. Su fecundidad se evidencia en el hecho de que a lo largo de estos años ha sido integrada con diversas teorías criminológicas<sup>923</sup>, tales como la teoría del aprendizaje, la teoría del control o, como aquí se propone, la teoría de la elección racional.

Así mismo, la teoría ha saltado las barreras de la delincuencia juvenil, objeto de estudio para el cual fue elaborada, y se ha aplicado a la explicación de diferentes delitos graves (violación, asesinato, genocidio) y leves (juego ilegal)<sup>924</sup>. Así mismo, ha tenido gran repercusión en un

---

*comisión de ilícitos previos*”; sin embargo, no consideraré este aspecto en el marco teórico ya que no se cuenta con esta información en el delito bajo estudio. Así mismo, desarrollan cuestiones metodológicas acerca del modo en el que deben verificarse empíricamente las hipótesis mencionadas. Todo conf. PATERNOSTER, R./SIMPSON, S.; “A Rational Choice Theory of Corporate Crime”, p. 47 y 50 y ss.

<sup>922</sup> SYKES, G./MATZA, D.; “Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency”, en *American Sociological Review Vol. 22 N° 6 (Dic. 1957)*, p. 666.

<sup>923</sup> Acerca de la integración entre distintas perspectivas teóricas ver, CID MOLINÉ, J./LARRAURI PIJOAN, E.; *Teorías Criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, pp. 255, 256; SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, 4ª Ed., Dykinson, Madrid, 2006, p. 491 y ss.

<sup>924</sup> Así, recientemente se ha verificado empíricamente la existencia de técnicas de neutralización en el uso de pirotecnia en días festivos en aquellas comunidades en que su utilización se encontraba prohibida. El estudio se llevó a cabo en los Estados Unidos en el marco de las fiestas por el Día de la Independencia. Ver BUZZELL, T.; “Holiday Revelry and Legal Control of Fireworks: A Study of Neutralization in Two Normative Contexts”, *Western Criminology Review 6 (1) (2005)*, particularmente pp. 38, 39.

ámbito delictivo directamente relacionado con el presente objeto de estudio: los delitos en organizaciones y de cuello blanco<sup>925</sup>.

SYKES/MATZA mencionan cinco técnicas de neutralización que permiten al infractor otorgar una apariencia de legitimidad a su conducta: la negación de la responsabilidad (*denial of responsibility*), la negación del daño causado (*denial of injury*), la negación de la víctima (*denial of the victim*), la censura de aquellos que condenan la acción (*condemnation of condemners*) y la apelación a lealtades superiores a la ley (*appeal to higher loyalties*)<sup>926</sup>. La primera de estas técnicas –negación de la responsabilidad– ha sido señalada como la “explicación maestra” (*master account*)<sup>927</sup>. Sin embargo, esta lista no puede considerarse un *numerus clausus*: la lista original fue ampliada por posteriores estudios académicos y nuevas técnicas aparecen en cada nueva investigación<sup>928</sup>. Así, por ejemplo, en el ámbito de los delitos de cuello blanco la defensa de la necesidad, el reclamo de normalidad y la reivindicación de un derecho son producto de posteriores investigaciones<sup>929</sup>. Se trata, en todo caso, de diferentes tipos de pseudo-justificaciones o pseudo-excusas que poseen la “estructura interna de las técnicas de neutralización, como un sistema de creencias y actitudes, y sus relaciones con distintos tipos de comportamiento delictivo”<sup>930</sup>.

Según SYKES/MATZA estas técnicas cumplen una función muy específica: “protegen al individuo de la propia culpabilización así como de la condena de los otros”<sup>931</sup>; es decir, eliminan o disminuyen los costes morales y reputacionales de la conducta infractora. Como puede observarse, no se trata solamente de un proceso psicológico (es decir, no se trata de una pseudo-justificación o pseudo-excusa “privada”) sino de un proceso social (“cultural”) en el que estas técnicas se encuentran vigentes, lo que

---

<sup>925</sup> Todo conf. MARUNA, S./COPES, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, en *Crime & Just.* N° 32 (2005), pp. 222, 223, 237.

<sup>926</sup> Conf. SYKES, G./MATZA, D.; “Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency”, pp. 667-669.

<sup>927</sup> HEFENDEHL, R.; “Neutralisationstechniken bis in die Unternehmensspitze. Eine Fallstudie am Beispiel Ackerman”, p. 449.

<sup>928</sup> Incluso se habla de docenas (e incluso centenas) de técnicas que pueden cumplir funciones similares a la neutralización, conf. MARUNA, S./COPES, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, p. 284.

<sup>929</sup> Conf. MARUNA, S./COPES, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, p. 234.

<sup>930</sup> SYKES, G./MATZA, D.; “Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency”, p. 670.

<sup>931</sup> SYKES, G./MATZA, D.; “Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency”, p. 666. En el mismo sentido, MARUNA, S./COPES, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, pp. 222, 223.

explica que los otros miembros del grupo (en nuestro caso, la empresa) no reprochen la conducta realizada.

Ahora bien, la integración de la teoría de las técnicas de neutralización con la teoría de la elección racional presupone, sin embargo, una particular consideración de aquéllas. Algunos autores han pretendido delimitar las técnicas de neutralización a excusas o justificaciones que tienen lugar *ex post*, es decir luego de que el infractor ha cometido el hecho delictivo y sólo cuando dicha conducta es puesta en cuestión por otros<sup>932</sup>. Sin embargo, esta perspectiva no tiene en cuenta que, más allá de que puedan existir mecanismos de neutralización *ad-hoc* elaborados por cada individuo, en muchas ocasiones, como ocurre en el ámbito de la empresa, existe un entorno que favorece la creación de técnicas de neutralización estandarizadas para un determinado tipo de delito y que, por ende, resulta plausible sostener que serán tenidas en cuenta por los infractores *ex ante*, es decir al momento de actuar<sup>933</sup>. La teoría de la

---

<sup>932</sup> Así lo entiende HAMLIN, J.; “The Misplaced Role of Rational Choice in Neutralization Theory”, en *Criminology* N° 26 (1988), pp 425, 435, 436. Michael Benson llevó a cabo un estudio cualitativo basado en entrevistas con delincuentes de cuello blanco, identificando la existencia de diversas técnicas de neutralización *ex post* (que el autor denomina “explicaciones” –accounts-) vinculadas a específicas formas delictivas (evasión de impuestos, delitos contra la libre competencia, etc.). Sin embargo, el autor entiende que existe una vinculación metodológica entre estas neutralizaciones posteriores a la comisión del hecho (en general, posteriores a la condena por el hecho) y las neutralizaciones *ex ante*: “el estudio de las explicaciones (accounts) puede proveer una guía en el nivel del micro-análisis de los factores causales implicados en los delitos de cuello blanco”. BENSON, M.; “Denying the Guilty Mind: Accounting for Involvement in a White-Collar Crime”, en *Criminology* Vol. 23 N° 4 (1985), pp. 587, 603.

<sup>933</sup> En favor de admitir la perspectiva *ex ante*, SYKES, G./MATZA, D.; “Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency”, p. 666. Sugiere la relación entre técnicas de neutralización y teoría de la elección racional, HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, pp. 49, 50. En una línea similar, Sieber dice que la infracción de normas en la empresa se favorece a través de un clima de erosión normativa mediante la vigencia interna en la empresa de técnicas de neutralización que facilitan la infracción de las normas, a través de la presión a los empleados para encontrar “soluciones innovadoras” así como a través de oportunidades para cometer delitos. La intervención de valores en la empresa tiene un importante significado para la prevención de la criminalidad de empresa. Así mismo, destaca, integrando las técnicas de neutralización con la teoría de la elección racional, que ya TIEDEMANN en 1972 en un dictamen para la *Deutschen Juristentag* había afirmado que el autor de delitos económicos se encontraba más usualmente motivado racionalmente que otros autores y que, por ende, considerará las consecuencias jurídico-penales al momento de evaluar las alternativas de conducta. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, en *FS für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 2008, p. 474.

elección racional es una teoría de la decisión y, por lo tanto, se puede integrar con la perspectiva *ex ante* más que con la *ex post*<sup>934</sup>.

#### 4. Elección racional y técnicas de neutralización en la delincuencia empresarial

La estructura jerárquica de la organización que vuelve difusa la responsabilidad por las acciones es una condición de posibilidad de la vigencia de técnicas de neutralización<sup>935</sup>. Así, por ejemplo, un directivo ha dicho: *“hace tiempo aprendí que no debía preocuparme por aquellas cosas sobre las que no tenía ningún control. Yo no tengo ningún control sobre esto (...) ¿por qué debería afectar mi conciencia?”*<sup>936</sup>.

La negación de responsabilidad suele aparecer en los delitos de empresa bajo el argumento de que el infractor fue “forzado” a involucrarse en actos ilegales para mantener su trabajo o asegurar la supervivencia de la empresa<sup>937</sup>. También la negación de la víctima ha sido considerada como una técnica de neutralización debido a que en este tipo de actividad delictiva sus derechos pueden ser fácilmente ignorados ya que las víctimas no se encuentran en el lugar para estimular la conciencia del infractor<sup>938</sup>. Por último, la literatura específica también ha identificado la apelación a lealtades superiores: los infractores argumentan que sus acciones estaban

---

<sup>934</sup> Como ya se ha explicado, los teóricos actuales de la elección racional se han distanciado de los modelos económicos neoclásicos prefiriendo modelos de comportamiento que reconocen las limitaciones existentes en los procesos de toma de decisiones. Así, dedican atención a un modelo de comportamiento en distintas etapas en las que se divide la decisión de delinquir: iniciación, continuidad y desistimiento. Se considera que las técnicas de neutralización pueden jugar un papel destacado en cada una de estas etapas y los investigadores las toman en cuenta al modelar la toma de decisiones. Conf. MARUNA, S./COPEs, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, p. 238.

<sup>935</sup> Conf. MARUNA, S./COPEs, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, p. 232. Una aproximación crítica respecto de la relevancia del enfoque de las técnicas de neutralización en la empresa en HAINES, F.; *Corporate Regulation. Beyond Punish or Persuade*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 81-92.

<sup>936</sup> VANDIVIER, K, “Why Should My Conscience Bother Me?”, en *Corporate and Governmental Deviance: Problems of Organisational Behavior in Contemporary Society*, 5ª. Ed., (Ermann/Lundman Eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 216; cit. en MARUNA, S./COPEs, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, p. 232.

<sup>937</sup> Conf. MARUNA, S./COPEs, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, p. 232.

<sup>938</sup> Conf. MARUNA, S./COPEs, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, pp. 222, 223.

dirigida a fines superiores al cumplimiento de la ley, incluyendo los beneficios de los accionistas o la estabilidad de sus familias<sup>939</sup>.

## **5. Conclusión: el efecto criminógeno de la organización empresarial y el delito de BdeC**

Los sujetos obligados a colaborar en la prevención del BdeC tienen la función jurídicamente asignada de evitar ser utilizados para la ocultación del origen ilícito de los bienes obtenidos como beneficios de actividades delictivas colaborando en la identificación del origen ilícito de los mismos. En ciertos casos los sujetos obligados son personas físicas que deberán organizar sus actividades profesionales y económicas para cumplir de modo eficiente su función de evitadores del blanqueo. Pero, al mismo tiempo, la legislación europea y española impone estos deberes a empresas (personas jurídicas) respecto de las que resulta necesario considerar los riesgos que representan la actitud criminal de grupo y otros factores criminógenos como factores de riesgo a los que la regulación para la prevención del BdeC debe prestar atención si pretende ser eficaz y eficiente.

Las particularidades que presenta la estructura de las organizaciones complejas con su división del trabajo, descentralización, problemas de circulación de la información y distancia física o causal con las víctimas, tienen como consecuencia una reducción de los costes esperados de la actividad delictiva como producto de la existencia de dificultades en la imposición de sanciones formales e informales.

En relación con las *sanciones formales* la doctrina jurídico-penal ha alertado desde hace al menos tres décadas acerca de las dificultades que las organizaciones complejas entrañan para la imputación jurídico-penal, fundada en la idea de autoría como dominio del hecho, coautoría como acuerdo explícito entre autores y en los problemas que entrañan ciertos tipos delictivos para atribuir responsabilidad (delitos de propia mano y

---

<sup>939</sup> Conf. MARUNA, S./COPEL, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, p. 233. Las técnicas de neutralización pueden verse fortalecidas a través de efectos específicos de la descentralización de la organización. Así, el empleado puede a menudo confiar en que su propia conducta es controlada por el órgano superior en la jerarquía de la empresa y que este órgano sabría qué es lo que él debe hacer. Por su parte, en relación con la dirección de la empresa se plantea la cuestión de que ésta confíe, en relación con cuestiones fundamentales, en la opinión de expertos jurídicos o técnicos. Conf. HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, p. 50.



delitos especiales)<sup>940</sup>. Así mismo, las limitaciones que imponen las características de la organización a la previsibilidad del resultado lesivo derivado de la infracción, así como la falta de claros estándares de conducta dificultan, también, la imputación subjetiva<sup>941</sup>. En ciertas circunstancias, esta apreciación puede extenderse a la imposición de otras sanciones formales como las sanciones administrativas e, incluso, las sanciones disciplinarias dentro de la propia empresa; todo ello con el consecuente menoscabo del efecto disuasorio de las mismas.

Pero la inexistencia de claras normas de conducta dentro de la empresa y de una adecuada capacitación que permita establecer a los empleados y directivos la relación de las mismas con la afectación de bienes jurídicos, así como la carencia de un sistema de control que verifique su cumplimiento, posee efectos criminógenos debido a que dificulta la ejecución tanto de sanciones formales como informales. En efecto, en relación con las *sanciones informales*, puede observarse que la inexistencia de tales reglas (o la existencia de unas reglas difusas o de meros principios generales) impide que el propio infractor o sus compañeros de trabajo se responsabilicen por la conducta realizada, con la consecuente ausencia de dos costes asociados a la disuasión: los costes morales (autorreproche) y reputacionales (censura en el ámbito laboral). Pero además, las dificultades para atribuir responsabilidad proveen evidentes beneficios para el directivo o empleado: ante todo, el mantenimiento del puesto de trabajo. Así mismo, en el caso de los directivos deben agregarse los beneficios económicos o reputacionales derivados del éxito en la consecución de los fines económicos perseguidos por la empresa (a costa del daño social derivado de la infracción): en un contexto de cultura interna criminógena la realización de conductas delictivas o la inacción frente a ellas puede proveer beneficios reputacionales al considerarse, por ejemplo, que se ha actuado en beneficio de todos los trabajadores (al asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial) y evitado la persecución de agentes estatales “que sólo persiguen sus propios intereses”.

La empresa/sujeto obligado debe organizarse a fin de lograr una eficiente prevención del BdeC en su ámbito de organización cumpliendo con los

---

<sup>940</sup> También un análisis detallado de las dificultades que la división del trabajo, la organización descentralizada de la empresa y la estructura de información suponen para los tradicionales conceptos de autoría, coautoría, especialmente en los casos de los delitos especiales y de los delitos de propia mano, SCHÜNEMANN, B.; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 30-39. También, ya a comienzos de los años ochenta lo destacaba en la literatura en español, MALAMUD GOTI, J., *Política criminal de la empresa*, p. 35.

<sup>941</sup> Conf. HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, pp. 48, 49.

estándares de cuidado establecidos en la legislación (*heterorregulación jurídica*) y en las normas técnicas (*hetero- y autorregulación técnica*). La autoorganización (*autorregulación*) del sujeto adquiere una complejidad directamente proporcional con la complejidad de su organización. Esta autoorganización de la empresa se analizará en el próximo apartado al considerar la implementación del programa de prevención del blanqueo en la empresa. La función de este programa de cumplimiento de las normas (*Compliance Program*) consiste en establecer los incentivos adecuados para que los miembros de la organización cumplan con su rol interno, el que debe proveer a que todo el sistema de organización (la empresa) evite *outputs* que consistan en la ocultación del origen ilícito del capital provisto por sus clientes. Al fin de establecer dichos incentivos coadyuvan tanto las sanciones formales (disciplinarias, administrativas, penales) como las informales (autorreproche y censura), las que se encuentran en ciertos casos en una relación funcional entre ellas.

### **III. Compliance Programs: concepto y alcance**

#### **1. Los Compliance Programs como instrumento político-criminal**

Resulta evidente que la cuestión de la prevención del delito en la empresa es un tema que no puede ser abordado en el presente trabajo en su completitud. Un abordaje complejo debería afrontar la diversidad de modelos de prevención, ya sean orientados a la disuasión de los individuos o de la empresa como tal. Así mismo, vendrían a caballo de estas cuestiones tanto las complejas estructuras de imputación de responsabilidad individual en la empresa como el debate acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El presente capítulo tiene un objetivo acotado en el marco de este complejo debate: identificar las características más importantes de la organización interna de la empresa como aportación del sector privado a la prevención del delito en general y del BdeC en particular, así como los incentivos adecuados que provee el sistema jurídico para que la empresa y sus directivos y empleados establezcan programas de prevención, asegurándose así un eficiente nivel de cumplimiento. La delimitación del marco de estudio tiene una doble justificación: por un lado, el interés por la autorregulación empresarial y su aportación a la prevención del delito presenta una novedad que exige un esfuerzo explicativo y analítico (mientras que otras cuestiones vinculadas a la prevención de la delincuencia empresarial han sido ya abordadas extensamente por la literatura) y, así mismo, por otro lado, el análisis normativo de la política

criminal exige considerar los costes privados de la prevención, lo que resulta particularmente evidente en la organización interna de la empresa para fines que, al menos a priori, no son los propios y tradicionales de la misma.

Lo expresado no lleva a desconocer la existencia de estructuras de imputación de responsabilidad administrativa y penal consolidadas sino que las toma como presupuesto teórico sin someterlas a un análisis crítico: en todo caso, sí resultarán de importancia para analizar los incentivos (negativos) para cumplir con la implementación de los programas de cumplimiento. Lo expresado evidencia que desde la perspectiva corregulatoria estos programas de prevención no suponen una alternativa sino que, más bien, se presentan como un complemento del Derecho penal<sup>942</sup>.

En el marco de la privatización de la prevención y control del delito por medio de la estrategia de la autorregulación regulada aparecen una diversidad de nuevos conceptos orientados a mejorar la dirección y gestión de la empresa: programas de cumplimiento (*Compliance Programs*), gestión del riesgo (*Riskmanagement*), buen gobierno corporativo (*Corporate Governance*), ética empresarial, códigos de conducta y responsabilidad social corporativa: estos conceptos describen medidas que organizan la gestión empresarial conforme a valores éticos y que, así mismo, deben evitar la criminalidad empresarial con procedimientos especiales<sup>943</sup>.

Los mencionados conceptos describen una nueva forma de comprender la gestión de la empresa. Cuando se analiza el contenido de estos conceptos puede observarse que persiguen, en primer lugar, que la

---

<sup>942</sup> THEILE, H.; “Unternehmensrichtlinien – Ein Beitrag zur Prävention von Wirtschaftskriminalität“, en *ZIS 9/2008*, p. 411. En el mismo sentido, BUSSMANN, K.-D.; “Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht“, p. 103.

<sup>943</sup> Conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, p. 449 y ss. El concepto de *buen gobierno corporativo* (*Corporate Governance*) actúa en el foco de tensión entre propietarios y administradores con el fin de evitar los abusos de poder por parte de los administradores; mientras que lo que se conoce como *responsabilidad social corporativa* iría destinada a conciliar el interés de la empresa con su entorno. Conf. NIETO MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo Fernández (Dir.) – Bacigalupo/Gómez Jara Díez (Coord.), Edit. Univ. Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 131, 132. La prevención del BdeC aparecería relacionada sobre todo con la segunda cuestión. Acerca de las relaciones entre gobierno corporativo y Derecho penal; ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; “Aproximación a la Influencia del ‘Gobierno Corporativo’ sobre el Derecho Penal Económico“, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 149 y ss.

gestión empresarial se oriente conforme a ciertos *finés y valores*. Pero, sobre todo, estos conceptos hacen alusión a *procedimientos* “para organizar su protección” o para la “transposición de prescripciones legales”<sup>944</sup>. Así, en contraposición a los factores criminógenos antes analizados aparece un factor criminoresistente específico del ámbito empresarial: el *control interno* que tiene lugar en cada empresa y que supera la eficacia del control jurídico-penal por parte del Estado<sup>945</sup>.

En particular, es la fórmula “*Compliance Program*” la que permite describir adecuadamente un procedimiento para el cumplimiento de ciertos fines, sobre todo de carácter legal aunque también parcialmente de carácter ético<sup>946</sup>. La relevancia de los *Compliance Programs* para la prevención del BdeC se evidencia en la obligación que tienen las empresas/sujeto obligado de implementar políticas y procedimientos adecuados y apropiados en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación de riesgos, gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación con vistas a prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales<sup>947</sup>.

---

<sup>944</sup> Conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, p. 451.

<sup>945</sup> Conf. SCHÜNEMANN, B.; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, pp. 25-26.

<sup>946</sup> A decir de Sieber este concepto se ha hecho conocido en Alemania sobre todo en relación con el Departamento de Cumplimiento (*Compliance Abteilung*) de las entidades financieras en la prevención del BdeC. Conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, pp. 451, 452. El concepto “Compliance” significa cumplimiento, observancia, conformidad con determinados mandatos. Conf. HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, p. 2.

<sup>947</sup> El artículo 34 de la Directiva dice: “1. Los Estados miembros exigirán que las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva establezcan políticas y procedimientos adecuados y apropiados en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación de riesgos, gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación con vistas a prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo”. Lo propio establece la Ley 19/1993 en su artículo 3.7. En efecto, estos códigos de prevención no son en absoluto extraños a la realidad española sino todo lo contrario: además de las normas que deben adoptar los sujetos obligados para prevenir el blanqueo de capitales así como los programas de prevención de riesgos laborales, las normas de comportamiento que deben elaborar las entidades que se dedican a la intermediación financiera para evitar conflictos de intereses con los inversores, los códigos de prevención en materia medioambiental, entre otras. Pero además de estos casos en que la elaboración de estos programas de prevención son una exigencia del legislador hay casos en que son un puro producto autorregulatorio: así, por ejemplo, la totalidad de la empresas del IBEX y el 70% de las sociedades cotizadas afirma poseer códigos de conducta. Todo conf. NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 216, 217. También respecto de la

En efecto, las regulaciones dirigidas a la prevención del blanqueo de capitales son un claro ejemplo de una orientación político-criminal dirigida al establecimiento de una organización interna de la empresa cuya función sea evitar la utilización de la misma para el blanqueo. Las sucesivas Directivas Europeas que dieron origen y fueron definiendo progresivamente los deberes de las empresas obligadas a colaborar en la prevención del blanqueo de capitales, así como las leyes españolas que las transpusieron<sup>948</sup>, han definido el marco de un modelo de organización que debe ser completado por vía autorregulatoria por cada empresa (autorregulación regulada)<sup>949</sup>.

---

utilización de estos instrumentos para la prevención del BdeC en el marco de la autorregulación regulada; NIETO MARTIN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa“, p. 134. Puede observarse que las aproximaciones a los programas de cumplimiento en relación con la prevención del BdeC son relativamente nuevas ya que hasta hace un tiempo existían pocos comentarios acerca de esta cuestión. Alertaba sobre esta cuestión a mediados de los años 90, FISSE, B.; “Money Laundering, Regulatory Strategy and Internal Corporate Controls”, en *Current Issues Crim. Just. N° 6 (1994-1995)*, p. 180. También Braithwaite destacaba por aquellos años el excesivo tratamiento tóxico de las cuestiones relacionadas con el BdeC y proponía la utilización de un marco teórico que incluía los *Compliance Programs* como instrumento de prevención y la autorregulación regulada (*enforced self regulation*) como marco teórico de análisis sujeto a una evaluación de las consecuencias. Ver BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, en *Alabama Law Review N° 44 (1992-1993)*, particularmente pp. 664-668.

<sup>948</sup> Da origen a la armonización normativa en Europa en esta materia la Directiva 91/308/CEE, aprobada el 10 de junio de 1991, que fue modificada por la Directiva 2001/97/CE aprobada el 4 de diciembre de 2001, ambas finalmente derogadas por la actualmente vigente: la *Directiva Europea 2005/60/UE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*. Las sucesivas Directivas fueron transpuestas al régimen legal español por medio de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, y su modificatoria 19/2003, de 4 de julio.

<sup>949</sup> Tal como se ha expresado en la Parte Primera de este trabajo la elaboración de las normas y el control de su cumplimiento puede llevarse a cabo por parte del Estado o por parte del sector privado. Para el intervencionismo la forma más correcta para regular el comportamiento de las sociedades es la norma jurídica, acompañada de la intervención de la administración a través de agencias inquisitivas con amplios poderes de investigación y sanción con competencias para imponer sanciones como consecuencias jurídicas desfavorables para las empresas. Para esta concepción, que he denominado mandato y control, no representa ningún tabú regular cómo debe organizarse internamente la empresa. Como también se ha observado, la autorregulación de las empresas y el autocontrol (por parte de la propia empresas o de asociaciones empresariales) es la contracara de este modelo. Pero la incapacidad de la Administración para adaptarse a las peculiaridades de cada empresa y al cambio tecnológico ha mellado la confianza en el modelo intervencionista del “mandato y control” al tiempo que la autorregulación despierta suspicacias respecto de su eficacia para gestionar la prevención. Como consecuencia de ello, gran parte de los *Compliance Programs* dirigidos a prevenir el delito en la empresa reflejan la postura ecléctica, ya analizada en la Primera Parte,

Los sujetos obligados deben contar con un sistema de control interno dirigido a la identificación de operaciones sospechosas de blanqueo de capitales para su posterior bloqueo y/o reporte a los organismos estatales de investigación (SEPBLAC), lo que supone una gestión del riesgo delictivo que se basa en el conocimiento del cliente y en la evaluación de que sus operaciones encuentren respaldo en una actividad económica legal. Con este sistema interno de control y vigilancia se reducen las oportunidades delictivas que proveen las empresas/sujeto obligado para su utilización para el BdeC y, de este modo, se incrementa el riesgo de descubrimiento de los hechos punibles y sus infractores<sup>950</sup>.

Así, *la organización empresarial puede ser estudiada desde el enfoque de la prevención situacional*: la organización interna para la prevención del BdeC tiene como finalidad organizar este particular entorno (la empresa) para identificar las situaciones que proveen oportunidades para delinquir e intervenir sobre ellas con *técnicas de prevención situacional* tanto cognitivas como normativas<sup>951</sup>. En los siguientes apartados se tratará, sobre todo, de estas *técnicas de corte normativo*.

## **2. Compliance Programs y técnicas de prevención situacional de carácter normativo**

Una implicación de política pública de la técnicas de prevención situacional consiste en deslegitimar las neutralizaciones vigentes en el

---

denominada *autorregulación regulada*: los códigos de conducta, la calidad de los sistemas de control interno y los otros elementos que conforman los programas de cumplimiento son fomentados por el legislador quien, incluso, puede establecer jurídicamente un marco legal con principios orientadores de la autorregulación empresarial; así, heterorregulación jurídica y autorregulación se vuelven complementarias. Todo conf. NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 216, 217, 219, 225-227.

<sup>950</sup> En este sentido, con referencia al sistema financiero y a los bancos, partiendo también del supuesto conductual de racionalidad de los blanqueadores, FINDEISEN, M.; “Der Präventionsgedanke im Geldwäschegesetz“, en *Wistra* N° 4 (1997), p. 123.

<sup>951</sup> Como ejemplos de técnicas de carácter cognitivo en la prevención del blanqueo pueden considerarse las *claves de acceso* que limitan la posibilidad de realizar ciertas operaciones a los empleados sin autorización de un superior, así como los programas informáticos que limitan la cantidad de dinero para ciertas operaciones (por cliente y entidad), como las transferencias de dinero al exterior del territorio nacional, procediendo a *bloquear automáticamente* esta opción en la cuenta del cliente. Pero, al mismo tiempo, también se desarrollan técnicas de prevención situacional de carácter normativo como la clarificación de las normas operativas en un contexto determinado.

ámbito empresarial, es decir, volverlas inaceptables<sup>952</sup>. Integrando esta perspectiva con la teoría de la elección racional se podría decir que “neutralizando las neutralizaciones” los infractores potenciales se verían impedidos de definir sus conductas como no delictivas, imponiéndose así costes morales y reputacionales<sup>953</sup>. La idea es “*estimular sentimientos de consciencia en el momento en que el infractor contempla la posible comisión de una forma específica de delito*”<sup>954</sup>.

En el lenguaje de la teoría de la elección racional puede afirmarse que la empresa es un entorno (organizacional) que provee oportunidades para cometer delitos (*hot spots*) y que es responsabilidad de la empresa establecer “*medidas dirigidas a formas delictivas específicas que suponen el control, organización, diseño y manipulación del entorno inmediato, de la forma más sistemática y permanente posible, con el objetivo de reducir las oportunidades para la comisión de delitos e incrementar sus riesgos de acuerdo a la forma en que éstos son percibidos por los infractores*”<sup>955</sup>.

Tal como se ha detallado en la Parte Primera de este trabajo, RONALD CLARKE clasifica estas técnicas de prevención en cuatro grupos, pero las que quiero destacar ahora son las técnicas que pretenden establecer, explicar o clarificar reglas o normas de conducta, con la finalidad de incrementar los costes morales y reputacionales de la conducta delictiva. Con estas técnicas se busca evitar la indefinición o ambigüedad normativa característica de algunos contextos. Evitar ambigüedades en las normas que deben cumplir los empleados favorece la atribución individual de responsabilidad y, por ello, aumenta el coste moral y reputacional de dichas conductas infractoras.

Así, como paradigma de la prevención situacional en este ámbito aparece la autorregulación empresarial por medio de los *Compliance Programs* que se realizan tanto en los códigos éticos (que indican fines y valores) como en los manuales de procedimientos internos de la empresa en materia de prevención de riesgos delictivos (medio ambiente, accidentes laborales, blanqueo de capitales). La finalidad que se persigue consiste en evitar que la difusión de la responsabilidad, la jerarquía y la competencia operen como condición de

---

<sup>952</sup> BOHM, R. M.; *A Primer on Crime and Delinquency Theory*, 2ª Ed., Belmont, Calif: Wadsworth, 2001, p. 52; cit. en MARUNA, S./COPEL, H; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, p. 240.

<sup>953</sup> CLARKE, R.; “Introduction”, en *Situational Crime Prevention. Successful Case Studies*, 2ª Ed., Clarke (Ed.), Harrow and Heston, Guildersland/New York, 1997, pp. 16, 17, 24.

<sup>954</sup> CLARKE, R.; “Introduction”, p. 24.

<sup>955</sup> CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention”, en *Crime and Justice: An annual Review of Research*, Vol. 19 (1995), p. 91. También en CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention: Its theoretical Basis and Practical Scope”, en *Crime and Justice: An annual Review of Research*, Vol. 4 (1983), p. 225.

posibilidad para la neutralización del desvalor de la conducta individual impidiendo el autorreproche (costes morales) así como el reproche de los otros miembros de la organización (costes reputacionales) y dificultando la imposición de sanciones formales (administrativas, penales). Así, estos verdaderos *códigos de prevención* tienen como finalidad esencial compensar los efectos criminógenos ya analizados como característicos de las organizaciones empresariales<sup>956</sup>.

Los *Compliance Programs* poseen un *específico contenido de prevención*. La influencia directa sobre la dirección de la empresa es desde un punto de vista de técnicas de organización el medio más eficaz para influir en la política de la empresa. La ventaja de los *Compliance Programs* en relación con la intervención estatal (mandato y control) se observa particularmente en aquellos ámbitos donde las regulaciones directas de la empresa pueden tener en cuenta las diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna mejor que las regulaciones administrativas o jurídico-penales. Esto se debe sobre todo a los conocimientos especiales de las empresas, a sus posibilidades de intervención global (no siempre disponibles para el Estado o los organismos internacionales) así como a su dominio de medios de control centrales para la prevención del delito, las competencias jerárquicas para dictar instrucciones y la disponibilidad del sistema de información. Por ello la autorregulación de la empresa puede ser un recurso mucho más efectivo que las regulaciones estatales (no siempre adecuadas a las particularidades de la empresa)<sup>957</sup>.

### **3. Las fuentes de los Compliance Programs: redactores múltiples y autorregulación regulada**

Los *Compliance Programs* para la prevención del BdeC son elaborados e influidos por distintos redactores. En su elaboración intervienen, por un lado, los programas internos de la propia empresa; así mismo, algunos conceptos son también elaborados por asociaciones de empresas;

---

<sup>956</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 215, 216.

<sup>957</sup> El análisis de los *Compliance Programs* permite identificar *tres procesos específicos* con los que en el marco de una “autorregulación regulada” resulta posible un incremento de la eficiencia en los controles de la criminalidad de empresa; el sistema de regulación estatal puede: 1) prescribir o influir en el sistema de regulación no estatal o en algunos de sus elementos; 2) obligar al sistema privado a cooperar con el sistema de sanciones estatales; 3) declarar obligatorios el contenido de los códigos de regulación privada. Según Sieber, son los procesos 1) y 2) los que pueden encontrarse en la regulación de los deberes de los sujetos obligados en la prevención del BdeC. Todo conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, pp. 475, 476.



mientras que, en algunos casos, pueden encontrarse también regulaciones estatales como aquellas que obligan a establecer “sistemas de control interno” para la prevención del BdeC (sin embargo, el legislador o la Administración determinan el contenido de los programas de un modo muy amplio)<sup>958</sup>. Los programas para la prevención del blanqueo son elaborados por la propia empresa en el marco de las regulaciones legales dictadas por el Estado y bajo la influencia de normas autorregulatorias originadas en asociaciones de empresas (como las asociaciones de banca) y heterorregulatorias provenientes de organismos técnicos (GAFT).

De la consideración de los redactores de los programas en el ámbito de la prevención del BdeC puede distinguirse que estamos frente a un caso de autorregulación regulada o corregulación, en vista del espacio de libertad interno concedido a los autores de los programas así como de las estructuras de incentivos y coerción introducidas que evidencian diversas formas mixtas y escalones intermedios desde la autorregulación a la regulación estatal<sup>959</sup>.

#### **4. El contenido del Compliance Program en la prevención del BdeC**

##### **A. Introducción**

Los “sistemas de control y vigilancia adecuados” que deben implementar las entidades financieras con el fin de prevenir el BdeC son considerados un paradigma de los *Compliance Programs* para la prevención del delito. Lo mismo puede decirse de la exigencia de que los empleados sean confiables, que reciban capacitación acerca de las técnicas de BdeC y de que se establezca una persona responsable de la dirección como contraparte de las autoridades de persecución penal. Así mismo, a tal organización de la empresa pertenece el deber de tener un sistema de seguridad respecto de los clientes, así como el deber de documentar la

---

<sup>958</sup> También existe una cuarta variante, hasta el momento menos relevante en relación con el BdeC, que consiste en que las autoridades estatales promuevan que la elaboración de los programas sea llevada a cabo no ya directamente por cada empresa o por instituciones sino por otros grupos sociales afectados por las regulaciones: así, por ejemplo, el *Corporate Government Kodex* promovido por el Ministerio de Justicia alemán; la elaboración del código estuvo a cargo de una comisión conformada por representantes del sector privado. Todo conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, p. 459.

<sup>959</sup> En general respecto de la autorregulación regulada en los *Compliance Programs*, SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, p. 460.

actividad de negocios. Estos deberes de organización se completan con el deber de reportar operaciones sospechosas<sup>960</sup>.

Tanto la regulación europea como la española (esta última producto de la transposición de aquella) imponen a los sujetos obligados el deber de implementar programas de cumplimiento<sup>961</sup>. En efecto, la Directiva Europea (2005) en sus artículos 34 y 35 refiere a la obligación que pesa sobre los sujetos obligados de establecer políticas y procedimientos adecuados y apropiados para la prevención del BdeC y lo propio hace la Ley 19/1993 en sus artículos 3.7 y 3.8<sup>962</sup>.

Los *Compliance Programs* para la prevención del BdeC implican una implementación institucionalizada de medidas sistematizadas para el control de la delincuencia empresarial. Esto incluye la instauración de un Departamento de Compliance (*Compliance Abteilung*), medidas de capacitación para empleados así como deberes de información y documentación, medidas pertinentes de control personal y material,

---

<sup>960</sup> Conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, pp. 456, 457.

<sup>961</sup> Se discute si existe un deber general de implementar programas de prevención. Así, algunos autores en Alemania han afirmado que con base en el § 130 OWiG y en diferentes normas especiales puede derivarse un deber general (para todas las empresas) de implementar un programa de cumplimiento. Sin embargo, Hauschka afirma que de deberes especiales como el que establece la Directiva Europea para la prevención del BdeC (2005) en su artículo 11 no puede derivarse un deber general. Conf. HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, p. 8.

<sup>962</sup> El Reglamento (Real Decreto 925/1995) detalla este deber en sus artículos 11 y 12 refiriendo tanto a las medidas como a los órganos de control. Así, en relación con las *medidas de control interno (art. 11)* dice los sujetos obligados que sean bien personas jurídicas, bien establecimientos o empresarios individuales cuyo número de empleados sea superior a 25, establecerán procedimientos y órganos adecuados de control interno y comunicación con la finalidad de “conocer, prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales”. En los casos en que cuenten con menos de 25 empleados el titular de la actividad desempeñará las funciones de órganos de control interno y de comunicación. Por su parte, en lo que se refiere a los *órganos de control interno y comunicación (art. 12)* se indica que tienen como misión “analizar, controlar y comunicar al Servicio Ejecutivo (SEPBLAC) toda la información relativa a las operaciones o hechos susceptibles de estar relacionados con el blanqueo de capitales” (12.1). Al frente de este órgano existirá un representante del sujeto obligado ante el Servicio Ejecutivo quien será el encargado de transmitir a éste la información relativa al blanqueo de capitales y de recibir las solicitudes y requerimientos de aquel (12.2). Así mismo, el artículo 11.6 indica que el órgano de control interno y comunicación operará, en todo caso, con separación orgánica y funcional del departamento o unidad de auditoría interna de la entidad. La legislación alemana presenta un contenido similar producto de la transposición de la regulación europea: para más detalles ver la Ley de Prevención del BdeC alemana: *Gesetz über das Auspäuren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz vom 13. August 2008 BGBl. IS 1690)*.

medidas para la canalización de los reportes de sospechas, un sistema especial de advertencias (*Hinweisgebersystem*), medidas internas para el esclarecimiento de los casos de sospecha, medidas de control externo así como la cooperación con los organismos empresariales y estatales de control del delito<sup>963</sup>.

## **B. Contenido de los Compliance Programs**

### **a. Fines y valores**

Los programas definen *finés* que deben realizarse con determinados procedimientos. Entre los fines cabe destacar sobre todo “la prevención de delitos”: incluye tanto el BdeC como delitos de corrupción, financiamiento del terrorismo, delitos contra la competencia, delitos contra la Hacienda Pública, entre otros<sup>964</sup>. Con la finalidad de evitar actos delictivos “de la empresa” y “contra la empresa” se protegen diversos bienes que los programas conservan como continuación de los protegidos legalmente por medio de las leyes penales.

Estos programas comprenden no sólo intereses del ámbito de la empresa sino que usualmente se protegen intereses de terceras personas (consumidores) así como intereses sociales (medio ambiente). Como consecuencia de esta diversidad de fines y ámbitos de protección los programas de las distintas empresas tienen un contenido muy diverso<sup>965</sup>:

---

<sup>963</sup> SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, p. 477. En sentido similar, BERNDT, T./HOPPLER, I.; “Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance“, en *BB Cuaderno N° 48 (2005)*, p. 2627.

<sup>964</sup> En sentido amplio puede decirse que la finalidad de los programas es aplicar normas jurídicas u otras directivas definidas para la empresa y, a través de ello, evitar la reclamación de responsabilidad y otros perjuicios para la empresa, sus órganos y empleados. De este modo se cumple con el Derecho vigente y, particularmente, con el Derecho penal. Conf. HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, p. 9. Los códigos éticos suelen poseer un preámbulo o prefacio en el que se expresan los valores centrales de la corporación, sus aspiraciones más importantes y las metas a conseguir. Conf. MALEM SEÑA, J.; “Códigos éticos corporativos“, en *Homenaje a Carlos S. Nino, Alegre/Gargarella/Rosenkrantz* (Coord.), Facultad de Derecho-UBA/La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 345. Estas finalidades de la prevención que manifiestan el compromiso de la empresa en la prevención y en el cumplimiento de la ley y, por ello, de que de modo alguno obtendrá beneficios económicos de la infracción de las mismas suelen denominarse “Mission Statements”; conf. LAMPERT, TH.; “Compliance-Organisation”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, p. 148. También HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, p. 16.

<sup>965</sup> Todo conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, pp. 454, 455.

la prevención del BdeC por parte de las empresas/sujeto obligado es un caso paradigmático de prevención de intereses individuales y sociales (conforme la ya analizada lesividad social del blanqueo).

## **b. El procedimiento**

También el *procedimiento* para proteger los mencionados bienes varía en los programas de las diferentes empresas. *Sus particularidades dependen sobre todo del ámbito de actividad de la empresa y de las dimensiones de la misma.*

En el centro de estos programas se encuentra una clara mención de los fines a que aspiran así como de los bienes y valores que se protegen en manuales de información (*Informationsschrift*) dirigidos a los trabajadores: allí usualmente se incluyen *normas directivas detalladas*. Los empleados son instruidos en estas directrices a través de *cursos de capacitación* en el marco de los programas. Así mismo, se incluyen “procedimientos de reporte” para el descubrimiento de infracciones/irregularidades que pueden reportar los empleados (*hotlines – empleado/whistleblower*). Un rol central cumplen también los *controles internos y externos*.

Estas regulaciones se aseguran por medio de *mecanismos de sanción internos como las sanciones disciplinarias*. Para la coordinación de estas medidas en muchas empresas se crea un departamento de organización: el así llamado “Departamento de Cumplimiento” (*Compliance Abteilung*) que en las grandes empresas se encuentra integrado por diversos empleados y, con frecuencia, depende directamente de la dirección de la empresa<sup>966</sup>. A continuación se analizan cada uno de estos elementos.

## **C. Compliance Programs y prevención del BdeC**

### **a. Elementos de los Compliance Programs**

Los Compliance Programs presentan algunos elementos característicos para la prevención de la delincuencia empresarial y que los hacen particularmente idóneos para evitar el BdeC, a saber<sup>967</sup>:

---

<sup>966</sup> Conf SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, pp. 456.

<sup>967</sup> En lo sustancial sigo a SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, p. 457 y ss. También en sentido similar NIETO MARTIN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la

1. *Gestión del Riesgo*: análisis de los riesgos delictivos específicos de la empresa;
2. *Códigos de Conducta*: definición y comunicación de los valores y fines de la empresa que deben respetarse; determinación y difusión de las prescripciones y procedimientos para la empresa y empleados;
3. *Identificación de líneas de responsabilidad*: fundamentación de la responsabilidad de la alta dirección en relación con los fines y procedimientos para la prevención de la criminalidad; determinación de la responsabilidad para la línea de dirección media con la creación de una unidad especializada en la empresa (*Compliance-Abteilung*);
4. *Sistema de Información*: Creación de un sistema de información para el descubrimiento y esclarecimiento de delitos, y particularmente: controles internos, deberes de reporte, sistema de reporte de irregularidades (*whistleblowing*), establecimiento del procedimiento de reporte de operaciones sospechosas así como de los resultados de este proceso con información directa a la dirección de la empresa; adaptación permanente y desarrollo del respectivo *Compliance Program*. También se incluyen en el sistema de información la capacitación en la prevención de ilícitos dirigida a los empleados;
5. *Control y evaluación (interna y externa) del programa*: establecimiento de revisores y controles interno y externos en atención a elementos particulares de los programas;
6. *Estructura de incentivos eficaces para cumplir las normas*: establecimiento de medidas internas para sancionar las infracciones, así como de una estructura de incentivos eficaces para la ejecución y desarrollo de las medidas mencionadas<sup>968</sup>. Aquí pueden considerarse los incentivos (positivos y negativos) que provee el sistema legal (y los eventuales organismos autorregulatorios) para que los sujetos obligados establezcan y cumplan los programas.

Debido a que el contenido de un programa para prevenir la delincuencia empresarial depende de las características de cada empresa y su ámbito de actividad, los redactores de los programas en las respectivas empresas deben tener suficiente espacio de libertad individual como para establecer su propio concepto de prevención del delito. Para la eficacia de tales medidas es particularmente importante la cooperación entre el sistema de regulación interna de la empresa y el sistema estatal de prevención de la

---

Empresa“, p. 134 y ss. Destaca también estos elementos, con algunos matices, en uno de los primeros intentos teóricos que identifican la importancia de los *Compliance Programs* y la autorregulación regulada para la prevención del BdeC, FISSE, B.; “Money Laundering, Regulatory Strategy and Internal Corporate Controls”, pp. 180, 181.

<sup>968</sup> Todo conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, pp. 457, 458.

criminalidad de empresa<sup>969</sup>. Así mismo, los incentivos del sistema jurídico y del sistema autorregulatorio deben ser los adecuados para que las empresas cumplan con la implementación de programas adecuados debiéndose considerar en el diseño de los incentivos el factor disuasorio que representan los altos costes de los mismos.

En los puntos siguientes se analizarán los mencionados elementos esenciales de los programas de cumplimiento para ponerlos en relación con la prevención del BdeC.

## **b. La gestión del riesgo en la prevención del BdeC**

### **aa. Introducción**

La gestión del riesgo, que opera como un criterio rector del sistema de prevención del delito en la empresa, supone la *identificación, análisis y control de los riesgos* en la empresa así como la vigilancia de la eficacia de las medidas de gestión: en suma, *se trata de que la organización empresarial esté preparada para el reconocimiento y valoración de los riesgos (en este caso, delictivos) que le competen*<sup>970</sup>.

La evaluación del riesgo (*risk asesment*) obliga a las empresas a analizar sus procesos de producción y de gestión con el fin de descubrir los puntos débiles sobre los que debe actuarse. La *evaluación del riesgo* es, así, *el primer paso que debe llevarse a cabo para desarrollar un sistema de prevención y control*<sup>971</sup>. Esta evaluación y gestión del riesgo así como los programas de prevención que de ellos se derivan no deben necesariamente ser omnicomprendivos sino que, por el contrario, y siguiendo las recomendaciones de la prevención situacional del delito, pueden (y deben) estar dirigidos a prevenir específicas formas delictivas. La evaluación del riesgo debe ser constante (*on going risk asesment*) con el fin de adaptar el programa de cumplimiento a nuevo problemas o detectar deficiencias<sup>972</sup>.

---

<sup>969</sup> Todo conf. SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität“, p. 459. Sin duda que la regulación de la organización interna de las empresas podría elaborarse por vía heterorregulatoria (mandato y control); sin embargo, esta alternativa puede resultar ineficiente debido a la diversidad de las empresas (en dimensión y actividad). FISSE, B.; “Money Laundering, Regulatory Strategy and Internal Corporate Controls”, pp. 185, 186.

<sup>970</sup> Conf. HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, pp. 3, 11.

<sup>971</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 229.

<sup>972</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 229.

Así, la estrategia de prevención del BdeC busca asegurar que la gestión del riesgo esté inserta en la organización a través de un marco especialmente diseñado e implementado y en el cual el riesgo es identificado, cuantificado, controlado y reportado<sup>973</sup>. Para ello, las empresas obligadas a colaborar deben elaborar códigos de prevención específicos para el BdeC. Pero ello no significa, por supuesto, que los sistemas de prevención instalados puedan ser utilizados sólo para una finalidad preventiva: existe una economía de escala en los costes de la prevención<sup>974</sup>.

La gestión del riesgo de BdeC es un proceso complejo que se inicia en el deber de diligencia con respecto al cliente (identificación, elaboración de un perfil, seguimiento de las operaciones, etc.)<sup>975</sup>. En aquellos casos en que se identifica un riesgo más elevado de blanqueo con la clasificación de una operación como “inusual” se lleva a cabo un procedimiento especial para controlar ese riesgo (solicitud de información adicional, verificación de datos aportado por el cliente, etc.) y en caso de que no pueda encontrarse una justificación a la operación se procede a clasificarla como “sospechosa”, lo que supone la no ejecución de la misma y el reporte de la misma al SEPBLAC.

#### **bb. El deber de diligencia con respecto al cliente**

El punto crucial del deber de diligencia con respecto al cliente es que los sujetos obligados identifiquen qué preguntas deben realizar y qué pasos deben documentar para cumplir con los deberes secundarios de carácter

---

<sup>973</sup> PIETH, M./AIOLFI, G.; “The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process”, en *Journal of Financial Crime Vol. 10 N° 4*, p. 363. En general la gestión del riesgo en la empresa supone su identificación, valoración y control. Conf. PAMPEL, J./GLAGE, D.; “Unternehmensrisiken und Risikomanagement”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, pp. 82, 83 y 91 y ss.

<sup>974</sup> Así, por ejemplo, los Casinos de Juego, al cumplir el deber de requerir el documento de identidad a las personas que ingresan al local, cumplen tanto con el deber derivado de la prevención del blanqueo como con otros deberes provenientes de otras regulaciones como las que permiten a los ludópatas imponerse restricciones en el ingreso a estos locales. En otro sentido, algunas entidades financieras ante la obligación de solicitar información a sus clientes para prevenir el blanqueo han decidido ampliar la estrategia y equiparar los estándares con el tipo de información que se solicita para el otorgamiento de créditos, de forma tal de obtener beneficios y reducir los costes reputacionales que la solicitud de información podría representar en la relación con los clientes.

<sup>975</sup> Acerca de la gestión del riesgo en la prevención del BdeC y de la diligencia debida respecto del cliente, GAMARRA VIZCAYNO, A.; “El blanqueo de capitales, medidas de control interno para su prevención”, en *Seguritecnia (Enero 2005)*, p. 66 y ss.

positivo de examen e investigación. Así, por ejemplo, si el regulador deja un hiato entre el deber de examen y los deberes de informar y no ejecutar operaciones sospechosas invita a que los sujetos obligados reaccionen sólo frente a casos manifiestos de BdeC<sup>976</sup>. Tal regulación no puede ser considerada eficiente: en efecto, el deber de diligencia supone “buscar la información” y no un mero “encontrarla” ante casos manifiestos.

Darle contenido a este deber implica elaborar una serie de reglas de mayor concreción que orienten la actividad del obligado: esto hace posible el cumplimiento posterior de los deberes esenciales de informar (sujeto obligado/whistleblower) y de no ejecutar la operación (sujeto obligado/gatekeeper), ya que si la identificación de la operación sospechosa es manifiestamente infrainclusiva o sobreinclusiva el programa tenderá a ser ineficiente. En efecto, si es infrainclusiva (es decir, se detectan menos de las que realmente existen) tiende a la ineficiencia porque los costes de prevención darán bajos resultados en la detección del blanqueo y si es sobreinclusiva (cuando se identifican como sospechosas operaciones que no son de blanqueo) porque se incrementan los costes reputacionales para la entidad y los de gestión de la información por parte del Estado sin que ello vaya a derivar en el descubrimiento de casos de blanqueo.

La gestión del riesgo, en el marco de la (autorregulación regulada, implica una corresponsabilidad entre el órgano estatal de supervisión (SEPBLAC) y la empresa, mediada en algunos casos por asociaciones de la industria que pueden alcanzar un alto grado de formalización, llegando a tener, inclusive, facultades regulatorias<sup>977</sup>. Esta gestión del riesgo utiliza el *know how* empresarial, su experiencia y, sobre todo, la aproximación

---

<sup>976</sup> PIETH, M.; “The Prevention of Money Laundering: A Comparative Analysis”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice Vol. 6/2 (1998)*, p. 167.

<sup>977</sup> Conviene retomar la cuestión planteada en la Parte Primera del presente trabajo para identificar algunas diferencias sustanciales entre la estrategia de mandato y control y la gestión del riesgo para enmarcar la discusión:

- El modelo basado en reglas (mandato y control) se funda en que el Estado actúa de forma autónoma. Por el contrario, el concepto de gestión del riesgo también supone la creación de normas y procedimientos (ya se dijo, este modelo también es normativo) pero al micro-nivel de cada compañía, aunque éstas puedan ser en respuesta a la legislación nacional o a recomendaciones internacionales. La legislación nacional o las normas internacionales pueden ser un fundamento común a ambos modelos.
- El modelo basado en reglas utiliza normas abstractas, prescriptivas y es reactivo en el sentido de que reacciona frente a errores pasados del sistema. La gestión del riesgo, por el contrario, tiende a estar basado en la práctica y está arraigado tanto en el pasado como en la continua experiencia del negocio.

Todo conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process”, p. 363.



diferenciada de las instituciones financieras para comprender el trasfondo económico de las transacciones financieras y las complejas estructuras financieras sobre las que aquellas se montan.

Pero esta traslación de la gestión del riesgo al ámbito empresarial plantea un posible dilema: si las empresas deben asumir responsabilidad necesitan tanto reglas abstractas claras como libertad de acción. La resolución de este dilema puede provenir de una gestión del riesgo que se normativice guiada por las deliberaciones del triángulo regulatorio que conforman el GAFI, el Comité de Basilea y el Grupo Wolfsberg en el ámbito de las entidades financieras<sup>978</sup>.

La solución de un mecanismo corregulatorio en el cual el Estado impone un marco legal lo suficientemente abstracto que resulta completado por cada empresa, adecuándolo a las particularidades de su propia estructura organizacional, parece presentarse como una salida óptima en relación con la alternativa de un regulador estatal centralizado que debería dictar una profusión de normas adecuadas no sólo a cada tipo de sujeto obligado (entidades financieras, abogados, notarios, etc.) sino también a las dimensiones del mismo (bancos transnacionales/bancos provinciales, grandes despachos/despacho con abogado único, etc.) y, al mismo tiempo, actualizar las normas conforme los desarrollos tecnológicos, la evolución de cada mercado y las cambiantes estrategias de blanqueo<sup>979</sup>.

Para analizar de qué modo la empresa debe organizarse para prevenir la creación de oportunidades delictivas de blanqueo en su entorno organizacional resulta conveniente comenzar por conocer cómo debe llevar a cabo los deberes de examen e investigación orientados a la identificación de operaciones sospechosas.

---

<sup>978</sup> Todo conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, study by The Basel Institute on Governance, Commissioned by The Stiftung Finanzplatz Schweiz (Summary), Basel, 2003, p. 16 (en [www.baselgovernance.org/publications/working-papers](http://www.baselgovernance.org/publications/working-papers)) (visitada el 17 de enero de 2008).

<sup>979</sup> Así, dicen Pieth/Aiolfi que ciertas reglas pueden ser apropiadas para la banca minorista (*retail banking*) pero pueden no serlo en la banca privada y que el modelo de gestión del riesgo, más flexible que el mandato y control, puede ser más efectivo en este contexto; en PIETH, M./AIOLFI, G.; “The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process”, p. 362.

## cc. El deber de examen (examen general): el perfil del cliente

El deber de diligencia con respecto al cliente se realiza en un *deber de examen* (también se hace referencia a éste como *deber de examen general*) que incluye a todos los clientes. El cumplimiento del deber de examen es condición necesaria para la identificación de una operación como inusual y, posteriormente, como sospechosa. De lo contrario, el sujeto obligado “*difícilmente podría individualizar en cada caso y para cada cliente cuándo una operación es concretamente sospechosa*”<sup>980</sup>.

En efecto, la regulación del deber de diligencia con el cliente incluye distintas medidas que deben aplicarse tanto *al momento de entablar relación* con el cliente como en el *seguimiento de la relación contractual* con el mismo. Incluye tanto la identificación del cliente y la comprobación de su identidad, como la identificación del titular real de la operación y la adopción de medidas para verificar su identidad. Así mismo, se debe obtener información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios y aplicar medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios para verificar sus operaciones, con la finalidad de analizar si éstas se adecuan al tipo y entidad de actividad económica que desarrolla<sup>981</sup>.

El sujeto obligado no debe aplicar los mismos recursos para todos los casos sino que, siguiendo un criterio de eficiencia, la Directiva Europea (2005) indica que el criterio rector debe ser la gestión del riesgo en la aplicación de los deberes de diligencia debida<sup>982</sup>. La entidad deberá clasificar a sus clientes entre aquéllos que representan un mayor riesgo de BdeC y aquéllos que, por el contrario, representan un riesgo menor: respecto de los primeros deberán aplicar medidas reforzadas de diligencia debida mientras que respecto de los segundos implementarán medidas simplificadas<sup>983</sup>.

---

<sup>980</sup> BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, p. 34.

<sup>981</sup> Ver el artículo 8 de la Directiva Europea (2005) en el que se regula el deber de identificar al cliente (y en su caso de identificar al titular real cuando éste no coincida con aquel que realiza la operación), la obtención de información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios y la aplicación de medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios (*monitoring*).

<sup>982</sup> Ver considerandos 22, 24, 37, 43 y 47 así como los arts. 8.2, 9.6, 11.2.c y 34.1 de la Directiva.

<sup>983</sup> Directiva Europea (2005), ver Medidas simplificadas de diligencia debida con respecto al cliente (art. 11) y Medidas reforzadas de diligencia debida con respecto al cliente (art. 13). En el artículo 8 de la Directiva Europea en que se regula el deber de

Así, la entidad clasificará como de *bajo riesgo* a cualquier cliente con respecto al cual el riesgo de blanqueo de capitales sea escaso (art. 11.2.c. Directiva Europea) para lo cual las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la Directiva deberán reunir la información suficiente para determinar si el cliente puede acogerse a esta excepción o a alguna de las expresamente previstas en el artículo 11.1. y 11.2 (art. 11.3 Directiva Europea)<sup>984</sup>.

Por el contrario, los sujetos obligados deberán aplicar, en función de un análisis del riesgo, medidas reforzadas de diligencia debida con respecto al cliente, en aquellas situaciones que por su propia naturaleza puedan presentar un *riesgo más elevado de blanqueo de capitales* (art. 13.1 Directiva). Así, por ejemplo, la Directiva (2005) regula casos en los que debe aplicarse, en todo caso, medidas reforzadas, a saber: a) Cuando el cliente

---

conocer al cliente no se exige que cumplen estándares rígidos dictados por los reguladores sino que el artículo 8.2 de la Directiva dice: “*Las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva aplicarán cada uno de los requisitos del apartado 1 (del artículo 8) sobre diligencia debida con respecto al cliente, pero podrán determinar el grado de su aplicación en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto o transacción. Las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva deberán estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes mencionadas en el artículo 37, incluidos los organismos autorreguladores, que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo*”; de modo tal que la propia Directiva promueve la gestión del riesgo por medio de la autorregulación regulada de los sujetos obligados ya que éstos pueden dictar sus propias normas de control pero éstas deben ser adecuadas a los fines públicos de prevención del BdeC.

<sup>984</sup> El artículo 11 enuncia en sus apartados 1 y 2 y 5 algunos casos en los que el sujeto obligado debe aplicar medidas de diligencia simplificadas. En primer lugar detalla un número de casos en los que el control puede ser simplificado en virtud del tipo de cliente con una lista de tipos de clientes, tal como ocurre cuando el cliente sea “*una entidad de crédito o financiera contemplada en la presente Directiva, o una entidad de crédito o financiera establecida en un tercer país que imponga requisitos equivalentes a los prescritos por la presente Directiva y sea objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de esos requisitos*” (art. 11.1) o “*sociedades con cotización en bolsa cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado a efectos de la Directiva 2004/39/CE en uno o varios Estados miembros y las sociedades de terceros países con cotización en bolsa que estén sujetas a requisitos de información compatibles con el Derecho comunitario*” (art. 11.2.a), al tiempo que establece luego una cláusula abierta al decir que este control simplificado puede aplicarse “*en el caso de cualquier otro cliente con respecto al cual el riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo sea escaso, que cumpla los criterios técnicos establecidos de conformidad con el artículo 40, apartado 1, letra b*”. Así mismo, este control simplificado puede aplicarse a ciertos tipos de productos financieros u operaciones tales como “*las pólizas de seguro de vida cuya prima anual no exceda de 1000 EUR o cuya prima única no exceda de 2500 EUR*” o “*los planes de pensiones, jubilación o similares que contemplen el abono de prestaciones de jubilación a los empleados, siempre y cuando las cotizaciones se efectúen mediante deducción del salario y las normas del plan no permitan a los beneficiarios ceder su participación*” (art. 11.5 apartados a y c).

no haya estado físicamente presente para su identificación (art. 13.2)<sup>985</sup>, b) en las relaciones de corresponsalía bancaria transfronteriza con entidades clientes de terceros países (art. 13.3)<sup>986</sup>, c) en las transacciones o relaciones de negocios con personas del medio político que residen en otro Estado miembro o en un tercer país (art. 13.4)<sup>987</sup>.

---

<sup>985</sup> En este caso la Directiva ejemplifica en su art. 13.2 algunas medidas adicionales adecuadas al mayor riesgo que los Estados deben exigir a los sujetos obligados: a) garantizar que se determine la identidad del cliente por medio de documentos, datos o información adicionales; b) adoptar medidas complementarias a fin de comprobar o certificar los documentos facilitados o exigencia de una certificación de confirmación expedida por una entidad de crédito o financiera sujeta a lo dispuesto en la presente Directiva; c) garantizar que el primer pago de la operación se efectúe a través de una cuenta abierta a nombre del cliente en una entidad de crédito.

<sup>986</sup> Para este caso de mayor riesgo la Directiva ejemplifica en su art. 13.3 las siguientes medidas: a) reunir sobre el banco cliente información suficiente para comprender cabalmente la naturaleza de sus actividades y determinar, a partir de información de dominio público, la reputación de la entidad y su calidad de supervisión; b) evaluar los controles contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo de que disponga la entidad cliente; c) obtener autorización de la dirección antes de establecer nuevas relaciones de corresponsalía bancaria; d) documentar las responsabilidades respectivas de cada entidad; e) con respecto a las cuentas de transferencias de pagos en otras plazas (*payable-through accounts*), tener garantías de que la entidad de crédito representada ha comprobado la identidad y aplicado en todo momento medidas de diligencia debida con respecto a los clientes que tienen acceso directo a cuentas de la entidad corresponsal y de que, a instancias de ésta, pueden facilitarse los datos de un cliente que sean necesarios a efectos de diligencia debida.

<sup>987</sup> En este caso la Directiva ejemplifica en su art. 13.4. las siguientes medidas adicionales: a) disponer de procedimientos adecuados en función del riesgo a fin de determinar si el cliente es persona del medio político; b) obtener la autorización de la dirección para establecer relaciones de negocios con dichos clientes; c) adoptar medidas adecuadas a fin de determinar el origen del patrimonio y de los fondos con los que se realizará la relación de negocios o transacción; d) llevar a cabo una supervisión reforzada y permanente de la relación de negocios. Algunos reguladores, como la Swiss Banking Commission, han llegado inclusive a indicar **factores de riesgo** que deben ser considerados por las entidades financieras al momento de definir las categorías de riesgo, y que consisten en: factores geográficos (para personas físicas: lugar de origen, lugar de actividad económica y la posible exposición de tales lugares a la corrupción y el BdeC; para personas jurídicas: lugar de integración); factores personales: personas expuestas políticamente (PEPs); factores relacionados con el tipo de actividad económica: particularmente sectores expuestos como el de la industria militar (*defence industry*); factores relacionado con el producto: las tradicionales “*red flag lists*” publicadas regularmente por los reguladores (préstamos de regreso, etc.). Las transacciones que con base en el análisis de estos factores pueden considerarse inusuales deberían elevar las alertas y requerir atención especial (deber de investigación o “examen especial”) por personal especializado en cumplimiento de las normas contra el BdeC. Todo conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 16. Más allá de estas líneas que provee la regulación legal (heterorregulación) se plantea de qué modo debe normativizar la propia empresa (autorregulación) la elaboración detallada de los perfiles de cliente. Un sector doctrinal muy amplio se decanta por *determinar los límites del cuidado exigible a una institución financiera respecto del BdeC mediante el criterio del examen de solvencia*. Se dice que la

Con toda esta información el sujeto obligado deberá elaborar un **perfil del cliente**. Luego, las empresas deben definir medidas para cada categoría de cliente y recolectar información de los mismos para determinar si sus actividades difieren del perfil de cliente en el que lo han categorizado<sup>988</sup>. En efecto, la elaboración de un perfil del cliente debería ser la fórmula que permita identificar si una operación resulta inusual y, debido a ello, se la debe someter a una investigación (examen especial) con la finalidad de valorarla como sospechosa o considerar que no existen razones para la sospecha. Dicho deber de investigación será analizado a continuación.

#### **dd. El deber de investigar (examen especial): el deber de investigar las operaciones inusuales**

Los sujetos obligados deben realizar un examen especial (deber de investigar) de cualquier actividad que, por su naturaleza, consideren particularmente probable que esté relacionada con el blanqueo de capitales y, en particular, de las transacciones complejas o de un importe extraordinariamente elevado, así como de toda pauta de transacción no

---

medida del cuidado exigible a un banco en caso de aceptación, depósito, inversión o transferencia de bienes de sus clientes en relación con el riesgo de comisión de un delito de blanqueo ha de ser igual que la que debe aplicar para la concesión de créditos o para la asunción de otros riesgos relativos a la solvencia de sus clientes. En efecto, hoy en día es normal y necesario que el banquero, para determinados servicios bancarios, plantee cuestiones adicionales al cliente para poder así ofrecerle un servicio óptimo a sus necesidades concretas. Los empleados y directivos deben informarse de los deseos de inversión del cliente y realizarle especiales observaciones para obtener la máxima rentabilidad. La concesión de créditos a una persona privada viene precedida de un examen atento de su situación financiera y, en caso de ser un crédito comercial, se procede a un análisis de las actividades de negocio de la empresa. De tales informaciones se pueden valer los bancos también para el juicio del riesgo de blanqueo. Todo conf. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, pp. 35, 36. En relación con el tipo de informaciones adicionales que deben requerirse del cliente, Zuberbühler entiende que serían deseables informaciones relativas a las siguientes cuestiones: a) finalidad y clase de la relación de negocios a establecer con el banco o, al menos, de una determinada operación con el mismo; b) duración previsible y volumen de la relación de negocios; c) actividades profesionales o mercantiles del cliente; d) situación financiera del cliente; e) origen de los bienes que se aportan. Conf. ZUBERBÜHLER, D.; “Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?– Sicht eines Bankaufsehers“, en *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?*, Mark Pieth (Ed.), Basel/Frankfurt am Main/Stuttgart, 1992, p. 53, 54.

<sup>988</sup> Conf PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 16.

habitual que no presente un propósito económico aparente o visiblemente lícito (operación inusual)<sup>989</sup>.

Esta *investigación* que consiste en examinar con especial atención las operaciones que despierten dudas (operaciones inusuales) es un *requisito previo indispensable* para la detección de las *operaciones sospechosas* de estar vinculadas con el BdeC. Así, esta obligación de examen especial nace cuando todavía no existe la sospecha de BdeC<sup>990</sup>.

Las críticas más fuertes a la regulación de este deber de investigar se han dirigido sobre todo a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación europea. Por ejemplo, se ha planteado: ¿qué significa “especial atención”?, ¿a qué se refiere con la “naturaleza” de una transacción?, ¿cuándo es “particularmente probable” que una operación esté relacionada con el BdeC?<sup>991</sup>. Sin duda esta cuestión puede resolverse por vía de la elaboración por parte de los Estados miembro de guías de operaciones inusuales o sospechosas, de modo tal que se provea seguridad jurídica a las empresas. Sin embargo, la heterorregulación se enfrenta aquí con uno de los problemas ya adelantados en la Parte Primera de este trabajo: un entorno cambiante y una diversidad de ámbitos sujetos a regulación determinan que las guías de operaciones pierdan utilidad con gran rapidez de forma tal que los costes de

---

<sup>989</sup> El artículo 20 de la Directiva dice: “Los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva que otorguen especial atención a cualquier actividad que, por su naturaleza, consideren particularmente probable que esté relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y, en particular, las transacciones complejas o de un importe extraordinariamente elevado, así como toda pauta de transacción no habitual que no presente un propósito económico aparente o visiblemente lícito. Así el Reglamento de la Ley 19/1993 dice en su “*Artículo 5. Examen especial de determinadas operaciones*: 1. *Los sujetos obligados examinarán con cuidadosa atención, siguiendo el procedimiento interno que establezcan, cualquier operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar aparentemente vinculada al blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1. En particular, los sujetos obligados examinarán con especial atención toda operación compleja, inusual o que no tenga un propósito económico o lícito aparente, reseñando por escrito los resultados del examen. A tal fin, el procedimiento interno de cada sujeto obligado determinará expresamente qué operaciones deben reputarse complejas, inusuales o sin propósito económico o lícito.* 2. *Al establecer los procedimientos y medidas de control interno a que se refiere el artículo 11, los sujetos obligados concretarán el modo en que se dará cumplimiento a este deber de examen especial que incluirá la elaboración y difusión entre sus directivos y empleados de una relación de operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales, la periódica revisión de tal relación y la utilización de aplicaciones informáticas apropiadas para realizar el análisis, teniendo en cuenta el tipo de operaciones, sector de negocio, ámbito geográfico y volumen de la información (...)*”

<sup>990</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, p. 49.

<sup>991</sup> Conf. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, p. 51.

información y gestión de un modelo plenamente heterorregulatorio, como es el de “mandato y control”, aumenta sustancialmente.

La solución óptima en relación con esta alternativa, y que es la que se va consolidando en la regulación europea del BdeC, es, como ya se ha dicho, un modelo corregulatorio en el que las propias empresas, en el marco de la regulación pública, se autorregulan dictando sus propias guías de operaciones inusuales ya sea empresa por empresa o sector por sector. Así, por ejemplo, mientras que el Estado puede dictar guías de operaciones éstas deberían tener un carácter no exhaustivo que debería complementarse con otras guías elaboradas o bien por organismos autorregulatorios (Colegio de Notarios, Asociaciones de Banca, etc.) o por la propia empresa (dirigidos a sus empleados y directivos).

El concepto de *gestión del riesgo* es el que rige también este aspecto del deber de diligencia con el cliente (el deber de investigar). La regulación pública incentiva por medio de sanciones la actividad autorregulatoria de las empresas, las que, más allá de la elaboración de estas guías de operaciones y del marco regulatorio establecido por la Ley, deben seguir gestionando el riesgo de BdeC por medio de un sistema de control interno y directivas de conducta para empleados y directivos. El *output* esperado de este sistema de control interno es la identificación de aquellas operaciones que posean las características que permitan calificarlas como “sospechosas” de BdeC, ya que esta calificación es el presupuesto necesario para que el sujeto obligado deba cumplir con los deberes derivados de su funciones de *gatekeeper* y *whistleblower*.

#### **ee. Conclusión: la operación sospechosa como presupuesto de los deberes de informar y no ejecutar la operación**

El cumplimiento del deber de diligencia con respecto al cliente tiene como finalidad la identificación de operaciones sospechosas de BdeC. La identificación de una operación como sospechosa es la situación típica que impone tanto el deber de informar la operación al SEPBLAC como el deber de no ejecutar la operación, lo que permite calificar a los sujetos obligados como *whistleblowers* y *gatekeepers* respectivamente.

Las responsabilidades de las empresas en relación con el deber de diligencia se sitúan dentro del marco establecido por los estándares heterorregulatorios. Para el sector privado la aproximación basada en el riesgo tiene importantes ventajas. Si bien reclama un alto grado de atención e inversión, permite a la firma diferenciar entre aquellos clientes

que presentan un bajo riesgo, respecto de los cuales será suficiente cumplir procedimientos de identificación formales, y segmentos de clientes que presentan un riesgo más elevado en los que debería concentrar los esfuerzos de diligencia (y, por ende, los costes de prevención) debido a que en estos casos se concentran los mayores beneficios esperados en términos de prevención del blanqueo<sup>992</sup>. De este modo, se pretende evitar el dispendio de recursos en controlar a clientes cuyas operaciones no resultan particularmente complejas y concentrarlos en aquéllos que *prima facie* presentan mayores riesgos: se pretende así que el sistema de control mejore su eficiencia.

### c. Códigos de conducta (valores, fines, reglas)

Las normas de conducta denominadas usualmente “códigos de conducta” son parte esencial de todo programa de cumplimiento y, particularmente, de aquellos orientados a la prevención del BdeC<sup>993</sup>. Existen dos concepciones de los códigos de conducta: por un lado, aquella que los identifica con un conjunto de disposiciones que tiene como finalidad reforzar los mandatos que se contienen en un texto legal; por otro lado, la concepción que los entiende no sólo como una serie de reglas de conducta sino, sobre todo, como un instrumento para que los empleados y directivos de la empresa asuman como propios una serie de valores éticos que creen una cultura de respeto por la legalidad a los que debe tender la actividad de la empresa<sup>994</sup>.

---

<sup>992</sup> Cada vez más entidades financieras incorporan sistemas de filtro computarizado para identificar a los clientes con mayor riesgo, monitorear su comportamiento y compararlo con sus patrones de comportamiento anteriores. Todo conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 16.

<sup>993</sup> NIETO MARTIN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, pp. 134, 135.

<sup>994</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 240, 241. En relación con la necesidad de crear una cultura empresarial para la prevención, LAMPERT, TH.; “Compliance-Organisation”, p. 144. Las empresas deben dejar en claro a sus empleados qué es lo que se espera de ellos: es responsabilidad de cada empleado colaborar en la prevención y detección de actividades delictivas. Se afirma que una cultura corporativa positiva y diligente dará lugar a empleados bien informados, leales y motivados y que ellos son el mejor recurso de las empresas para prevenir el delito. Sin embargo, no se trata solamente de reglas escritas sino que se considera esencial que la gestión empresarial y la dirección también reflejen esta cultura interna; conf. CHALLINGER, D.; “Will Crime Prevention Ever Be a Business Priority?”, en *Business and Crime Prevention*, Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, pp. 49, 51. Los códigos éticos han tenido una gran repercusión en los últimos años en relación con la prevención del delito; así, en Holanda, por ejemplo, tanto el gobierno como las asociaciones de empresas y sindicales han promovido este tipo de autorregulación, conf. VAN DIJK, J.J.M.; “Towards Effective Public-Private Partnership in Crime Control: Experiences in the Netherlands”, en *Business and Crime Prevention*,



De este modo, los códigos de conducta no sólo tratan de promover el respeto formal y ritual de la legalidad sino imponer una cultura empresarial que pueda vincular las reglas de conducta con principios y valores éticos. En efecto, si las reglas de conducta presentan neutralidad moral resulta más fácil que operen técnicas de neutralización del desvalor de la conducta del empleado o directivo.

Así, las funciones prioritarias de un código de conducta radican en<sup>995</sup>:

1. *Reforzar el mandato normativo* dejando en claro que el respeto a la ley es más importante que otros objetivos que pueden resultar aparentemente prioritarios en la cultura de la empresa<sup>996</sup>.
2. *Especificar y concretar las normas jurídicas* mostrando a sus destinatarios la forma en que debe actuar el empleado para controlar su entorno de actividades de forma tal que no provea oportunidades para la comisión de delitos. El diseño normativo encuentra las dificultades típicas de cualquier regulación entre la necesidad de concreción para establecer los casos o circunstancias concretas que pretenden ser alcanzados por la norma y cierta abstracción que permita al empleado afrontar nuevas situaciones. Esta interpretación de las circunstancias por parte del empleado requiere de un complemento necesario en la capacitación y entrenamiento adecuado que le permita comprender la finalidad de la regulación. Así, el código de conducta tiene la función de reducir la complejidad legal, concretando las conductas esperadas ante cada circunstancia y estableciendo protocolos de actuación<sup>997</sup>.

---

Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, p. 109. Acerca de la importancia de la cultura interna de la empresa en la prevención del delito desde la perspectiva de la teoría de la anomia, ver VIDAVER-COHEN, D.; "Ethics and Crime in Business Firms: Organizational Culture and the Impact of Anomie", pp. 184, 185, 195-199.

<sup>995</sup> Sigo a NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 243-248.

<sup>996</sup> La existencia de normas en los códigos de ética permite ejercer un liderazgo claro estableciendo un orden de preferencia entre los distintos objetivos a cumplir dentro de la empresa. Una regla corporativa que establece que para la empresa existe una prelación jerárquica del principio de honestidad sobre el de maximización de beneficios tiene como consecuencia necesaria que nunca se debe realizar un acto irregular para ganar cuotas de mercado. Conf. MALEM SEÑA, J.; "Códigos éticos corporativos", p. 348. Si bien los *Compliance Programs* no son en sentido estricto códigos de ética, ya que no son de cumplimiento meramente voluntario como aquéllos, se afirma que los códigos de conducta incluidos en los programas de cumplimiento son "parientes laicos" ya que comparten el mismo ADN y existe una relación de complementariedad entre ellos. Conf. NIETO MARTÍN, A.; "Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa", pp. 134, 135.

<sup>997</sup> Debido a la complejidad técnica, legal o moral existente en muchos sectores la ley no está en condiciones de regular pormenorizadamente la diversidad de situaciones que

3. *Comunican* a quienes entran en contacto con la empresa (clientes, administraciones públicas, otras empresas) *que en esa organización se respetan las normas legales* e, inclusive, reglas o principios éticos (aún cuando no vengan impuestos por las normas legales).
4. *Pueden cumplir funciones preventivas imponiendo, por ejemplo, deberes de colaboración con las investigaciones de delitos o proveer protección jurídica a los empleados que denuncien infracciones legales cometidas en la empresa (whistleblowers), yendo más allá incluso de los deberes regulados en las leyes y reglamentos*<sup>998</sup>.

Puede observarse que los códigos de conducta no tienen como función exclusiva el reforzamiento del mandato legal (penal, administrativo o de otro sector del ordenamiento) ya que pueden ir más allá estableciendo, por ejemplo, el deber de colaborar con las investigaciones internas o públicas aunque ello no sea exigido por la ley<sup>999</sup>. Los principios del control (separación de poderes, documentación, etc.) figuran también especificados en las normas de conducta, al igual que otras normas internas instrumentales o de carácter deontológico. También se suele considerar oportuno que el código contemple las normas que tienen que ver con el reparto de funciones y la organización interna de la empresa<sup>1000</sup>.

Los códigos de conducta no sólo son respaldados por medio de sanciones disciplinarias sino también por sanciones administrativas y jurídico-penales. En efecto, las reglas derivadas de la autoorganización empresarial son una fuente fundamental de normas de cuidado, en cuanto que concretan de forma racional los niveles de diligencia dentro de la

---

crean riesgos jurídico-penales. Debido a ello la primera función de la autorregulación es concretar y especificar normas que sólo se enuncian de forma genérica en la ley y adaptarlas a las peculiaridades de cada empresa. Conf. NIETO MARTIN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, pp. 134, 135. Los códigos de conducta pueden ser elaborados dividiéndose por módulos, de forma tal que no sea necesario que cada empleado conozca la totalidad del código sino sólo aquella parte referida a su actividad cotidiana. LAMPERT, TH.; “Compliance-Organisation”, p. 148.

<sup>998</sup> Acerca de la regulación de *hotlines* donde los empleados puedan reportar irregularidades cometidas en la empresa (empleado/whistleblower); LAMPERT, TH.; “Compliance-Organisation”, pp. 153, 154.

<sup>999</sup> Así, como podrá observarse *infra*, la regulación de un sistema de reporte interno que permita a los empleados reportar infracciones normativas cometidas en el ámbito de la empresa (empleado/whistleblower) puede regularse en el código de prevención de la empresa aún cuando la legislación no obligue a ello.

<sup>1000</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 247.

empresa, cuya infracción puede dar lugar a la imposición de sanciones jurídicas.

Pero aquí entran también en juego las sanciones informales. En efecto, un código de conducta que establezca con claridad los roles internos y que indique los deberes a cumplir por cada directivo y empleado incrementa los costes morales (autorreproche) así como los costes reputacionales (derivados de la censura de los otros miembros de la organización). Para ello resulta clave que las reglas de conducta se pongan en relación con un código ético específico de cada delito y que evidencie que la infracción de las normas en cuestión causa daños a bienes jurídicos.

El *Compliance Program* orientado a la prevención del blanqueo de capitales es un ejemplo de heterorregulación legal necesitado de concreción por medio de la autorregulación empresarial. En efecto, para que las obligaciones legales (conocer al cliente, deber de examen, etc.) puedan cumplirse con efectividad, el art. 34 de la Directiva Europea, así como la legislación española que la transpone, requiere que los sujetos obligados establezcan políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación del riesgo y garantía del cumplimiento de las disposiciones vigentes. Todo ello debe concretarse en normas de conducta que indiquen, por ejemplo, a los empleados de la entidad cómo deben comportarse y qué pasos han de seguir ante operaciones sospechosas de blanqueo.

#### **d. Dirección de la empresa, órgano de control y comunicación y representante ante el SEPBLAC: identificación de líneas de responsabilidad, división de tareas y delegación**

Como transposición del artículo 34 de la Directiva Europea (2005), que indica que los sujetos obligados deben contar con políticas y procedimientos de control interno, la legislación española ha establecido el deber de que dichos sujetos cuenten con *órganos adecuados de control interno y de comunicación* cuya idoneidad será supervisada por el SEPBLAC y por un experto externo (art. 3.7 Ley 19/1993). Los artículos 11 y 12 del Reglamento (Real Decreto 925/1995) establecen los detalles del funcionamiento de estos “*órganos de control interno y comunicación*”. Pero a pesar de esta heterorregulación jurídica queda un espacio de libertad para que la empresa regule los detalles de su funcionamiento por vía autorregulatoria.

El órgano de control interno y comunicación de un sujeto obligado es el que recibe los reportes internos de empleados y directivos acerca de hechos y operaciones con relevancia en la prevención del BdeC (art. 11.2 del Reglamento), quienes a partir de dicho reporte quedan exentos de responsabilidad. Así mismo, una vez recibido el reporte, el órgano de control y comunicación debe proceder a su inmediato análisis o comprobación para determinar la relación de dichos hechos u operaciones con el blanqueo. Si se apreciara indicio o certeza de BdeC se debe proceder a reportar la operación al SEPBLAC (art. 7.4 del Reglamento) –*whistleblowing*– y a abstenerse de ejecutarla –*gatekeeping*–. Si bien el Reglamento no lo aclara, parece razonable, así mismo, que sea este órgano el que coordine los cursos de formación y capacitación de los empleados y directivos, de modo que pueda esperarse que la dirección delegue en él el cumplimiento de estas funciones<sup>1001</sup>.

*Al frente de este órgano existirá un representante del sujeto obligado ante el SEPBLAC* que será el encargado de transmitir a éste la información de operaciones y recibir las solicitudes y requerimientos de aquél. Así mismo, el representante será la persona que comparecerá en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales (art. 12.2 del Reglamento).

El requisito más importante que debe reunir *el representante*, más allá de que debe tener un comportamiento profesional y poseer conocimiento y experiencia, es que *debe ser nombrado por el órgano de dirección del sujeto obligado* (art. 12.3 del Reglamento). A su vez, la designación debe ser comunicada al SEPBLAC, que podrá formular reparos u observaciones cuando considere que no reúne los requisitos referidos (art. 12.5 del Reglamento).

La existencia de órganos de control y cumplimiento no es una novedad o particularidad específica de la prevención del BdeC sino que existe una diversidad de precedentes en la legislación comparada<sup>1002</sup>. Se trata de

---

<sup>1001</sup> El Reglamento (art. 14) dice solamente que los sujetos obligados adoptarán las medidas para que el personal a su servicio tenga conocimiento de las exigencias derivadas de la normativa sobre prevención del blanqueo, incluyendo la organización de planes de formación. Por ello, la dirección de la empresa puede optar por delegar esta función en el órgano de control y comunicación. Un análisis detallado de las funciones del órgano de control interno y comunicación en DEL CID GÓMEZ, J.M.; “Implementar un sistema de prevención del blanqueo de capitales”, en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad* N° 81 (2008), p. 69 y ss.

<sup>1002</sup> Así, por ejemplo, se afirma que los bancos internacionales comenzaron a organizar departamentos de cumplimiento antes de que fuera una obligación legal, allá por los años ochenta del siglo pasado. VERHAGE, A.; “Between the hammer and the anvil? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry”, en *Crime, Law & Social Change* Vol. 52 N° 1 (2009), p. 20.

responsables de *controlar e informar* así como de llevar a cabo tareas de esclarecimiento y promover iniciativas de prevención en el marco del sistema de cumplimiento de las directivas que provienen del sistema legal en la empresa (*Corporate Compliance*)<sup>1003</sup>. En algunos casos, la delegación de responsabilidad por parte de la dirección es voluntaria mientras que en otros casos, como ocurre en la legislación contra el BdeC, la creación y designación de estos responsables surge de un mandato legal<sup>1004</sup>.

En efecto, *la responsabilidad primaria por la instrumentación de un sistema de prevención del BdeC es del principal órgano directivo de la entidad, que es responsable por el funcionamiento y eficacia de las medidas de organización interna para la prevención del BdeC así como de su desarrollo*<sup>1005</sup>. La dirección de la empresa

---

<sup>1003</sup> Afirma que las funciones del *Betriebsbeauftragter* consisten en desarrollar tareas de control, información, esclarecimiento y promoción de iniciativas, KUHLEN, L.; “Die Abrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei der sogenannten Betriebsbeauftragten“, en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Ed.), Pro Universitate Verlag, Pforzheim, 2000, pp. 71, 72. Un análisis de las funciones del órgano de control permite observar que nos encontramos ante funciones que tienen este carácter de control e información tales como definir los criterios de la entidad en materia de prevención del blanqueo de capitales así como los procedimientos para el mismo fin, analizar y controlar toda la información relativa a operaciones o hechos sospechosos de blanqueo, disponer los medios del sistema de información para el reporte de operaciones por parte de empleados y directivos, comunicar al SEPBLAC las operaciones o hechos sospechosos, etc. DEL CID GÓMEZ, J.M.; “Implementar un sistema de prevención del blanqueo de capitales”, p. 70.

<sup>1004</sup> Acerca de los *Beauftragte* en la legislación para la protección del medio ambiente en Alemania ver KUHLEN, L.; “Die Abrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei der sogenannten Betriebsbeauftragten“, pp. 71, 72. Al respecto, puede verse en español, MONTANER FERNÁNDEZ, R.; *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 234 y ss. En los casos en que no existe obligación legal de designar un responsable de *compliance* la dirección de la empresa tiene diferentes alternativas. Así, si la dirección de la empresa no quiere o no puede asumir la responsabilidad en conjunto como órgano colegiado para un ámbito específico de responsabilidad procederá a una *división departamental (Ressortaufteilung)*. También puede asignar la responsabilidad del *compliance* a un responsable exclusivo entre los directores o directivos de la empresa; esto conlleva una descarga de la responsabilidad de los otros directores o directivos de la empresa, los que en el marco de las tareas delegables quedan obligados a cumplir sus deberes de vigilancia. Conf. HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, p. 14.

<sup>1005</sup> MÜLHAUSEN, D.; “Bekämpfung der Geldwäsche in der Kredit- und Finanzdienstleistungswirtschaft”, en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.); Beck, München, 2006, p. 480. Esta responsabilidad primaria resulta evidente por ejemplo en que el informe del experto externo acerca de los sistemas de control interno “*deberán ser reportadas al consejo de administración o, en su caso, al órgano de administración o al principal órgano directivo de la entidad*”, conforme la Orden EHA/2444/2007 que reglamenta el informe del experto externo. Esta cuestión y otras respecto de la responsabilidad de la dirección de la empresa por la implantación del sistema de control del BdeC en MAÑERU LÓPEZ, J.; “Es necesaria la implicación del

*transfiere*, por medio de la *delegación*, el *cumplimiento de los deberes en un colaborador*, el *Geldwäschebeauftragter*, al cual deberán, además, otorgarse, los medios necesarios para aquel fin<sup>1006</sup>.

En efecto, el caso de delegación que resulta particularmente importante en la prevención del BdeC es la que tiene lugar con el nombramiento de un *Beauftragter* para uno o más ámbitos<sup>1007</sup>. Este funcionario está directamente subordinado a la dirección o directivos de la empresa como órgano colegiado y responde frente a él como un todo para permitir el cumplimiento de los deberes de vigilancia por parte de la dirección<sup>1008</sup>. En el marco de su responsabilidad directa por la gestión del riesgo de blanqueo en la entidad, los directores de la empresa deben ser informados

---

consejo de administración, órgano de administración o principal órgano directivo en la lucha contra el blanqueo de capitales”, en *Seguritecnia* (Abril 2008), p. 78 y ss.

<sup>1006</sup> MÜLHAUSEN, D.; “Bekämpfung der Geldwäsche in der Kredit- und Finanzdienstleistungswirtschaft”, p. 480. Respecto de que la designación de un *Betriebsbeauftragter* supone una delegación de las funciones que competen a la dirección y a la vez la conservación de deberes de control y vigilancia, HAUSCHKA, CH.; “Compliance, Compliance Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management“, en *NJW* N<sup>o</sup> 5 (2004), p. 259. De este modo, la dirección de la empresa conserva responsabilidad por la selección, la instrucción y la vigilancia del empleado en quien se delega la función de control. Conf. RODEWALD, J./UNGER, U.; “Corporate Compliance – Organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Haftungsfällen der Geschäftsleitung”, en *BB* 2006, p. 115. Acerca de la delegación en los *Beauftragte*, LAMPERT, TH.; “Compliance-Organisation”, p. 147.

<sup>1007</sup> La figura del *Betriebsbeauftragter*, o encargado de la empresa, existe en Alemania desde los años setenta y una de las funciones más reconocidas es la de coadyuvar a la protección empresarial del medio ambiente (el así llamado *Umweltschutzbeauftragter*). Sin embargo, en el ámbito de la protección del medio ambiente no existe un único encargado sino que existen seis clases: el de las inmisiones, el de la protección de las aguas, el encargado de los residuos, el encargado de la protección contra las radiaciones y el encargado de las mercancías peligrosas. Todo conf. MONTANER FERNÁNDEZ, R.; *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, p. 234 y ss. Según SCHÜNEMANN el *Umweltschutzbeauftragter* es una especie de “*órgano subordinado de asesoramiento a la dirección de la empresa, que está dotado normalmente de amplios derechos y deberes de información y de control, pero no de poderes propios de decisión*”. SCHÜNEMANN, B.; “Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas”, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Cancio Meliá/Pérez Manzano (Trad.), Tecnos, Madrid, 2002, p. 142. Montaner Fernández explica en relación con los encargados de la empresa en la protección del medio ambiente que “*Los encargados de la empresa tienen atribuida la vigilancia de las instalaciones o procesos peligrosos para el medio ambiente, controlando que se cumplan con las disposiciones legales al respecto; la iniciativa en orden a convencer a la dirección de la empresa para la adopción de procesos y técnicas de producción no contaminantes y respetuosas con el medio ambiente, además de proponer las medidas correctivas pertinentes; la información y aclaración a los miembros de la empresa sobre los perjuicios para el medio ambiente de su evitación; y, por último, la emisión de un informe anual sobre las actividades que ha llevado a cabo en ejercicio de sus funciones, sobre las medidas tomadas y las proyectadas*”. MONTANER FERNÁNDEZ, R.; *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, pp. 234, 235.

<sup>1008</sup> Todo conf. HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, pp. 14, 15, nota al pie n<sup>o</sup> 78.

por el encargado del sistema de prevención del blanqueo acerca de todos los sucesos que pudieran tener relevancia y del estado de la organización interna así como de las exigencias establecidas en nuevas leyes o normas administrativas<sup>1009</sup>.

El sistema estándar de los *Betriebsbeauftragten* puede analizarse en tres niveles<sup>1010</sup>:

a) *El papel de la dirección*: la creación y control de un programa de cumplimiento en la empresa es responsabilidad de la dirección (a), ya que ésta debe tomar todas las decisiones que correspondan en el marco de su responsabilidad por la organización: entre estas responsabilidades se halla la introducción de mecanismos internos eficaces y el control de la eficacia de los mismos<sup>1011</sup>;

b) *Las funciones del encargado central (Compliance Officer o Zentraler Compliance-Beauftragter)*: apoya y asesora a la dirección de la empresa en todas las cuestiones relevantes referidas al cumplimiento. Así mismo, controla el contenido de los programas específicos de cumplimiento y reporta cualquier infracción relevante de las prescripciones de los programas, pero no decide acerca del “sí” y el “cómo” de eventuales sanciones. Así mismo, es el responsable de la capacitación e información del personal aunque la concreta tarea puede ser llevada a cabo por personal especializado (por ejemplo, abogados) internos o externos a la empresa. Así mismo, los empleados deberían poder reportar directamente a él las irregularidades que existan en el ámbito laboral si no recibieran una respuesta adecuada de sus superiores directos (*whistleblowing*)<sup>1012</sup>. Al mismo tiempo, en caso de que se designen encargados por sector (*Dezentrale Compliance-Beauftragte*) el *Compliance Officer* es responsable de mantener una colaboración y comunicación constante con aquéllos. Por último, el *Compliance Officer*

---

<sup>1009</sup> Todo conf. MÜLHAUSEN, D.; “Bekämpfung der Geldwäsche in der Kredit- und Finanzdienstleistungswirtschaft”, p. 480.

<sup>1010</sup> Sigo a BÜRKLE, J.; “Unternehmensinterne Selbstkontrolle durch Compliance-Beauftragte”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, p. 130 y ss.

<sup>1011</sup> BÜRKLE, J.; “Unternehmensinterne Selbstkontrolle durch Compliance-Beauftragte”, p. 131. También distinguen entre el *Compliance Officer* (o responsable central) y el *Betriebsbeauftragte* (como responsable sectorial); RODEWALD, J./UNGER, U.; “Corporate Compliance – Organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Haftungsfällen der Geschäftsleitung”, p. 115. Sin embargo, esta función centralizada en un *Compliance Officer* es más bien típica de las grandes empresas; conf. LAMPERT, TH.; “Compliance-Organisation”, p. 147.

<sup>1012</sup> Acerca del *Beauftragter* como destinatario de los reportes de los empleados/whistleblower, LAMPERT, TH.; “Compliance-Organisation”, p. 154. De todos modos, ello no debería implicar la ausencia de vías alternativas para el reporte –auditoría interna– en caso de que este directivo tampoco resulte confiable.

opera como vínculo con las autoridades de control y auditores externos<sup>1013</sup>.

c) *Las funciones del encargado sectorial (Dezentrale Compliance-Beauftragte)*: su tarea más importante consiste en el análisis sistemático de la estructura y desarrollo de la organización: aquí se deben identificar (en estrecha colaboración con los asesores legales y el *Compliance Officer*) las pertinentes directivas legales y los potenciales peligros. A partir de este análisis se derivan los puntos de partida para la implementación de las directivas legales en ámbitos específicos de la organización. Son responsables de la gestión del riesgo jurídico y de la identificación de nuevos riesgos como la identificación de nuevas técnicas de BdeC<sup>1014</sup>.

La legislación para la prevención del BdeC parece referir a la existencia de un Departamento de Cumplimiento específico para la prevención del blanqueo y que, dirigido por el representante de la entidad ante el SEPBLAC, está conformado por otros sujetos cuya conformación y número podrá variar según las características de la entidad<sup>1015</sup>. Conforme los fines de la legislación el responsable del cumplimiento de las normas contra el BdeC (*Geldwäschebeauftragter*) debe gozar de una posición dentro de la empresa que le permita representar con vigor los intereses de la lucha contra el blanqueo. Si bien pueden existir matices entre las legislaciones nacionales puede decirse que, al igual que en Alemania, el *Geldwäschebeauftragter* en España tiene competencias en el desarrollo, actualización y ejecución de los principios internos, procesos y controles que garantizan que se puede evitar la utilización de la empresa para el BdeC: en suma, *debe controlar la observancia de la legislación para la prevención del BdeC así como las normas internas*<sup>1016</sup>.

Según MÜLHAUSEN la tarea del *Geldwäschebeauftragter* consiste en implementar en la empresa las directivas legales y administrativas en materia de prevención del BdeC. Así mismo, debe ocuparse de todos los asuntos relacionados con la prevención del BdeC que sucedan en la empresa. Así mismo, este autor entiende que el responsable debe tener

---

<sup>1013</sup> Conf. BÜRKLE, J.; “Unternehmensinterne Selbstkontrolle durch Compliance-Beauftragte”, pp. 133, 134.

<sup>1014</sup> Sigo BÜRKLE, J.; “Unternehmensinterne Selbstkontrolle durch Compliance-Beauftragte”, p. 137.

<sup>1015</sup> Sobre la estructura interna y composición del órgano de control y comunicación para la prevención del BdeC, ver DEL CID GÓMEZ, J.M.; “Implementar un sistema de prevención del blanqueo de capitales”, p. 69 y ss.

<sup>1016</sup> Conf. TEICHMANN, H./ÄCHSNICH, G.; “Das Geldwäschegesetz - Überblick”, en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.), Beck, Munich, 2006, p. 301.



una amplia competencia (*Allzuständigkeit*) para evitar el BdeC en la entidad<sup>1017</sup>.

#### e. Evaluación (interna y externa) del programa de cumplimiento

Los sistemas de control interno pretenden una identificación temprana de los riesgos. Los controles deben colaborar en el reconocimiento de las probabilidades de que los riesgos se realicen y a disminuir su dimensión o a evitarlos. El sistema de control interno suministra el instrumento dispuesto para transponer las exigencias del sistema de gestión del riesgo eficazmente: descubrimiento, valoración, control y vigilancia del riesgo<sup>1018</sup>.

Tradicionalmente el control interno fue considerado como una parte de la dirección empresarial cuyo objetivo era asegurar que la actividad empresarial se desarrollara conforme a los objetivos y planes de la dirección; es decir, no tenía como elemento prioritario evitar que la empresa realizara hechos delictivos en su actividad (en todo caso, la auditoría interna intentaba evitar que los empleados cometieran hechos delictivos contra la empresa). Sin embargo, los informes COSO<sup>1019</sup> consideran como parte integrante y fundamental de los sistemas de control interno la prevención y detección de hechos delictivos realizados por la empresa: así la ética empresarial pasa a formar parte, a través del control interno, del *management* empresarial<sup>1020</sup>.

Las empresas deben llevar a cabo una evaluación de la eficacia del sistema de control interno que tiene lugar tanto internamente como por terceros independientes, de modo tal que se instaure un sistema semejante al de la auditoría de cuentas, con el fin de evaluar la eficacia del sistema de prevención<sup>1021</sup>. Así mismo, las normas de auditoría clásica confieren cada

---

<sup>1017</sup> MÜLHAUSEN, D.; “Bekämpfung der Geldwäsche in der Kredit- und Finanzdienstleistungswirtschaft”, pp. 480-482.

<sup>1018</sup> Conf. PAMPEL, J./GLAGE, D.; “Unternehmensrisiken und Risikomanagement”, p. 88.

<sup>1019</sup> Ver los informes COSO elaborados en 1987 y 1992 por la *National Commission on Fraudulent Financial Reporting*. Ver <http://www.coso.org>.

<sup>1020</sup> Sus criterios de control han sido acogidos por el *Auditing Standard Board* (ASB) cuyas normas si bien en principio afectan exclusivamente a la auditoría norteamericana acaban desplegando su eficacia urbi et orbi. Todo conf. NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 225 y ss. También sobre las normas COSO en la gestión del riesgo; PAMPEL, J./GLAGE, D.; “Unternehmensrisiken und Risikomanagement”, pp. 88, 89.

<sup>1021</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 231.

vez con mayor claridad al auditor una función policial con el fin de descubrir las irregularidades que tienen lugar dentro de la empresa<sup>1022</sup>.

En la prevención del BdeC el órgano de control interno y comunicación es objeto de una *evaluación interna* por parte del departamento de auditoría interna, respecto del que debe operar con separación orgánica y funcional (art. 11.6 del Reglamento). Así, se afirma que la auditoría interna desempeña una función importante, al evaluar de forma independiente la gestión y controles del riesgo, cumpliendo con su responsabilidad ante el Comité de Auditoría del Consejo de Administración: su protocolo debe contemplar la evaluación esporádica de la efectividad del cumplimiento de las políticas del procedimiento de diligencia con los clientes, incluyendo la adecuada capacitación del personal<sup>1023</sup>.

Otra nota característica de los sistemas de autorregulación regulada es la exigencia de una *evaluación externa* que certifique, evalúe o audite la idoneidad del sistema de autorregulación<sup>1024</sup>. En relación con la prevención del BdeC existen *evaluaciones externas* ex ante y ex post. En el caso de las entidades financieras existe una evaluación ex ante ya que el Reglamento indica, en su artículo 11.8 sobre Medidas de Control Interno, que en los expedientes de creación de entidades financieras, la autoridad competente para conceder la autorización recabará con carácter preceptivo el informe del SEPBLAC sobre la adecuación o inadecuación de los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación<sup>1025</sup>. En relación con la evaluación externa ex post, debe considerarse tanto el control público como el privado: por un lado, el

---

<sup>1022</sup> NIETO MARTIN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa“, p. 137. Acerca de los controles externos por parte de agencias estatales y empresas privadas (*commercial firms*) así como de los controles internos y el Departamento de *Compliance*, VAN DUYNÉ, P.C.; “Serving the integrity of the Mammon and the compulsive excessive regulatory disorder”, en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 2-6.

<sup>1023</sup> Conf. MARTÍNEZ TOMÁS, C.; “Riesgos en el blanqueo de capitales”, en *Auditoría Interna Año 22 N° 76 (2006)*, p. 26. Respecto del papel de la auditoría interna en la prevención del BdeC, ver ESPEJO NAVARRO, D.; “El control interno sobre el blanqueo de capitales y la gestión de riesgos de fraude”, en *Auditoría Interna Año 23 N° 83 (2007)*, pp. 15, 16.

<sup>1024</sup> En relación con la evaluación externa de los sistema de prevención del BdeC, la Recomendación n° 32 del GAFI dice que “*los países deberían asegurarse de que sus autoridades competentes sean capaces de revisar la eficacia de sus sistemas para combatir el lavado de activos (...), llevando estadísticas completas respecto de las cuestiones relevantes para la efectividad y eficiencia de los sistemas*”. MAÑERU LÓPEZ, J.; “Actualización legislativa: calidad de la información y formación”, en *Seguritecnia (Septiembre 2004)*, p. 21.

<sup>1025</sup> Ver Decreto 925/1995, art. 11.8 -Medidas de Control Interno-.

sujeto obligado debe remitir al SEPBLAC<sup>1026</sup> información completa sobre la estructura y funcionamiento del órgano de control y comunicación para que dicha agencia pueda supervisar su idoneidad y proponer medidas correctoras y, por otro, los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación serán objeto de examen anual por un experto externo<sup>1027</sup>.

## f. Sistema de información

La creación de sistemas de información que permitan a los responsables controlar la efectividad del sistema de control evidencia de qué modo el control interno entendido como gestión del riesgo (*risk management*) utiliza las estrategias de gestión empresarial con el objetivo de asegurarse que el flujo de información que permite verificar que se cumple con los objetivos dispuestos por la empresa se utilice, a la vez, para verificar el cumplimiento de las normas legales<sup>1028</sup>.

Si bien el análisis del sistema de información puede resultar complejo quiero aquí referirme a tres aspectos insoslayables en virtud de las obligaciones legales impuestas a los sujetos obligados: a) el deber de conservar documentación respaldatoria de las operaciones, b) la difusión de información y capacitación a los empleados y, por último, c) el reporte de operaciones sospechosas y de irregularidades en la empresa (*whistleblowing*)<sup>1029</sup>.

---

<sup>1026</sup> Respecto de las autorizaciones ex ante o supervisiones ex post del modelo de autorregulación creado en la empresa en la prevención del BdeC, ver los arts. 11.6 y 11.8 del Real Decreto 925/1995. NIETO MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, pp. 138. También MAÑERU LÓPEZ, J.; “En la prevención del blanqueo de capitales, el papel del supervisor”, en *Seguritecnia* (Enero 2005), p. 60 y ss.

<sup>1027</sup> En relación con el informe del experto externo ver MAÑERU LÓPEZ, J.; “En la prevención del blanqueo de capitales. El informe del experto externo (I)”, en *Seguritecnia* (Diciembre 2007), p. 100 y ss. MAÑERU LÓPEZ, J.; “En la prevención del blanqueo de capitales. El informe del experto externo (II)”, en *Seguritecnia* (Enero 2008), p. 122 y ss. MAÑERU LÓPEZ, J.; “En la prevención del blanqueo de capitales. El informe del experto externo (III)”, en *Seguritecnia* (Febrero 2008), p. 234 y ss.

<sup>1028</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 230, 231. La división del trabajo en la empresa implica también una fragmentación del conocimiento en relación con la evitación de resultados lesivos en general y de delitos en particular. Acerca de las dificultades que representa la imputación del conocimiento en la empresa en contextos de división del trabajo, BUCK-HEEB, P.; “Wissenszurechnung und Informationsmanagement”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, p. 26 y ss..

<sup>1029</sup> Una cuestión adicional, que por su especificidad y complejidad no trataré, es la utilización de los así llamados sistemas de *Electronische Datenverarbeitung* (EDV), es decir “elaboración electrónica de datos” de gran utilidad en la gestión de sistemas de

En relación con la primera cuestión (a) resulta evidente que sin el deber de almacenar información o de preservar documentación las empresas tendrían incentivos en su propio interés para conservar la menor cantidad posible de información, debido a que, de ese modo, reducirían la posibilidad de que se les imputase el conocimiento de infracciones de las normas legales<sup>1030</sup>.

En segundo lugar, la promulgación de un código de conducta debe ir acompañada de un programa de difusión y comunicación adecuada (b). Publicación por escrito y distribución, utilización del correo electrónico, páginas de intranet, vídeos, afiches, etc. son medios que se utilizan para darlo a conocer a sus destinatarios. Pero más importante es la capacitación de los empleados por medio de mesas redondas, encuestas, seminarios o cursos, que sirven tanto para difundir como para acabar de perfilar o corregir el código<sup>1031</sup>.

Por último (c), en relación con la prevención del BdeC la organización de la empresa/sujeto obligado debe tener en cuenta dos flujos de información referidos a la posible comisión de delitos de blanqueo:

- Por un lado, tal como ya se ha analizado, la empresa, en razón de su carácter de sujeto obligado/whistleblower, debe organizar el sistema de reporte interno de operaciones sospechosas: para ello el sistema de información debe asegurar que ante la existencia de una operación identificada como sospechosa, luego del necesario examen e investigación de la misma, el empleado o funcionario (que actúan haciendo cumplir el deber de reporte de operaciones sospechosas que pesa sobre la propia empresa) hagan llegar el reporte al responsable de informar de la misma al SEPBLAC;
- Por otro lado, aparece el fenómeno del empleado que reporta irregularidades cometidas en el marco de la propia empresa: aquí el empleado actúa denunciando la existencia de infracciones normativas

---

información de grandes empresas y para el control interno. Sobre la utilidad de los EDV en las estructuras de *Compliance* de las empresas, ver SCHLAGHECKE, M.; “Compliance – EDV – Lösungen in der Praxis”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, p. 294 y ss.

<sup>1030</sup> Conf. BUCK-HEEB, P.; “Wissenszurechnung und Informationsmanagement”, p. 38.

<sup>1031</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 247. En el mismo sentido, dice Hauschka que el intercambio de información tiene lugar por medio de instrumentos como circulares internas, instrucciones, conferencias, coloquios, capacitación etc. HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, p. 9.

en el ámbito de la propia actividad empresarial, función a la que denomino empleado/whistleblower<sup>1032</sup>.

Se considera que la regulación de las funciones de empleado/whistleblower que reporta irregularidades cometidas en la empresa donde trabaja resulta un elemento inevitable de los *Compliance Programs* debido a que los estudios empíricos en relación con la criminalidad económica en el sector financiero evidencian que los reportes internos son el factor más importante para el descubrimiento de estos delitos<sup>1033</sup>. Los programas de cumplimiento orientados a la prevención del BdeC no son una excepción a esta apreciación: la regulación de *esta función* que puede prestar cualquier empleado puede ser de sumo interés *para disuadir a los directivos de las empresas de relajar los controles internos o incumplir con las normas legales que imponen la implementación de sistemas de control y vigilancia orientados a la prevención de esta actividad delictiva y, a la vez, pueden operar como un sistema de control del cumplimiento de las normas por parte de otros empleados o superiores.*

El primero de los flujos de información (sujeto obligado/whistleblower) ya fue considerado al analizar las funciones de los sujetos obligados como *gatekeepers* y *whistleblowers*. En lo que sigue consideraré la necesidad de una regulación de la función de empleado/whistleblower tanto por medio de intervenciones legales como autorregulatorias.

#### **D. El empleado del sujeto obligado como informante de irregularidades en la prevención del BdeC: el “empleado/whistleblower”**

##### **a. Fundamentos**

La Directiva Europea (2005) en su artículo 22.1.a) indica que los Estados miembros exigirán que los *sujetos obligados y, en su caso, sus empleados y directivos* colaboren plenamente reportando las operaciones sospechosas de BdeC. Así mismo, el artículo 27 de la Directiva afirma que los Estados miembros tomarán todas las medidas apropiadas a fin de proteger frente a toda amenaza o acción hostil a los empleados de las entidades o sujetos

---

<sup>1032</sup> Acerca del empleado/whistleblower como fuente de información, BERNDT, T./HOPPLER, I.; “Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance“, p. 2628.

<sup>1033</sup> KOCH, A.; “Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing”, en *ZIS N° 10 (2008)*, p. 501.

obligados que comuniquen sus sospechas de blanqueo *ya sea por vía interna o a la UIF*<sup>1034</sup>.

A su vez, la Ley 19/1993, en su artículo 3.4.a), indica al transponer la regulación europea que los sujetos obligados deberán comunicar, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales: la comunicación la realizará, en principio, la persona o personas que los sujetos obligados hubieran designado con ese fin. Este proceso de gestión de la información es en lo que consiste la función del sujeto obligado/whistleblower.

Existe consenso, con base en estas normas, en que en el “caso normal”, es decir cuando un empleado trabaja para una empresa/sujeto obligado que cumple con su deber de informar al Estado, aquél debe reportar internamente la existencia de una operación sospechosa de BdeC. En efecto, existen excelentes razones de eficiencia para que así sea: el reporte interno, tal como se ha visto, preserva las funciones disuasorias del reporte de información incriminatoria al tiempo que reduce los costes reputacionales de las empresas y los riesgos de error ya que el reporte puede ser controlado por los superiores y los órganos internos especializados.

¿Cuál es el sentido que adquiere, entonces, la referencia que hace la Directiva a los empleados y directivos para que “en su caso” (art. 22.1.a.) actúen como informantes de operaciones sospechosas de blanqueo o que reporten a la UIF directamente (art. 27)? Debería tratarse de aquellos casos en que la empresa no otorga garantías de cumplir con su propio deber de informar: es decir, en aquellos casos en que la empresa (como organización), o uno de sus superiores a quien el empleado o directivo han reportado una operación como sospechosa, no cumple con el deber de controlar e informar las operaciones sospechosas.

Esta interpretación es la que parece haber prevalecido en la regulación española si se considera que el Reglamento en su artículo 13.3 dice que *“los directivos o empleados de los sujetos obligados podrán comunicar directamente al Servicio Ejecutivo las operaciones que, en el ejercicio de sus funciones, conocieran y respecto de las cuales existan indicios o certeza de estar relacionadas con el blanqueo de*

---

<sup>1034</sup> Refiere que el empleado/whistleblower, como parte del sistema de información de la empresa/sujeto obligado, es regulado en el art. 27 de la Directiva Europea, NIETO MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, p. 136.

*capitales, en los casos en que habiendo sido puestas de manifiesto a los órganos de control interno del sujeto obligado, éste no hubiese informado al directivo o empleado comunicante según lo dispuesto en el artículo 11.5 del presente Reglamento”<sup>1035</sup>.*

Así, conforme esta norma, los empleados y directivos deben, en primer lugar, llevar a cabo el reporte interno (es decir, cumplir su función como ejecutores del deber de reporte externo de la empresa/sujeto obligado), pero en el supuesto de que la organización interna de la empresa muestre signos de no estar cumpliendo con sus deberes de colaboración tienen la facultad de proceder al reporte externo: es decir, actúan como empleados/whistleblower que reportan la existencia de indicios de que algún empleado o directivo ha infringido la normativa contra el BdeC.

En estos casos el empleado no sólo reporta la operación sospechosa de BdeC<sup>1036</sup> sino que, al mismo tiempo, actúa como verdadero empleado/whistleblower, es decir informante de las irregularidades cometidas en el ámbito de la organización empresarial en la que desarrollan sus actividades. En efecto, si el empleado debe llevar a cabo un reporte externo es porque la empresa no garantiza la existencia de un programa de cumplimiento adecuado a la legislación vigente: al reportar la operación sospechosa al Estado evitando el procedimiento de reporte interno el empleado está informando, al mismo tiempo, al Estado de que la empresa infringe los deberes de autoorganización impuestos por vía heterorregulatoria.

Sin embargo, en las normas mencionadas existen algunos detalles que no permiten hablar de un regulación clara. En primer lugar, la Directiva parece hacer referencia a un deber de informar por parte de los empleados y directivos mientras que el Reglamento sólo se refiere a un derecho de informar. Así mismo, el reporte externo parece limitarse al caso en que existe una operación concreta de blanqueo pero nada dice de aquellos casos en que un empleado o directivo detecta irregularidades sin que exista una operación concreta (ausencia de manuales de prevención, inconsistencia o inadecuación de los mismos a las normas legales).

---

<sup>1035</sup> El artículo 11.5 del Reglamento dice: *“Recibida una comunicación por los órganos de control y comunicación éstos procederán a su inmediato análisis o comprobación para determinar la relación de los hechos u operaciones comunicados con el blanqueo de capitales (...) Cualquiera que sea el criterio adoptado se informará al empleado o directivo comunicante del curso dado a su comunicación”*.

<sup>1036</sup> En realidad no resulta necesario que el empleado/whistleblower se encuentre frente a una operación sospechosa sino que bastaría con que conociera que se están incumpliendo alguna de las normas de prevención del blanqueo.

En mi opinión, estas cuestiones pueden ser saldadas o bien con una nueva regulación jurídica o bien con la autorregulación por la cual las propias empresas pueden resolver estas cuestiones estableciendo un sistema de reporte interno para los empleados/whistleblower. Así, la empresa podría aclarar que los empleados y directivos tienen el deber contractual de reportar internamente o un derecho a hacerlo con claras especificaciones de protección legal, establecer un procedimiento específico para estos casos diferente al reporte interno de operaciones sospechosas (el que surge, como dijimos, del papel de la empresa como *whistleblower*) y ampliar este reporte interno a todos los casos de irregularidades internas (independientemente de si hay una operación en concreto y de si ha llegado o no al responsable antiblanqueo).

#### **b. Las fuentes comparadas del instituto del empleado/whistleblower**

En el plano supranacional pueden destacarse distintas iniciativas, vinculadas con la prevención y represión de la corrupción, que evidencian una serie de medidas para proteger e incentivar a los empleados a reportar las irregularidades identificadas en la organización para la que trabajan (empleado/whistleblower). Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), la Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999), el Convenio del Consejo de Europa de Derecho Civil sobre la Corrupción (1999), y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) incorporan en mayor o menor medida diversos instrumentos para la protección de funcionarios o empleados que denuncien prácticas corruptas<sup>1037</sup>.

En los Estados Unidos, por su parte, existe una gran diversidad de normas legales de carácter estatal que protegen a los informantes internos frente a represalias de sus empleadores<sup>1038</sup>. En efecto, diversas leyes

---

<sup>1037</sup> Conf RODRÍGUEZ YAGÜE, C.; “La protección de los *Whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero/Nieto Martín (Coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 450 y ss.

<sup>1038</sup> Una comparación detallada en CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, *South Texas Law Review* n° 45 (2003-2004), pp. 552-588. Fue Ralph Nader quien propuso por primera vez, en 1970, que el whistleblowing fuera utilizado como un medio de controlar las infracciones legales de las empresas y la administración pública; conf. CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, *Villanova Law Review* N° 37 (1992), p. 318.



federales han provisto de protección a este tipo de *whistleblowers*: la *Energy Reorganization Act*, la *Clean Air Act*, la *Hazardous Substances Release Act*, la *Safe Drinking Water Act*, la *Solid Waste Disposal Act*, la *Water Pollution Prevention and Control Act*, todas las cuales proveen protección sectorial a los empleados que testifiquen o participen en procesos llevados adelante en el marco de las propias leyes<sup>1039</sup>.

Además de estas leyes federales que proveen protección dentro de industrias específicas, el Congreso de los EEUU aprobó una ley federal que protege a informantes que trabajan en el gobierno (es decir, limitada sólo a empleados del sector público en agencias federales) y reportan infracciones de las agencias gubernamentales por medio de la *Civil Service Reform Act* (1978), reformada por medio de la *Whistleblower Protection Act* (1989)<sup>1040</sup>. Esta se agrega a la *False Claim Act* federal (1986), dirigida a proteger a los empleados que denuncian los fraudes realizados por contratistas de la Administración<sup>1041</sup>.

Pero es el escándalo originado en los casos *Enron* y *World Com*<sup>1042</sup> el que ha reavivado el debate acerca de su utilidad social, producto de lo cual es la respuesta regulatoria con mayores pretensiones de los últimos años para prevenir ciertos delitos económicos: la *Sarbanes Oxley Act* (2002), que fue aprobada con la finalidad de incrementar la transparencia en los mercados financieros para asegurar que los inversores puedan tomar sus decisiones con base en información confiable<sup>1043</sup>. Esta ley federal otorga en su § 860 protección contra el despido al empleado de empresas (es

---

<sup>1039</sup> Todo conf. CULP, D., “Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards a Judicial Perspective”, pp. 120-121.

<sup>1040</sup> Todo conf. CULP, D., “Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards a Judicial Perspective”, pp. 120-121.

<sup>1041</sup> Ver en CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, *Virginia Journal of International Law* N° 44 (2003-2004), p. 897.

<sup>1042</sup> Acerca del escándalo del caso *Enron* y la función que cumplió la vice-presidente de la compañía, Sherron Watkins, como informante de las irregularidades cometidas por los directivos de dicha empresa, así como acerca del cambio que suscitó este escándalo y otros (*Worldcom*, *Arthur Andersen*, *Tyco*) en la percepción social de los informantes de irregularidades, ver BAYNES, L., “Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act”, *St. John’s Law Review* N° 76 (2002), pp. 875 y ss. Un análisis detallado del proceso que llevó a Sherron Watkins y Cynthia Cooper, informantes internos en los casos *Enron* y *World Com* respectivamente, a reportar las irregularidades de las empresas donde trabajaban, en CHERRY, M., “Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law”, *Washington Law Review* N° 79 (2004), p. 1035 y ss.

<sup>1043</sup> Conf. CHERRY, M., “Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law”, pp. 1055, 1056.

decir, del sector privado) que informe “*toda conducta que el empleado crea razonablemente que constituye una violación*” de las normas legales implicadas<sup>1044</sup>. Así mismo, en su § 301 indica que el comité de auditoría establecerá procedimientos para la recepción, conservación y tratamiento de los reportes recibidos que se encuentren vinculados a controles de auditoría así como los reportes anónimos y confidenciales llevados a cabo por empleados; esto es lo que se ha dado en llamar *whistleblowing institucionalizado*<sup>1045</sup>, es decir la creación de una organización interna para el *whistleblowing* de los empleados.

En el Derecho europeo la figura del empleado/whistleblower prácticamente no ha sido impuesta de forma coercitiva. Sin embargo, la ausencia de una heterorregulación jurídica no ha impedido que empresas europeas líderes hayan desarrollado en los últimos años políticas internas para favorecer el reporte de irregularidades dentro de la empresa por parte de sus empleados, que se han reflejado, en su mayor parte, en códigos de ética y códigos de conducta<sup>1046</sup>. En apoyo de esta decisión viene la literatura existente en la materia, que indica que las políticas de *whistleblowing* llevadas a cabo por las empresas parecen incentivar la conducta de los empleados en mayor medida que las regulaciones legales<sup>1047</sup>.

---

<sup>1044</sup> El texto completo de este apartado dice:

*"(a) Whistleblower Protection for Employees of Publicly Traded Companies.*

*--No company with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l), or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)), or any officer, employee, contractor, subcontractor, or agent of such company, may discharge, demote, suspend, threaten, harass, or in any other manner discriminate against an employee in the terms and conditions of employment because of any lawful act done by the employee—*

*"(1) to provide information, cause information to be provided, or otherwise assist in an investigation regarding any conduct which the employee reasonably believes constitutes a violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders, when the information or assistance is provided to or the investigation is conducted by—*

*"(A) a Federal regulatory or law enforcement agency;*

*"(B) any Member of Congress or any committee of Congress; or*

*"(C) a person with supervisory authority over the employee (or such other person working for the employer who has the authority to investigate, discover, or terminate misconduct)".* El subrayado es mío.

<sup>1045</sup> Todo conf. HASSINK, H./DE VRIES, M./BOLLEN, L.; “A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies”, en *Journal of Business Ethics* N° 75 (2007), p. 26.

<sup>1046</sup> Sigo en todo la exposición HASSINK, H./DE VRIES, M./BOLLEN, L.; “A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies”, p. 25 y ss.

<sup>1047</sup> HASSINK, H./DE VRIES, M./BOLLEN, L.; “A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies”, p. 26.

En Gran Bretaña la *Public Interest Disclosure Act* (1998) protege tanto a quienes realizan reportes hacia dentro de la empresa como al exterior de la misma pero no incentiva a las empresas a institucionalizar el whistleblowing en su estructura corporativa. Sin embargo, en julio de 2003 la Financial Service Authority (FSA) introdujo el *Combined Code on Corporate Governance* que si bien carece de estatus legal, establece guías y sugerencias de buenas prácticas empresariales. Este código sí contiene un apartado acerca del whistleblowing que indica que el comité de auditoría debería considerar disposiciones por las cuales los empleados de la compañía puedan informar acerca de irregularidades que ocurran en la empresa<sup>1048</sup>.

Al parecer, la estrategia que se impone en Europa consiste en que el sector público no regule directamente (heterorregulación) esta función sino que se busca promocionar que el sector privado dicte sus propios códigos autorregulatorios como ocurre con el mencionado *Code on Corporate Governance (2003)* de Gran Bretaña o el *Código Tabaksblat (2003)* en Holanda o en Bélgica con el Código aprobado por el *Comité Lippens (2004)*, que incluyen recomendaciones para que las empresas creen un sistema institucionalizado de *whistleblowing*<sup>1049</sup>. Por el contrario, el *Corporate Governance Code (2002)* de Alemania, introducido por el Comité Cromme y modificado en 2005, no incluye previsiones normativas sobre los empleados informantes<sup>1050</sup>.

En el apartado siguiente analizaré las características que presenta el rol de empleado/whistleblower en la legislación comparada así como en los códigos empresariales de diversos países para, así, poder recomendar luego la inclusión de este instituto en la normativa orientada a la prevención del BdeC.

---

<sup>1048</sup> Si bien el *Combined Code* carece de estatus legal, todas las compañías británicas listadas en la London Stock Exchange son requeridas por el Financial Reporting Council para que informen cómo han aplicado los principios del código y confirmen si han cumplido con las provisiones del código, y si no lo han hecho para que expliquen las razones del incumplimiento. Todo conf. HASSINK, H./DE VRIES, M./BOLLEN, L.; “A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies”, p. 27.

<sup>1049</sup> Acerca de la autorregulación en relación con la función de empleado/whistleblower, BERNDT, T./HOPPLER, I.; “Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance“, p. 2628.

<sup>1050</sup> Conf. HASSINK, H./DE VRIES, M./BOLLEN, L.; “A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies”, pp. 27, 28. Acerca de las cuestiones jurídicas que plantearía la incorporación de la legislación de empleados/whistleblowers en Alemania en comparación con los Estados Unidos, DEISEROTH, D.; “Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland”, en *Betrifft Justiz* N° 78 (Junio 2004), p. 298 y ss.

### c. Las características del empleado/whistleblower

#### aa. El empleado/whistleblower en la legislación comparada

Para completar una visión general analizaré las particularidades que presenta el empleado/whistleblower de acuerdo con la legislación comparada. Para ello, utilizaré como base, sobre todo, la legislación de los países anglosajones, con particular acento en las regulaciones de los EEUU debido al extenso desarrollo que este instituto ha tenido allí. Ello servirá para, luego, llevar a cabo una propuesta en relación con el caso de los empleados de los sujetos obligados.

##### a) *¿Quién informa (emisor)?*

Una cuestión relevante en este flujo de información es quién es el emisor de la misma. Un análisis histórico de la figura del *whistleblower* permite identificar que el interés originario por esta figura se restringía al caso del empleado (privado o público) de una organización que decidía denunciar conductas ilícitas (o contrarias a reglas éticas) cometidas por el empleador, ya fuera un empresario individual, una empresa o la administración pública. De hecho, tal como ya se ha expresado, las regulaciones estatales y federales en los EEUU así como la legislación inglesa y australiana utilizan el concepto para esta figura<sup>1051</sup>.

##### b) *¿A quién se informa (receptor)?*

En relación con la cuestión de *a quién se informa (receptor)*, CAVICO habla de un *reporte interno* cuando las irregularidades se denuncian a los directivos de la organización donde se comete la infracción y de *reporte externo* cuando se recurre a agencias gubernamentales, entidades de interés público o a los medios de comunicación<sup>1052</sup>.

---

<sup>1051</sup> Ver CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, p. 879 y ss. Así, en este sentido define al *whistleblower* como “(...) una persona que como miembro de una asociación informa acerca de irregularidades que ha percibido dentro de la respectiva institución.”, conf. JOSITSCH, D.; “Whistleblowing’ und Korruptionsbekämpfung”, en *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Wohlers (Ed.), Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2007, p. 97.

<sup>1052</sup> Conf. CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, pp. 548, 575. La misma distinción en JOSITSCH, D.; “Whistleblowing’ und Korruptionsbekämpfung”, p. 98. También en MICELI, M./NEAR, J./SCHWENK, CH.; “Who Blows The Whistle and Why?”, en *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 45, N° 1 (Octubre 1991), p. 113 y ss.

La mayoría de las leyes estatales de los EEUU, las cuales se refieren al informante interno, requieren que el empleado reporte la infracción al empleador (reporte interno) antes de revelar la infracción fuera de la organización (reporte externo). El propósito de tal requisito es dar al empleador una oportunidad para corregir la infracción y, de este modo, evitar el coste reputacional que supone la difusión de la información<sup>1053</sup>. La Sarbanes Oxley Act (2002), por el contrario, no incluye este requisito, de modo tal que el empleado puede optar entre informar a su empleador o, directamente, realizar un reporte externo dirigido a las autoridades estatales<sup>1054</sup>.

En el caso de los receptores externos de información (reporte externo), los legisladores suelen designar o crear instituciones especiales para recibir estos reportes con la finalidad de asegurar que la provisión de información tenga una respuesta social adecuada. Esta política se vincula con la idea de que la legitimidad del reporte depende, en parte, de si éste es realizado ante un receptor que pueda hacer algo respecto de la infracción reportada<sup>1055</sup>.

c) *¿Qué se informa (mensaje)?*

Un relevamiento de las regulaciones del *whistleblowing* en los Estados Unidos permite verificar que la información que revelan los informantes no tiene que referirse necesariamente a la comisión de ilícitos penales<sup>1056</sup>, sino que pueden remitir también a ilícitos administrativos o conductas que infringen reglas éticas<sup>1057</sup> (lista en la que podrían incluirse en relación con nuestro tema otras normas autorregulatorias, como las reglas técnicas). A pesar de ello, la mayoría de los estados incluye el incumplimiento de leyes o regulaciones, mientras que en el nivel federal

---

<sup>1053</sup> CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, p. 890.

<sup>1054</sup> Conf. CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, p. 570-71.

<sup>1055</sup> Conf. CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, p. 892.

<sup>1056</sup> En relación con el reporte de la comisión de hechos delictivos y la situación del empleado-informante, puede verse el relato del caso de Werner Demant, quien en el ámbito de su actividad laboral en el CommerzBank en Frankfurt a mediados de los años 90 identificó una serie de operaciones que constituían el delito de evasión de impuestos y reportó las irregularidades, ver DEISEROTH, D.; “Zivilcourage am Arbeitsplatz – Whistleblowing”, en *Zivilcourage lernen. Analysen – Modelle – Arbeitshilfen*, Meyer/Dovermann/Frech/Gugel (Eds.), Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2004, pp. 126, 127.

<sup>1057</sup> CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, pp. 555-563.

se puede encontrar el caso de la mencionada *Whistleblower Protection Act* que incluye la violación de “leyes, reglas o regulaciones” así como el “gran derroche de fondos públicos”, mientras que las leyes sectoriales también mencionadas remiten a infracciones de las regulaciones específicas de que se traten<sup>1058</sup>.

Las leyes inglesas también son extremadamente comprensivas respecto del tipo de infracciones susceptibles de denuncia: 1) delitos, 2) incumplimiento de algún tipo de obligación legal, 3) peligro para la salud o seguridad individuales, 4) daños al medio ambiente, 5) encubrimiento de información tendente a evidenciar alguna de estas circunstancias. Las leyes estatales australianas, por su parte, incluyen “conductas ilegales, peligrosas o impropias”, o “actos de corrupción, mala administración y graves derroches” en el sector público<sup>1059</sup>.

d) *¿Cómo se informa?: la vía escrita y la vía oral*

En los EEUU algunas normas estatales requieren que el reporte se realice por escrito mientras que otras, incluyendo la *Sarbanes Oxley Act* (2002), permiten que el reporte se realice tanto de forma oral como escrita<sup>1060</sup>.

e) *El anonimato de la identidad del informante*

La mayoría de las leyes de los Estados en los EEUU, así como la *Sarbanes Oxley Act* (2002), no contienen previsiones explícitas que obliguen a mantener el anonimato del informante. CAVICO entiende que puede inferirse del reporte interno que el esquema legal impone que la identidad del informante sea revelada. En el caso de algunas normas estatales, sin embargo, se permite que el informante opte por el reporte interno o externo, con una previsión legal que requiere que la agencia estatal que recibe el reporte mantenga la confidencialidad acerca de la identidad del informante, al menos hasta el momento en que la revelación sea necesaria para acusar al empleador<sup>1061</sup>.

f) *La buena fe del informante y el requisito de razonabilidad*

---

<sup>1058</sup> Conf. CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, pp. 885-886.

<sup>1059</sup> Conf. CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, pp. 885-886.

<sup>1060</sup> CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, pp. 572, 574.

<sup>1061</sup> CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, p. 577.

Las legislaciones estatales en los Estados Unidos suelen incluir una cláusula de buena fe: si el informante que ha denunciado a su empleador ha obrado con buena fe se encuentra protegido en caso de despido<sup>1062</sup>. Una cuestión que resulta controvertida es el exacto significado del concepto “buena fe” en este contexto. La jurisprudencia americana le ha otorgado diversos significados como “ausencia de malicia” y “honestidad de intención” o “conocimiento razonable de parte del informante de que la infracción legal ha ocurrido”<sup>1063</sup>.

Así, vinculado a esta cuestión aparece el “requisito de razonabilidad”: diversas leyes estatales de los EEUU exigen que el informante (en estas leyes, el empleado) posea un conocimiento razonable de la infracción<sup>1064</sup>. Así mismo, tal como se ha expresado *supra*, lo propio hace la *Sarbanes Oxley Act* (2002) que en su § 860 otorga protección al empleado que informe “toda conducta que el empleado crea razonablemente que constituye una violación” de las normas legales implicadas.

De este modo, quien ha actuado en error, informando una irregularidad que creía realmente existente, se encuentra jurídicamente protegido frente a represalias jurídicas si ha actuado con buena fe y ha cumplido con el requisito de razonabilidad<sup>1065</sup> (lo que supone que ha actuado conforme a ciertos deberes de cuidado). De esto se deriva que ni la actuación descuidada (*reckless disregard*) ni la invención de los hechos satisfacen el requisito de buena fe<sup>1066</sup>.

*g) ¿Qué factores inciden en la decisión de reportar?*

MICELI/NEAR/SCHWENK han realizado un trabajo empírico evaluando los factores que inciden en la decisión de reportar operaciones en el caso de los auditores internos y derivan de estos resultados dos importantes implicaciones: 1) establecer roles de control para los miembros de la

---

<sup>1062</sup> CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, p. 565 y ss.

<sup>1063</sup> CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, p. 566. También BAYNES, L., “Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act”, p. 889 y ss. Respecto de la regulación vigente en Australia y Gran Bretaña, ver CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, p. 895.

<sup>1064</sup> CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, p. 567.

<sup>1065</sup> CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, pp. 569-70.

<sup>1066</sup> Ver CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, p. 898.

organización puede resultar efectivo para lograr un incremento de los reportes: por ello, las organizaciones deben explicar con detalle y claramente bajo qué condiciones una actividad es considerada una infracción y qué deben hacer los miembros de la organización en respuesta a ello; 2) hay medidas que pueden llevar a cabo las organizaciones con la finalidad de favorecer el reporte de irregularidades, como incrementar la participación y la comunicación de ida y vuelta con los empleados<sup>1067</sup>. La cuestión de si estas conclusiones son o no generalizables de modo que puedan aplicarse a otros informantes internos (empleados y directivos que no tengan el rol de auditores internos) debe resolverse ampliando el espectro de investigación empírica a estos casos.

Así mismo, todos estos factores deben ser ponderados considerando, así mismo, que existen importantes costes que deben asumir los informantes y que éstos, tal como indican los propios autores, realizan una evaluación de costes y beneficios antes de reportar<sup>1068</sup>: su historia indica que los *whistleblowers* han debido afrontar enormes costes legales y reputacionales que han concluido en desastrosas situaciones financieras y personales. Así, un estudio sobre 84 informantes en los EEUU indica que un 82% experimentaron hostigamiento, un 60% fueron despedidos, el 17% perdieron sus hogares y un 10% admitieron haber intentado

---

<sup>1067</sup> Sigó a MICELI, M./NEAR, J./SCHWENK, CH.; “Who Blows The Whistle and Why?”, pp. 125-127. Los resultados a los que llegan los mencionados autores indican que las personas que observan una infracción no la reportan cuando: a) consideran que ellos mismos no realizan bien su propio trabajo y ganan salarios algo más bajos que las personas que reportan irregularidades. Los autores especulan que el hecho de que estas personas no reporten irregularidades puede deberse a dos razones: por un lado, el observador puede considerar que su inversión en la organización es muy baja y que, por ende, tienen poco para ganar tratando de hacer lo correcto y, por otro, tal vez sienten menos necesidad de corresponder y cooperar con la organización a la que pertenece; b) no perciben que la infracción provea razones morales para actuar (informar) o no creen que su actividad requiere que ellos reporten esa actividad específica; c) conciben a la organización a la que pertenecen como burocrática, estructurada, ordenada y regulada. Por otro lado, en relación con los reportes externos, los resultados de la investigación muestran que este canal es utilizado cuando: a) los observadores sentían que el daño recaía sobre otros trabajadores o sobre la ciudadanía en general, b) cuando se trataba de hurtos, c) cuando la infracción era cometida por empleados de bajo rango, d) cuando la infracción había sido observada por pocos otros observadores, e) los canales externos suelen ser utilizados más usualmente en los casos de industrias con un alto grado de regulación. Los autores especulan que pueden existir tres razones que expliquen este factor: por un lado, que se cometan más infracciones en este tipo de industrias que en otras, luego, que estas organizaciones se encuentran sometidas a un control externo más intenso que otras industrias, y, por último, que los empleados consideran que los canales internos están menos disponibles.

<sup>1068</sup> Ver MICELI, M./NEAR, J./SCHWENK, CH.; “Who Blows The Whistle and Why?”, p. 115.



suicidarse<sup>1069</sup>. Resulta evidente que si los incentivos legales no son los adecuados existen buenas razones prudentiales para que los individuos eviten los riesgos que supone reportar irregularidades<sup>1070</sup>.

#### *b) Medios para incentivar el reporte*

Los instrumentos regulatorios por medio de los cuales se puede incentivar la conducta de aquellos sujetos que se hallan dispuestos a informar son diversos y alcanzan a todos aquellos que se han mencionado en el marco teórico del presente trabajo: incentivos negativos y positivos de distinto cuño y que se presentan tanto en normas hetero- como autorregulatorias.

Sin embargo, conforme la experiencia legal existente, pueden destacarse tres instrumentos regulatorios: a) la imposición de sanciones jurídicas negativas, b) el otorgamiento de premios o recompensas y c) el otorgamiento de protección ante los efectos jurídicos negativos de la realización del reporte<sup>1071</sup>:

#### *- Imposición de sanciones jurídicas negativas:*

El deber de informar puede respaldarse con sanciones jurídicas negativas<sup>1072</sup>, tanto de carácter administrativo como penal. Pero si se considera que la función de empleado/whistleblower puede establecerse o detallarse en los manuales de prevención de las propias empresas debe considerarse que también resultan relevantes las sanciones disciplinarias en caso de que el empleado incumpla con su deber de reportar irregularidades.

#### *- Recompensas:*

---

<sup>1069</sup> Ver en . CULP, D., “Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards a Judicial Perspective”, p. 113. Acerca de los costes reputacionales que deben afrontar los informantes en contextos normativos en los que la sociedad (o el grupo de referencia del informante) desapruaban su conducta; CHERRY, M., “Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law”, pp. 1051-1054.

<sup>1070</sup> Las legislaciones que protegen a los informantes tienen en cuenta estos efectos negativos, entre los que se encuentran la posibilidad de ser despedido, ver CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, p. 276.

<sup>1071</sup> Sigo a RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Héroes o traidores? – La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal”, en *In Dret* 3/2006, p. 7 y ss.

<sup>1072</sup> En este sentido, CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, p. 331.

Conforme los resultados de diversos estudios, el otorgamiento de recompensas puede producir el efecto deseado de incrementar el número de individuos que reporten actividades ilícitas. Si bien el concepto “recompensa” no se restringe al de retribución económica, ya que puede denotar supuestos como la satisfacción directa que se obtiene del cumplimiento del deber o los beneficios reputacionales derivados de dicha actividad, me concentraré en el caso del otorgamiento de dinero como recompensa, en virtud de que los estudios psicológicos han establecido que es un potente instrumento motivacional que, así mismo, ha encontrado reflejo en la *False Claim Act* federal (1986) de los EEUU<sup>1073</sup> que concede un porcentaje de hasta el 30 % de las cantidades que el Estado recupera a los empleados que denuncian fraudes realizados por contratistas de la administración<sup>1074</sup>.

CALLAHAN/DWORKIN indican que la literatura psicológica da sustento empírico a la asunción de que los incentivos económicos motivarán a nuevos informantes. Para favorecer este efecto estos autores indican que la recompensa económica debe tener las siguientes características: a) debe establecer claramente la relación entre el pago y la conducta debida, de modo tal que pueda establecerse como un *bonus* sobre criterios objetivos, b) las recompensas deben ser susceptibles de medición y publicitadas<sup>1075</sup>.

Los costes económicos de la medida deben ponderarse, como siempre, con sus beneficios, ya que resulta evidente que, *prima facie*, y desde una perspectiva de eficiencia en sentido normativo-técnico, esta alternativa presenta una desventaja respecto de las sanciones administrativas: mientras que estas últimas suelen consistir en la imposición de una multa y, por ende, en un ingreso para el erario público, la recompensa supone una salida de dinero. Sin embargo, este escollo no es insalvable: puede superarse vinculando la retribución del informante a un porcentaje determinado de la cantidad que el Estado efectivamente logre recuperar. Si se considera que sin la información muchas infracciones legales permanecerían en la más absoluta impunidad la ganancia para las arcas

---

<sup>1073</sup> CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, pp. 284-286.

<sup>1074</sup> Esta estrategia de incentivos ha dado excelentes resultado en los EEUU, a pesar de lo cual no ha tenido reflejo alguno en Gran Bretaña y Australia, los otros dos países con una legislación más avanzada en la materia. Ver CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, p. 897.

<sup>1075</sup> Conf. CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, pp. 293, 296, 301.

públicas es incuestionable, aun cuando tengan que dar una parte a quien proporciona la información<sup>1076</sup>.

- *Protección:*

Se trata de que el Estado otorgue al informante protección frente a posibles represalias que provendrán, usualmente, de la persona física o jurídica que ha sido denunciada. En el caso de un empleado que denuncia a su empleador la represalia podrá ser el despido, mientras que en otros casos puede consistir en el inicio de acciones judiciales de carácter civil o penal, como una querrela por injurias o calumnias o una demanda para obtener la reparación del daño causado por el reporte.

En los Estados Unidos la protección laboral ha sido una de las principales vías escogidas para asegurar protección a los informantes, habiéndose aprobado diversas leyes con ese fin<sup>1077</sup>. Así, la *Sarbanes Oxley Act* (2002) en su § 860 contiene diversas normas dirigidas a proteger a los empleados de empresas que cotizan en bolsa frente a represalias de sus empleadores cuando denuncien conductas fraudulentas cometidas por sus empresas.

La elección de esta alternativa regulatoria, por sí misma, no parece haber sido efectiva en los EEUU en su finalidad de incentivar la conducta de reporte, al contrario del sistema de incentivos económicos que sí supuso un incremento<sup>1078</sup>. En efecto, la inexistencia de incentivos positivos o negativos adicionales parece ocasionar que, en todo caso, el informante queda sólo con su conciencia al decidir, ya que si bien no sufre desincentivos (por la ausencia de represalias) tampoco tiene razones adicionales fundadas en la amenaza de sanción o promesa de recompensa para decidirse: en suma, sólo el individuo de quien pueda predicarse cierta virtud moral realizará el reporte con base en que ésta es la decisión correcta o justa.

Sin embargo, esta estrategia sí puede resultar efectiva si se la combina con otros incentivos (negativos o positivos). En efecto, mientras que por esta

---

<sup>1076</sup> Lo que también supone una limitación para esta estrategia, que debería vincularse a aquellos delitos en lo que el Estado puede obtener dinero para las arcas públicas.

<sup>1077</sup> Ver CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, p. 899 y ss.

<sup>1078</sup> CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, pp. 277, 276.

vía se neutralizan los costes esperados de reportar (al impedirse que se lo despida o se lleven a cabo contra él acciones judiciales) se puede agregar, por otra, costes esperados de no informar (como las sanciones negativas) o premios por hacerlo (como ocurre en la ya mencionada *False Claim Act*) que resulten decisivos en la función de utilidad del individuo<sup>1079</sup>.

*i) ¿Quién es el infractor?*

Debido a que las legislaciones anglosajonas analizadas restringen el concepto de informante al empleado que reporta irregularidades conocidas en su ámbito laboral, resulta claro que el infractor será el empleador, ya sea una persona física o jurídica, o, en todo caso, un empleado o directivo de la empresa (de mayor, igual o menor jerarquía).

## **bb. El empleado/whistleblower en la autorregulación**

HASSINK/DE VRIES/BOLLEN llevaron a cabo un estudio comparado en el que indican las particularidades que presentan las políticas de *whistleblowing* definidas en los códigos éticos o de conducta de las principales empresas europeas. Hago una breve descripción tomando como referencia los elementos clave que permiten caracterizar al informante de irregularidades<sup>1080</sup>:

- *Carácter autoritativo*: la mayoría de los códigos poseen un carácter autoritativo (66% de los casos) al utilizar palabras como “debe”, “debería” o “se espera que”.
- *Qué se reporta*: Las normas cuya infracción debe ser reportada incluyen tanto regulaciones internas como las políticas internas y los códigos de conducta (en todos los casos) así como violaciones de la ley y otras regulaciones externas (66% de los casos). En algunos casos (36%) se incluyen también conductas delictivas y amenazas a la salud, la seguridad y el medio ambiente.
- *A quién se reporta*: En la gran mayoría de los casos (73%) se indica que el reporte debe dirigirse a un superior jerárquico (superior directo/supervisor o quien se encuentre por sobre ellos). El 54% ofrece

---

<sup>1079</sup> Así mismo, es probable que la imposición de un deber de informar, bajo la amenaza de sanción, permita al informante disminuir los costes reputacionales de su conducta en aquellos contextos normativos que desvaloren el acto de informar (por considerar, por ejemplo, a quien lo hace un “chivato”). Es la ley quien le impone el deber de informar y no él quien decide en última instancia hacerlo.

<sup>1080</sup> Sigo a HASSINK, H./DE VRIES, M./BOLLEN, L.; “A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies”, pp. 36-38.

la posibilidad de reportar por fuera de la jerarquía o bien a una oficina separada o a un comité específicamente creado para el fin de asegurar el cumplimiento de las normas y recibir los reportes. En algunos casos se hace mención también del departamento de recursos humanos, el departamento de legales, el comité de auditoría, la auditoría interna y otros.

- *Cómo se reporta*: varias normas proveen de reglas específicas de procedimiento que los empleados deben observar cuando consideran reportar una infracción y facilidades para que ello resulte más fácil.
- *Confidencialidad*: la mayoría de las compañías (79%) indican con claridad que el sistema de reporte es confidencial. Esta confidencialidad incumbe tanto a quien recibe la información como al empleado que la provee. El 20% de las empresas indican que el empleado no tiene permitido informar a terceras partes, a menos que la investigación de la irregularidad haya sido rechazada por todas las personas de contacto indicadas en las normas y se hayan agotado todas las opciones para la consulta interna. En conclusión: el reporte externo es el último recurso.
- *Protección*: los empleados que consideren reportar una infracción deben ser protegidos de acciones tomadas contra ellos tanto por el infractor como por superiores. La mayoría de las normas (73%) indica que el informante no será despedido.
- *Buena Fe*: la mayoría de las compañías restringe la protección a los casos en que el reporte se haya llevado a cabo con buena fe (57%), basado en fundamentos razonables (27%) o de forma honesta (13%).

HASSINK/DE VRIES/BOLLEN entienden que no resulta conveniente que una empresa lleve adelante una política estándar de *whistleblowing* en el sentido de que sea meramente copiada de la que lleva adelante otra empresa, ya que ello puede quitar credibilidad a su política. Así mismo, los contenidos no son siempre adoptables directamente por cualquier organización sino que se recomienda que cada compañía implemente el procedimiento y comunique claramente que éste funciona y cómo a través de manuales e instrucciones a los empleados<sup>1081</sup>.

**d. Propuesta: regulación de la función del empleado/whistleblower en los programas de prevención del BdeC**

---

<sup>1081</sup> Conf. HASSINK, H./DE VRIES, M./BOLLEN, L.; “A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies”, p. 41.

La regulación legal de la función del empleado/whistleblower en el ámbito de la prevención del BdeC es insuficiente y consiste en un marco heterorregulatorio dentro del cual la empresa debe dictar sus propias normas autorregulatorias. En efecto, la regulación jurídica establecida en la Directiva Europea, la Ley y el Reglamento carece de todo detalle acerca de las cuestiones analizadas previamente: si bien indica que el empleado o funcionario es quien debe informar (a) y que el receptor de la información es el SEPBLAC (b), el resto de los puntos permanecen relativamente indeterminados.

En efecto, la legislación no indica con claridad qué es lo que informa el empleado (c), ya que se si bien se hace referencia a la operación sospechosa pero, sin embargo, este reporte supone también, de forma implícita, que la vía interna de reporte es insatisfactoria y, por ende, implica un reporte que involucra alguna irregularidad cometida en o por la empresa.

Tampoco está claro el procedimiento de reporte (d) ya que en este caso no se puede apelar al responsable antiblanqueo de la empresa (*Geldwäschebeauftragter*), porque justamente este procedimiento no resulta confiable. Sin embargo, en lugar de apelar al reporte externo directo podría establecerse un procedimiento interno alternativo (como el que remite a la auditoría interna) que permitiría reducir los costes reputacionales para la empresa al permitir correctivos por su parte.

La regulación legal tampoco menciona la cuestión del anonimato en relación con la identidad del informante (e), que puede resultar un incentivo importante para que el empleado reporte, ya que le permite evitar represalias en su trabajo.

Si bien puede suponerse que la cuestión de la buena fe del informante (f) viene resuelta por la regulación que provee protección jurídica frente a la responsabilidad civil o penal derivada del reporte respecto del cliente, las normas legales, sin embargo, nada dicen acerca de la responsabilidad del empleado o directivo que reporta la irregularidad frente a la empresa.

Una regulación más detallada de estas circunstancias podría tener lugar tanto por la vía heterorregulatoria de la ley, por la vía de la autorregulación empresarial o por la de la corregulación. La primera consiste en que la legislación, siguiendo el modelo de la Sarbanes Oxley Act (2002), establezca la posición de empleado/whistleblower para el supuesto de incumplimiento de los deberes derivados de la regulación para la prevención del BdeC. La segunda alternativa consiste en que las

empresas (verbigracia, cada banco) o las asociaciones de empresas (asociaciones de bancos, por ejemplo), sin intervención estatal de por medio, dicten normas sectoriales (en el caso de las asociaciones) o códigos de conducta internos (en el caso de cada banco) regulando la actividad del empleado (autorregulación). La tercera alternativa consiste en que el Estado establezca un marco regulatorio y cree incentivos para la autorregulación (corregulación o autorregulación regulada).

Ante el marco regulatorio existente la solución más inmediata podría ser que, en el marco de las reglas establecidas en la Directiva, la Ley y el Reglamento, las empresas/sujetos obligados establezcan en sus programas de prevención del blanqueo reglas dirigidas a los empleados y directivos. Éstas deberían detallar el procedimiento y circunstancias del reporte interno para el caso de que aquéllos observen infracciones a las normas hetero- y autorregulatorias de prevención, explicitando las consecuencias positivas o negativas, disciplinarias y legales de no llevar a cabo esta conducta, con la finalidad de incentivarlos a reportar.

#### ***IV. La responsabilidad disciplinaria, administrativa y penal en las empresas obligadas a colaborar en la prevención del BdeC***

##### **1. Introducción**

La organización empresarial se encuentra en mejores condiciones que las agencias públicas para descubrir los hechos ilícitos de BdeC (cuentan con mejor información y mayor capacidad de control) de modo tal que, tal como ya se ha argumentado, su responsabilización permite predecir que se incrementará la probabilidad de descubrimiento de las infracciones aumentando, de ese modo, el efecto disuasorio de las sanciones establecidas para la comisión de dichos ilícitos sin necesidad de apelar a una mayor severidad de las mismas<sup>1082</sup>. Así mismo, establecido un nivel deseable de disuasión resulta plausible pensar que quien podrá ejercer los controles con menores costes será la empresa en lugar del Estado, lo que

---

<sup>1082</sup> Puede observarse que todo el sistema de prevención y castigo del BdeC parece concentrarse en un incremento de la probabilidad de castigo tanto de los evitadores (sujetos obligados) como de los blanqueadores y los intervinientes en los delitos que dan origen a los bienes más que en la severidad de las sanciones, lo que resulta plenamente explicable con base en los conocimientos aportados por la criminología y el Análisis Económico Conductual del Derecho (*Behavioral Law and Economics*) respecto de que los infractores serían más sensibles a incrementos en la probabilidad de sanción que en la severidad de las mismas.

también vuelve esta intervención más eficiente no por el lado de los resultados sino por el de los medios: el resultado deseado puede lograrse por el medio menos costoso.

Para que la empresa cumpla con las funciones de sujeto obligado que le impone la legislación se deben establecer los incentivos adecuados. Existe consenso en que un eficiente efecto disuasorio en el ámbito de la empresa sólo puede lograrse incentivando adecuadamente tanto a la empresa como a las personas físicas que en ella trabajan y, particularmente, a los cargos más altos en la jerarquía de la misma y a los responsables del *Management* intermedio ya que ellos son los que toman las decisiones clave en materia de prevención del delito<sup>1083</sup>. Esta apreciación resulta válida en relación con la prevención y castigo del BdeC en el ámbito de las empresas/sujetos obligados.

Los *Compliance Programs* cumplen una importante función en la pretensión de establecer un adecuado nivel de disuasión en las decisiones empresariales y en la atribución de responsabilidad tanto a la empresa como a los individuos que en ella desarrollan su actividad laboral<sup>1084</sup>. Por un lado, en relación con las *consecuencias jurídicas y reputacionales de la infracciones cometidas por las empresas* permite la aplicación de sanciones de

---

<sup>1083</sup> En este sentido, NIETO MARTÍN, A.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Serrano Piedecabras/Demetrio Crespo (Dir.), Edit. Colex, Madrid, 2008, p. 134. Bernd Schünemann afirma que para mantener un adecuado nivel de eficacia preventiva en el ámbito de la delincuencia empresarial existe la posibilidad de “(...) sancionar cumulativamente tanto al individuo que actúa para la empresa, como a la propia empresa”. También afirma este autor que según datos provenientes de estudios psicológicos y sociológicos los órganos de dirección sólo reciben una pequeña fracción de las informaciones que en sí son necesarias y, por ello, frecuentemente actúan como instrumentos del *Management* intermedio. Todo conf. SCHÜNEMANN, B.; “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, en *ADPCP Vol. LV (2002)*, pp. 11, 12, 22. En este sentido, dice Brent Fisse que hay dos grandes problemas en la responsabilidad por la delincuencia empresarial en las sociedades modernas: 1) Resulta difícil identificar a los responsables individuales de las infracciones en el control público y son en general las empresas las que son usualmente llevadas a proceso por los hechos; 2) Allí donde las empresas son sancionadas por la comisión de ilícitos se supone que éstas deberían reaccionar utilizando su sistemas internos disciplinarios para identificar responsabilidades individuales, pero ello no ocurre. Estos problemas no son triviales, ya que según este autor “la responsabilidad individual se considera indispensable para el control social”. FISSE, B.; “Money Laundering, Regulatory Strategy and Internal Corporate Controls”, p. 190.

<sup>1084</sup> Puede encontrarse un análisis sugerente de este doble efecto de la autorregulación en la atribución de consecuencias jurídico-penales tanto a las empresas como a los individuos en FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?”, en *Autorregulación y Sanciones*, Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 197 y ss.



forma independiente a la comisión de infracciones por parte de personas físicas: presupuesto suficiente de la consecuencia jurídica –administrativa o penal- será el incumplimiento de los estándares debidos en la elaboración de los programas (inadecuada capacitación, inadecuados canales para el reporte de operaciones sospechosas o de irregularidades, etc.); pero, así mismo, en caso de existir un mercado que evalúe la calidad de estos programas puede haber consecuencias reputacionales vinculadas a la calidad de éstos (consecuencias que pueden ser tanto negativas como positivas).

Por otro lado, se presenta la cuestión de la relación de los programas de cumplimiento con las *consecuencias jurídicas y reputacionales atribuibles a las infracciones cometidas por los individuos en el ámbito de la empresa*. En el caso de los *directivos y del encargado de la empresa para la prevención del BdeC (Geldwäschebeauftragter)* los programas permiten establecer (junto con las normas administrativas de prevención del blanqueo) si se han creado riesgos jurídicamente desaprobados al diseñarse o implementarse programas inadecuados (ahora como base de la responsabilidad individual). Por otro lado, se plantea la cuestión de la responsabilidad de los *empleados* en caso de que incumplan los códigos de conducta internos que se realizan en los protocolos correspondientes o en las directivas específicas para su función: en este caso las consecuencias jurídicas sancionadoras podrán ser disciplinarias o penales (la legislación de prevención del BdeC no establece sanciones administrativas para los empleados). Así mismo, en relación con las sanciones informales, en todos los casos deben considerarse los costes morales y reputacionales derivados de la infracción de dichos códigos de conducta.

## **2. La imposición de consecuencias jurídicas a las empresas para incentivarlas a promover la implementación de los Compliance Programs**

La legislación administrativa y penal española establece una diversidad de consecuencias jurídicas<sup>1085</sup> aplicables a las empresas/sujeto obligado con la finalidad de incentivarlas a elaborar e implementar los *Compliance Programs* orientados a la prevención del BdeC, es decir a evitar que la empresa sea utilizada por los clientes de la misma (y, eventualmente, por

---

<sup>1085</sup> Utilizo intencionadamente el concepto “consecuencia jurídica” en lugar de “sanción” o “medidas de seguridad” para englobar todo tipo de respuesta jurídica, dado que en el ámbito de la responsabilidad empresarial una parte importante de la doctrina pone en cuestión que pueda hablarse de una responsabilidad penal de las empresas que dé lugar a la imposición de penas (sanciones jurídico-penales) en virtud de limitaciones éticas u ontológicas para construir la “culpabilidad” de la misma.

empleados infieles) para el blanqueo de capitales provenientes de actividades delictivas.

La regulación administrativa para la prevención del BdeC de la Ley 19/1993 clasifica las infracciones administrativas en su artículo 5º, distinguiendo entre las graves y muy graves<sup>1086</sup>. Las sanciones por las infracciones dependerán de si éstas son graves o muy graves: las sanciones crecen en severidad desde la amonestación privada (como la más leve para las infracciones graves) hasta la revocación de la licencia a las entidades sujetas a autorización administrativa (como la más severa para las infracciones muy graves)<sup>1087</sup>.

En relación con las consecuencias jurídico-penales aplicables a las empresas que pueden cumplir un papel relevante en el ámbito de la prevención del BdeC puede hacerse referencia tanto a una perspectiva de *lege lata* como a otra de *lege ferenda*: la primera refiere a las consecuencias jurídicas aplicables a las empresas conforme el artículo 129 del CP mientras que la segunda refiere a diversas propuestas de política jurídica para sustentar una “auténtica” responsabilidad penal de las personas jurídicas. En ambos casos, conforme la perspectiva aquí adoptada, se trata de crear los incentivos negativos adecuados para que los decisores más

---

<sup>1086</sup> Conforme el artículo 5º de la Ley 19/1993, *infracciones graves* constituyen el incumplimiento de los deberes de: 1) exigir, mediante la presentación de documento acreditativo, la identificación de sus clientes en el momento de entablar relaciones de negocio, 2) examinar con especial atención (deberes de examen e investigación) cualquier operación que se considere inusual o sospechosa de BdeC, 3) conservar documentación respaldatoria de las operaciones realizadas, 4) comunicar al SEPBLAC cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales (sujeto obligado/whistleblower), 5) abstenerse de ejecutar cualquier operación sospechosa de BdeC sin haber efectuado previamente la comunicación prevista en dicho apartado (sujeto obligado/gatekeeper), 6) establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, 7) asegurar la formación y capacitación de los empleados en las exigencias de la ley de prevención del blanqueo. *Infracciones muy graves* son, entre otras: a) la infracción del deber de confidencialidad, b) la infracción del deber de reportar operaciones sospechosas de BdeC (sujeto obligado/whistleblower) en aquellos casos específicos en que algún directivo o empleado de la entidad obligada hubiera puesto de manifiesto a los órganos de control interno de ésta la existencia de indicios o la certeza de que un hecho u operación estaba relacionado con el blanqueo de capitales.

<sup>1087</sup> Ver el artículo 8 (Sanciones por infracciones graves) y el artículo 9 (Sanciones por infracciones muy graves) de la Ley 19/ 1993.

poderosos de la organización adecuen la estructura empresarial a los estándares debidos en materia de prevención del BdeC.

Respecto de la perspectiva de *lege lata*, el artículo 129 del CP establece una serie de “consecuencias accesorias” aplicables a las empresas que pueden cumplir un efecto disuasorio sobre los decisores para que se los incentive a crear un entorno organizacional adecuado a la prevención del blanqueo<sup>1088</sup>. Sin embargo, las complejas cuestiones que esta regulación deja abierta (verbigracia, si se requiere un hecho ilícito o culpable como manifestación del defecto de organización, cuál es el nivel que debe ocupar en la organización el individuo que ha cometido el hecho, las cuestiones relativas al complejo juicio de imputación objetiva -en que se trata de determinar que el riesgo creado por el modo de estar organizada la empresa se ha realizado en resultado de favorecimiento de la actuación de la persona física y, en última instancia, en el resultado delictivo producido por ésta-)<sup>1089</sup> han llevado a reclamar una reforma de las mismas<sup>1090</sup>.

---

<sup>1088</sup> Conforme el artículo 302.2 del CP, en el caso de que la persona que ha blanqueado capitales pertenezca a una organización dedicada al blanqueo el juez podrá aplicar cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 del mismo Código. El artículo 129 del CP indica: “1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a. Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b. Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c. Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d. Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e. La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

<sup>1089</sup> Ver, SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del Art. 129 del Código Penal Español”, p. 189, 194-196, 197-198.

<sup>1090</sup> Así, por ejemplo, a favor de una reforma del art 129 del CP, FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?”, pp. 234, 235.

En particular respecto del BdeC, problemático es el requisito de que para poder ser aplicadas en caso de un delito de blanqueo se establece la exigencia, conforme el artículo 302.2 del CP, de que se trate de una *organización dedicada al blanqueo*, lo que puede dar lugar a la interpretación de que sólo será aplicable en caso de exista una empresa organizada con dichos fines, lo que impediría su aplicación al caso estadísticamente normal que es el de la empresa con serios déficit de organización.

Una cuestión más compleja que la imposición de sanciones administrativas o de consecuencias jurídicas del art. 129 del CP es la cuestión de la legitimidad o posibilidad de elaborar una responsabilidad penal de las personas jurídicas que dé lugar a la imposición de una “pena” (sanción jurídico-penal) con el objetivo de incrementar los efectos disuasorios obtenidos por medio de las consecuencias jurídicas de corte administrativo y penal arriba mencionadas. NIETO MARTÍN ha propuesto, en diversos trabajos recientes, un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas orientado a la política jurídica, con la pretensión de ofrecer al legislador líneas de argumentación en el desarrollo de la teoría de la legislación penal, que entronca con la función disuasoria de los *Compliance Programs*. La pretensión del autor, en línea con la articulación de este capítulo, no consiste en dilucidar los argumentos de dogmática jurídico-penal que permitan referir a una “auténtica culpabilidad de la persona jurídica” sino, previo a ello, en evaluar si la responsabilidad de las personas jurídicas resulta útil y necesaria para la finalidad de reducir los daños sociales derivados de ciertas conductas o actividades<sup>1091</sup>.

Ahora bien, desde la perspectiva del AED esta reforma legal sólo se encontraría justificada si se evidenciara que por este medio se obtienen efectos disuasorios marginales en comparación con los instrumentos legales vigentes ya analizados<sup>1092</sup> o que si bien se logra el mismo nivel de disuasión que con aquellos instrumentos ello sucede con menores costes. En línea con esta afirmación, una parte de la doctrina ha objetado la vía de la sanción penal sobre la base de que el procedimiento administrativo se encuentra en mejores condiciones para cumplir la función de impulso

---

<sup>1091</sup> Todo conf. NIETO MARTÍN, A.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, pp. 133, 134. También ver NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. También al respecto ver NIETO MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, pp. 134, 135.

<sup>1092</sup> En realidad, además de que deben existir beneficios disuasorios marginales, los costes marginales deben menores que dichos beneficios para que la reforma legal pueda considerarse eficiente.

de la autorregulación debido a que el procedimiento administrativo es más rápido, más ágil y flexible<sup>1093</sup>.

El modelo sancionador propuesto por NIETO MARTIN, y que constituye un acabado desarrollo teórico de una primigenia idea de TIEDEMANN, se funda en la fórmula del “defecto de organización permanente”<sup>1094</sup> que se caracteriza fundamentalmente por el hecho de que se trata de que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados, directivos -o incluso clientes (en el caso de la prevención del BdeC se pretende identificar a aquellos clientes que pretenden utilizar a la empresa para blanquear)- y, en caso de que se cometan, permitan a la empresa identificar al responsable.

Así, por un lado, las sanciones correspondientes tendrán como base dicho “defecto de organización”, de forma tal que si bien se suele requerir la comisión de un hecho ilícito por parte de un miembro de la organización empresarial, su fundamento debería ser independiente de dicho injusto jurídico penal (el injusto del individuo sería una suerte de epifenómeno de la deficiente organización de la empresa en el sentido de que “*el referido hecho de la persona física sea expresión del modo peligroso de organización de la persona jurídica*”<sup>1095</sup>): si se identifica que la empresa no cumple con los estándares debidos de prevención del BdeC deberá imponérsele una consecuencia jurídica<sup>1096</sup>. Por otro lado, existiendo un hecho ilícito cometido por un empleado o directivo sólo existirá

---

<sup>1093</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?”, p. 244.

<sup>1094</sup> Así, afirma que el desarrollo experimentado por la autorregulación en estas últimas décadas sirve para paliar el aspecto más delicado de la propuesta de Tiedemann que consistía en su falta de determinación. NIETO MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, p. 143. Respecto de que esta perspectiva del defecto de organización está gozando de predicamento en la doctrina jurídico-penal, ver SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del Art. 129 del Código Penal Español”, p. 178 y ss.

<sup>1095</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del Art. 129 del Código Penal Español”, p. 197.

<sup>1096</sup> Nieto Martín, partidario de la responsabilidad penal de la empresa, exige que un empleado o directivo de la empresa haya cometido un hecho ilícito para imponer, entonces, la sanción a la empresa por no haber implementado el sistema de prevención adecuado. NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 324 y ss. Desde una perspectiva de *lege lata*, en relación con la imposición de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP, requiere la realización de un hecho objetivamente antijurídico de carácter penal, SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del Art. 129 del Código Penal Español”, p. 178 y ss.

responsabilidad de la empresa si ese hecho ilícito manifiesta un defecto de organización permanente: el ilícito individual no es fundamento ni condición necesaria de la sanción a la empresa sino un mero signo de defecto de organización<sup>1097</sup>.

Sin embargo, si la finalidad de estas consecuencias jurídicas consiste en lograr los efectos disuasorios suficientes como para que los decisores con más poder adecuen la organización de la empresa a los estándares de prevención deseados, no resulta necesario que la intervención se presente por medio de la imposición de una pena<sup>1098</sup>. El Derecho administrativo o una combinación de éste con las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 129 del CP también podrían ser suficientes<sup>1099</sup>. Sin embargo, para

---

<sup>1097</sup> Desde el punto de vista de la teoría de la imputación, puede decirse que el hecho delictivo individual es el “resultado” de la infracción del deber atribuible a la empresa (el defecto de organización).

<sup>1098</sup> En efecto, el propio Feijoo Sánchez, que se opone a la consideración de una “culpabilidad” de las personas jurídicas y, por lo tanto, a que se denominen “penas” las consecuencias jurídicas derivadas de las infracciones cometidas por éstas, no rechaza que se pueda promover la autoorganización empresarial por medio de otros incentivos jurídicos o medios de control; FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 131-154. Así, Schünemann propone para el ámbito de las consecuencias jurídicas aplicables a las empresas el “(...) control durante un período de tiempo del Management de la empresa para el futuro” como una forma de “curatela” que “funciona de cara al futuro como una medida de seguridad, pero su amenaza tiene ya un efecto preventivo-general absoluto sobre el Management, porque perjudica su dominio y su prestigio, y, sin embargo (...) no daña ni a los que poseen una participación en la empresa ni a los empleados”. De este modo, con la imposición de esta consecuencia jurídica se persiguen fines disuasorios que recaen sobre los decisores en la empresa minimizando, a la vez, los costes de la intervención sobre los empleados y poseedores de participaciones. Ver SCHÜNEMANN, B.; “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, pp. 27, 28. Así, si tal como afirma Feijoo Sánchez, no es función del Derecho penal (o, más bien, de las penas) promover una determinada política empresarial o un determinado modelo de gestión empresarial nada obsta, de todos modos, a que la existencia de defectos organizativos sea el fundamento de otras consecuencias jurídicas que el propio autor denomina “sanciones penales que no son penas”. Así, si se considera que existen restricciones éticas (u ontológicas) para imponer sanciones penales a las empresas con base en su “defecto de organización”, se trataría, entonces, de un límite ético (u ontológico) al análisis de eficiencia, tal como ya se ha expuesto en la Parte Primera. Esto resulta evidente en que aún si se pudiera evidenciar que la imposición de “penas” en el marco del proceso penal a la empresa tendría efectos disuasorios superiores al Derecho administrativo sancionador (lo que este autor rechaza) existiría aún una restricción independiente de dicha consecuencia para tal política jurídica. Esta cuestión (que es, en definitiva, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas) no puede ser aquí tratada por exceder el marco teórico del presente trabajo. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?”, pp. 225, 226, 244.

<sup>1099</sup> Respecto de estas consecuencias jurídicas del art. 129 del CP, ver SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del Art. 129 del Código Penal Español”, p. 141 y ss. En el sentido de que más que la

una más adecuada vinculación de las diferentes consecuencias jurídicas a su efecto disuasorio y para evitar la ineficiencia derivada de la imposición de consecuencias más gravosas que las requeridas para el caso, resultaría necesario, tal vez, como afirma NIETO MARTÍN, que las consecuencias administrativas y penales se acomoden a un idéntico sistema de imputación<sup>1100</sup>.

Ahora bien, si más allá del *nomen iuris* de la consecuencia jurídica (verbigracia, sanción administrativa, medida de seguridad, consecuencia accesoria o pena), la imposición de dicha consecuencia se funda en que se han incumplido los estándares debidos en la autoorganización de la empresa, relevante será dilucidar la compleja cuestión consistente en establecer los estándares autorregulatorios que cumplan con el marco heterorregulatorio establecido por vía administrativa<sup>1101</sup>: en el ámbito de la empresa/sujeto obligado se establecerá en relación con la práctica comercial y reglas técnicas (como las que dicta el GAFI) y, a la vez, se deberán considerar las dimensiones y ámbito de actividad de la empresa. Si bien dentro del marco legal vigente no pueden establecerse criterios de carácter general sí pueden indicarse dos fuentes fundamentales para la posterior determinación judicial o administrativa de la infracción del deber: por un lado, la existencia de un mercado de *gatekeepers* (como las empresas de auditoría y expertos externos) debería permitir crear un juicio de valor para el análisis del cumplimiento por parte de la empresa y, por otro lado, el control estatal que ejerce el SEPBLAC sobre la calidad de los programas y las respectivas indicaciones que éste puede dictar, son una fuente inevitable para la consideración del cumplimiento de los estándares por parte de la entidad<sup>1102</sup>.

---

imposición de penas y de una responsabilidad penal de las empresas se debe considerar como necesaria una reforma del art. 129 del CP, FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?”, p. 235.

<sup>1100</sup> NIETO MARTÍN, A.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, p. 146.

<sup>1101</sup> En efecto, la función de la autorregulación consiste en concretar y especificar principios que sólo han sido enunciados de forma genérica y hacerlo a la luz de las distintas peculiaridades de cada empresa. Conf. NIETO MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, pp. 134, 135.

<sup>1102</sup> En relación con el auditor se afirma que las normas de auditoría clásica confieren cada vez con mayor claridad al auditor una función policial con el fin de descubrir las irregularidades que tienen lugar dentro de la empresa. La función del experto externo regulado en el art. 11.7 del Real Decreto 925/1995 es un ejemplo claro en el ámbito de la prevención del BdeC. Así mismo, la autorregulación no impide que la Administración se reserve cierto grado de control a través de autorizaciones ex ante o la supervisión ex post del modelo de autorregulación creado por la empresa, tal como ocurre en la prevención del BdeC conforme el artículo 11.6 del Reglamento (Real Decreto 925/1995). NIETO

Desde la perspectiva aquí adoptada la finalidad de las consecuencias jurídicas que se impongan a la persona jurídica debe consistir en incentivar la autoorganización de la empresa con el objetivo de que los responsables de la dirección y prevención establezcan los *Compliance Programs* adecuados. La finalidad última consiste en que el resto de las personas físicas que allí se desempeñan cumplan con los deberes que le competan para evitar que la empresa sea utilizada por los clientes (o empleados infieles) de forma dolosa para blanquear capitales de origen delictivo.

### **3. Las sanciones a las personas físicas: directivos, Geldwäschebeauftragter, empleados**

#### *a) Introducción*

Los *Compliance Programs*, al indicar reglas de conducta detalladas y establecer un sistema de control interno, se pretende que sean presupuesto de la imposición de *costes morales y reputacionales* a los individuos que, desarrollando sus actividades en la empresa, las infrinjan. Pero, a la vez, estas normas autorregulatorias son fundamento de *sanciones disciplinarias*. Al mismo tiempo los directivos y administradores de la empresa se enfrentan al riesgo de *sanciones administrativas* en caso de que se cometan infracciones graves a la regulación del sistema de prevención del blanqueo. Por último, todas las personas físicas que trabajan en la empresa se encuentran sujetas, al mismo tiempo, al riesgo de ser condenadas por el delito de blanqueo de capitales, máxime considerando que el CP regula, tal como se ha visto, la figura imprudente de este delito.

La responsabilidad penal de los individuos que desarrollan sus tareas en la empresa también se ve alterada por la aparición del fenómeno autorregulatorio. FEIJOO SÁNCHEZ indica la existencia de al menos dos efectos que resultan particularmente interesantes en relación con la responsabilidad penal por BdeC en la empresa: a) los nuevos deberes del gobierno corporativo con respecto a la autorregulación empresarial, b) el fenómeno creciente de la existencia de personas que dentro de la empresa no tienen más función que controlar, supervisar o vigilar que no se infrinjan las reglas internas de la empresa establecidas para el cumplimiento de las normas (en nuestro caso, el encargado de prevención del BdeC –*Geldwäschebeauftragter*-).

---

MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, pp. 137, 138 y nota al pie n° 37.



Estas dos cuestiones repercuten en la responsabilidad penal de dos formas. Por un lado, en relación con la forma en que se deben considerar las infracciones de deber, particularmente en relación con la imprudencia: la responsabilidad penal de los “hombres de arriba” se deriva de la infracción de deberes de selección, control e instrucción. La responsabilidad por imprudencia no se deriva entonces del incumplimiento de una prestación personal sino de la infracción del “deber de establecer estructuras organizativas”: esto implica que la infracción de deberes de cuidado no tiene que ver con la conducta propia y la peligrosidad de la misma sino con la organización y los riesgos derivados de la organización de la que se es responsable. El segundo efecto sobre la responsabilidad penal de los individuos consiste, por un lado, en la extensión de la responsabilidad en comisión por omisión y, por otro, en una extensión de la comisión por omisión imprudente respecto de los *outputs* lesivos de la organización<sup>1103</sup>.

El tipo penal de BdeC opera como un refuerzo de las sanciones administrativas así como de las derivadas de la autorregulación (sanciones disciplinarias)<sup>1104</sup>. La aplicación del tipo penal de BdeC del art. 301 del CP

---

<sup>1103</sup> Sigo en todas estas esclarecedoras distinciones a FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?”, p. 248-252.

<sup>1104</sup> En este sentido, Robles Planas entiende que el riesgo permitido en el ámbito de los sujetos obligados viene ya determinado por la regulación administrativa establecida en la Ley 19/1993, de modo tal que ésta conforma espacios de prohibición y de riesgo permitido. Sin embargo, entiende este autor que incluso allí donde se ha impuesto un deber específico por parte del legislador sectorial es necesario un ulterior juicio para determinar si con la conducta se ha producido la creación desaprobada del riesgo: “*la infracción de los deberes legales no implica de por sí la tipicidad penal de la conducta (...) La principal consecuencia que puede extraerse (...) es que si un abogado infringe los deberes particulares, ello no tiene relevancia penal en cuanto tal, sino sólo si va acompañado de la realización de actividades por su parte que objetivamente configuran un delito de blanqueo de capitales. En segundo lugar y estrechamente vinculado a lo anterior, el ámbito de la imprudencia en el blanqueo de capitales es aquel en el que el abogado configura la situación objetiva de blanqueo y, sin concurrir pleno conocimiento, debería haber previsto el origen ilícito de los bienes*”. ROBLES PLANAS, R.; “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, en *Diario La Ley* N° 7015, Sección Doctrina, 18 Sep. 2008, Año XXIX, Editorial La Ley, pp. 28-30. En el mismo sentido, Feijoo Sánchez afirma que “*la necesaria toma en consideración del orden primario para interpretar el significado normativo de la conducta no significa, sin embargo, prescindir de los criterios valorativos propios del Derecho penal. La normativa extrapenal no debe ser entendida, en absoluto –tal y como ya representa una opinión dominante en la doctrina del delito imprudente– como una ratio essendi (como hacen ciertos partidarios de los ‘delitos de infracción de deber’), sino simplemente como un ratio cognoscendi. Ni todo incumplimiento de una norma extrapenal representa una conducta típica ni siempre la ausencia de infracciones extrapenales supone una constatación de una conducta permitida*”; ver FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Imputación objetiva en Derecho penal económico y empresarial”, en *In Dret* 2/2009, p. 32. En todo caso, cabe agregar dos cuestiones: por un lado, en relación con la infracción del deber, cabe decir que el marco

en el contexto de los sujetos obligados presentará en general cuestiones jurídicas (y político-criminales) distintas si se trata de un directivo o del *Geldwäschebeauftragter*, que de forma originaria o delegada tienen la función de gestionar el sistema de prevención, que si se trata de un empleado que se encuentra más abajo en la estructura jerárquica de la empresa.

Así mismo, en relación con la disuasión que se obtenga de la aplicación del tipo penal de BdeC del art. 301 del CP deberá tenerse en cuenta que al tratarse de una figura delictiva que ofrece la peculiaridad de incardinarse en ciertos casos en la esfera de la denominada criminalidad empresarial, habrán de considerarse los específicos problemas que pueden surgir en dicha esfera a la hora de determinar la autoría y la participación<sup>1105</sup>. Así mismo, serán relevantes los conceptos de *delegación de funciones* y de *control y vigilancia* por parte de quienes delegan las funciones de prevención del blanqueo que aparecerán aquí referidas sólo en lo que pueda remitir a ciertas particularidades de la prevención del blanqueo<sup>1106</sup>.

La seguridad jurídica tanto para la empresa como para las personas físicas en relación con las consecuencias jurídicas aplicables a cada uno debería provenir del hecho de que tanto la Administración como los jueces al momento de imponer dichas consecuencias consideren el dictamen de la supervisión externa tanto por parte de las agencias de la Administración Pública como de los expertos externos y empresas de auditoría. Esta supervisión externa no sólo debería proveer confianza a los empleados sino también a directivos y encargados, de forma tal que puedan confiar en que los estándares de prevención que están aplicando son los exigidos por el marco heterorregulatorio jurídico y que de su cumplimiento no se

---

legal de la regulación administrativa se complementa aquí con el producto de la autorregulación (sean los *Compliance Programs* en la empresa o las directivas de los colegios profesionales en relación con las profesiones liberales) del mismo modo en que lo hace la *lex artis* en cualquier otro contexto legalmente regulado; por otro lado, en relación con la mayor lesividad jurídico-penal, puede afirmarse que debería exigirse que la conducta pueda interpretarse como un acto de ocultación (doloso o imprudente).

<sup>1105</sup> MARTINEZ BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2º Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 521.

<sup>1106</sup> Acerca del complejo concepto de delegación de funciones y sus consecuencias jurídico-penales, ver MONTANER FERNÁNDEZ, R.; *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, p. 99 y ss. En relación con la delegación y el control de las funciones delegadas, se entiende que "(...) la delegación no extingue totalmente la posición de garante, sino que, en verdad, la transforma. En efecto, el garante primario seguirá siendo, en todo caso, el garante mediato, cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del sustituto. Este, por su parte, tendrá la plena responsabilidad del garante desde la aceptación de su posición hasta el momento de devolverla al garante primario". BACIGALUPO, E.; "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial", en *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 188.

derivará ni una sanción ni cualquier otra consecuencia jurídica negativa<sup>1107</sup>.

b) *Directivos, administradores, Geldwäschebeauftragter*

El artículo 7 de la Ley 19/1993 (Responsabilidad de administradores y directivos) indica que “*además de la responsabilidad que corresponda a la entidad obligada, quienes ejerzan en ella cargos de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, serán responsables de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente*”. Conforme los artículos 8.2 y 9.2 de la Ley las sanciones van desde la amonestación privada (como la sanción más leve en caso de infracción grave) hasta la separación del cargo (la más severa en caso de infracción muy grave), con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las sujetas a esta Ley por un plazo máximo de diez años <sup>1108</sup>.

En relación con la responsabilidad penal, en el caso de los directivos y del *Geldwäschebeauftragter* resultará usual la atribución de responsabilidad por vía de la comisión por omisión (que como se ha dicho en el capítulo anterior resulta aceptada por la doctrina en relación con el art. 301 del CP) y, usualmente, en relación con el delito imprudente<sup>1109</sup>. Sin embargo,

---

<sup>1107</sup> De este modo, se reduce sustancialmente la inseguridad jurídica que implica la aplicación del tipo penal de BdeC en el ámbito de las empresas y, particularmente, el riesgo que suponen para los empleados y para el *Geldwäschebeauftragter* debido a que, en ausencia de dicha autorregulación, el riesgo jurídico-penal apenas resultaría reconocible a primera vista debido a que las actividades de blanqueo podrían confundirse con cualquiera de las otras actividades cotidianas en la empresa. Respecto de este riesgo jurídico, OTTO, H.; “Das strafrechtliche Risiko der gesetzlichen Vertreter und Geldwäschebeauftragten der Kreditinstitute nach dem Geldwäschegesetz“, *Wistra* N° 9 (1995), pp. 325, 326.

<sup>1108</sup> En la legislación administrativa alemana cumple una importante función el § 130 de la OWiG, que es fundamento directo de responsabilidad en caso de que un dependiente cometa una infracción penal o administrativa y ésta no haya sido evitada debido a la infracción de los deberes de control y vigilancia del superior. El *Geldwäschebeauftragter* responderá con base en este párrafo en caso de que debido a la infracción de deberes de cuidado que le competen en el control de las actividades de la empresa un empleado de la entidad hubiera cometido un delito de blanqueo o una infracción administrativa de las normas de prevención del blanqueo. En este sentido, OTTO, H.; “Das strafrechtliche Risiko der gesetzlichen Vertreter und Geldwäschebeauftragten der Kreditinstitute nach dem Geldwäschegesetz“, pp. 324, 325.

<sup>1109</sup> En contra, Saliger dice que resulta discutible si en vista del deber de reportar operaciones sospechosas y de no ejecutarlas se puede derivar posiciones de garante para los directores, responsables antiblanqueo o empleados de la entidades financieras en general; según su posición los deberes impuestos por la legislación administrativa antiblanqueo no son fuente de posiciones de garante individuales porque los deberes se atribuyen a la entidad financiera como tal. SALIGER, F.; “Geldwäsche als ’crime in

en aquellos casos en que la calidad de los *Compliance Programs* evidencie una grave infracción de la regulación del deber de conocer (el origen de los bienes) la apelación a la estructura de imputación de la ignorancia deliberada puede resultar de gran utilidad para que las sanciones creen los incentivos adecuados para los máximos responsables<sup>1110</sup>.

Se ha discutido en Alemania la cuestión de si el *Beaufragter* puede ser considerado garante de los daños derivados de la actividad empresarial que caen en su ámbito de control, cuestión que aquí resulta relevante en relación con la atribución de responsabilidad por blanqueo de capitales (usualmente imprudente) en comisión por omisión: en general su responsabilidad se derivará de la omisión negligente en el control de la actividad de los empleados y de los procesos de la empresa. El punto de partida para considerar la existencia de dicha posición de garante es el hecho de que titulares indiscutidos de dicha posición son los miembros de la dirección de la entidad ya que son ellos quienes deciden acerca del dominio de una fuente de peligro: la delegación de las funciones de control y vigilancia de un área de competencia de la dirección una vez que tiene lugar la asunción de dichas funciones supone también la delegación de la posición de garante a la persona encargada<sup>1111</sup>.

En este sentido, las amplias funciones de control y vigilancia, ya detalladas *supra*, de las que es titular el *Geldwäschebeauftragter* en el desarrollo del programa de cumplimiento en el ámbito de la empresa, permiten afirmar que la infracción de los deberes de cuidado impuestos por las normas administrativas de prevención del BdeC lo vuelven candidato a la aplicación del tipo penal de BdeC y particularmente vulnerable frente al tipo de blanqueo imprudente del art. 301.3 del CP<sup>1112</sup>.

---

progress' ", en "*Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*", Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Eds.), Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2007, p. 466.

<sup>1110</sup> En efecto, particularmente es en el caso de los superiores cuando puede cumplir un papel importante la ignorancia deliberada (*willful blindness*), en aquellos casos en que estos no cumplen con el deber de diseñar y aplicar un programa de prevención. Conf. NIETO MARTIN, A.; "Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa", pp. 140-142. Como ya se ha expresado en el Capítulo I de esta Parte Tercera, una parte de la doctrina se ha manifestado contraria a la imputación por vía de la ignorancia deliberada; ver FEIJOO SÁNCHEZ, B.; "Imputación objetiva en Derecho penal económico y empresarial", pp. 56, 57.

<sup>1111</sup> Todo conf. BÖSE, M.; "Die Garantenstellung des Betriebsbeauftragten", *NSiZ N° 12 (2003)*, pp. 638-640.

<sup>1112</sup> En este sentido, en relación con el tipo penal de BdeC imprudente del StGB, OTTO, H.; "Das strafrechtliche Risiko der gesetzlichen Vertreter und Geldwäschebeauftragten der Kreditinstitute nach dem Geldwäschegesetz", p. 323.

Debe recordarse que la designación del *Geldwäschebeauftragter* no exime de responsabilidad a los directivos de la empresa ya que aquél debe rendir cuentas frente a la dirección. De este modo, los directores deben mantener sus deberes de control y vigilancia del encargado de prevención de modo tal que una grave infracción de tales deberes también puede hacerlos pasibles de la imposición del tipo penal del BdeC por imprudencia grave. Así mismo, la designación de un *Geldwäschebeauftragter* manifiestamente inidóneo para cumplir sus funciones podría establecer las bases, si es que resulta aceptable esta modalidad de imputación, para la atribución de responsabilidad por el delito de blanqueo por vía de la ignorancia deliberada.

*c) Los empleados de la empresa/ sujeto obligado*

Distinta es la cuestión en relación con los empleados de la empresa. En este caso la infracción del deber aparecerá configurada tanto por medio de la infracción administrativa (solicitar el documento de identidad al cliente) como por la infracción de los concretos deberes que la propia organización le ha atribuido en los *Compliance Programs* y en las directivas de conducta que de éstos se derivan. Así, para determinar si un empleado ha infringido el deber de cuidado deberán conocerse los protocolos de actuación que debía cumplir así como cualquier otro deber derivado de las directivas de conducta autorreguladas, siempre que estén orientadas a la evitación de un caso de blanqueo en la entidad.

En efecto, estos códigos de conducta deben indicar con claridad los deberes que competen a los empleados de forma tal que ante una infracción no resulte complejo atribuirles responsabilidad disciplinaria o legal. En relación con la responsabilidad penal, los jueces al momento de imponer una pena con base en la comisión de un delito de blanqueo de capitales imprudente (art. 301.3 del CP) deberán tener en cuenta estas reglas acotándose así el margen de discrecionalidad judicial, proveyendo seguridad jurídica: los empleados deben poder confiar en que se establezca el nivel de diligencia debida cuando actúan conforme a los estándares establecidos en las normas internas de autoorganización, sobre todo si en su elaboración y supervisión ha intervenido la administración o si los controles externos privados (auditoría, dictámenes de expertos externos) han dictaminado su adecuación a las exigencias legales<sup>1113</sup>.

*d) Conclusión: Autorregulación y consecuencias jurídicas*

---

<sup>1113</sup> Conf. NIETO MARTIN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa“, pp. 140-142.

Puede observarse que tanto en el caso de la empresa como en el de los empleados, directivos y encargados de prevención del blanqueo las normas autorregulatorias coadyuvan a determinar la infracción del deber: si se infringen los estándares esperados en su diseño o implementación o si se incumplen las reglas de conducta y procedimientos establecidos en los programas correctamente diseñados se asume el coste esperado de consecuencias jurídicas negativas. Esta cuestión que se presenta como novedosa no lo es tanto: la consideración de la *lex artis* (un caso de regulación técnica) como una fuente fundamental de deberes de cuidado se halla completamente consolidada en la doctrina jurídico-penal<sup>1114</sup>.

---

<sup>1114</sup> Así, Wolfgang Frisch afirma que la legitimidad de las así llamadas “normas prejurídicas” como las normas técnicas (Normas DIN, normas del Colegio de Ingeniero Alemanes) no proviene de la mera aceptación fáctica de las mismas sino de la legitimidad que le proveen ciertos organismos de autorregulación técnica. Así mismo, este autor afirma que lo propio ocurre con las reglas del arte (*lex artis*) en el ámbito de la medicina. Si bien aquí no existen, como en el caso de las otras normas técnicas, procedimientos ordenados de regulación, la actitud reservada en tales ámbitos suele estar motivada porque en estos círculos se deposita una confianza especial en que se desarrollarán reglas adecuadas de reducción de riesgos. El autor afirma que los propios tribunales se transforman en garantes de la adecuación de las normas, directrices y reglas, al considerarlas como adecuadas en los procesos judiciales. Así mismo, agrega que “*el Estado puede prescindir de regulaciones detalladas y limitarse a establecer principios generales o prohibiciones y mandatos necesitados de complementación porque existe material prejurídico con cuyo auxilio pueden concretarse las normas estatales de manera adecuada y que puede dispensar a la conducta no menos orientación que las correspondientes regulaciones estatales*” y concluye con una declaración que conlleva la juridificación de las reglas técnicas: “*las normas, reglas prejurídicas, etc. son en general sucedáneos, funcionalmente equivalentes, de las correspondientes regulaciones estatales –sin perjuicio de que les falte carácter normativo- y por tanto de relevancia comparable a las regulaciones jurídicas*”. Todo ello confluye evidentemente en una conclusión fundamental para la relevancia jurídico-penal de la autorregulación técnica: “*(...) las desviaciones de la regla que constatablemente llevan a la conducta más allá del riesgo residual (...) tolerado en los catálogos normativos prejurídicos (...) han de considerarse por regla general como creaciones de riesgo desaprobadas*”; todo conf. FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 122-124. Respecto de la relevancia de la *lex artis* para establecer los límites del riesgo permitido; ver SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; “Blanqueo de capitales y abogacía”, en *In Dret 1/2008*, p. 10. Así mismo, y más relevante en relación con nuestro objeto de estudio, establece la equivalencia del tratamiento del producto normativo de la autorregulación con el de la *lex artis*; FEJOO SÁNCHEZ, B.; “Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?”, p. 250. Así, por ejemplo, en relación con la aplicación del tipo penal de BdeC a los notarios, Silva Sánchez indica: “*(...) la cuestión es qué profundidad ha de tener el examen (monitoring) para ser calificado ‘conforme a deber’*. Esta es una cuestión de exigibilidad, no fácil de precisar hasta sus últimos extremos, puesto que en ella deben considerarse los medios de que dispone el notario así como el tiempo que puede emplear en llevar a cabo su examen sin retrasar en exceso el tráfico. Se trataría, pues, de que existieran estándares lo más precisos posible, derivados de la propia ejecución práctica de la normativa notarial”. Conf. SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, p. 187. La importancia de la autorregulación para determinar la infracción del deber es evidenciada por Feijoo

De este modo, la autoorganización es una fuente fundamental de normas de cuidado en cuanto que concreta los niveles de diligencia dentro de la empresa. Con ello se recorta el margen de discrecionalidad judicial dentro de la imprudencia, acomodando el delito imprudente al principio de determinación. Sin embargo, esta apreciación también resulta aplicable al tipo penal de BdeC doloso ya que la infracción del deber no es patrimonio exclusivo de los delitos imprudentes: así, la autorregulación también resulta útil en relación con la infracción del deber en este tipo de delitos en los que existen conceptos jurídicos indeterminados<sup>1115</sup>. Así mismo, la ignorancia deliberada tendría aquí un campo fértil para progresar debido a que los deberes de conocer no se derivan de indeterminadas incumbencias (*Obliegenheiten*) derivadas de principios generales o de la costumbre mercantil sino que, por el contrario, se encuentran establecidas con mayor claridad como producto de la interpenetración entre las normas heterorregulatorias administrativas y la autorregulación empresarial realizada en los *Compliance Programs*.

Una cuestión adicional, que aquí no puede abordarse por su complejidad, es la de la interrelación entre la autorregulación y la heterorregulación jurídica en relación con la graduación de las sanciones y la eventual intervención creciente de los distintos instrumentos regulatorios. En

---

Sánchez con especial referencia también al caso de los notarios: “*Los notarios tienen deberes de identificación del cliente mediante presentación del documento acreditativo lo más completa posible, de examinar con especial atención operaciones que por su naturaleza pueda estar particularmente vinculadas al blanqueo (...) Para ello disponen, mediante mecanismos de autorregulación del propio notariado, de información sobre estándares de riesgo, con indicadores de elementos o patrones de conducta estadísticamente presentes en los supuestos de blanqueo, así como de manuales de prevención, que pueden ser de gran utilidad para determinar la tipicidad o permisión de la conducta del notario*”. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Imputación objetiva en Derecho penal económico y empresarial”, p. 52.

<sup>1115</sup> Profundizando en esta línea, y en correspondencia con el desarrollo del presente trabajo, dice Feijoo Sánchez: “*La teoría del riesgo permitido representa el instrumento dogmático adecuado para afrontar este tipo de cuestiones, sobre todo teniendo en cuenta la creciente juridificación y promoción de la autorregulación regulada en este ámbito. La teoría tradicional, que tiene su origen en la dogmática de la imprudencia, relativa al papel indiciario para la determinación del riesgo no permitido de las normas extrapenales (en este caso mercantiles) y las reglas técnicas o lex artis de determinados sectores profesionales (en este caso códigos éticos, códigos de conducta, etc.) es perfectamente extrapolable a este ámbito delictivo (...) La estrategia de gestión pública denominada de forma algo paradójica ‘autorregulación regulada’ obliga a replantearse los términos de la clásica cuestión dogmática del papel de las reglas técnicas extrajurídicas para la determinación del riesgo permitido o de la permisión de conductas en el ámbito del Derecho Penal*”. Conf. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; “Imputación objetiva en Derecho penal económico y empresarial”, pp. 36, 37. Así mismo, no puede descartarse que estos deberes puedan ser fuente de posiciones de garante que permitan imputar responsabilidad en comisión por omisión (algunos Códigos de Buen Gobierno señalan expresamente la obligación de dirigir la empresa con el fin de evitar la comisión de hechos delictivos). Todo conf. NIETO MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, pp. 140-142.

efecto, AYRES/BRAITHWAITE han elaborado un modelo regulatorio que se fundamenta en la convergencia que los autores encuentran entre los modelos de la elección racional y de la conducta basada en normas. La propuesta está destinada a superar los diversos inconvenientes que plantean las estrategias de mandato y control<sup>1116</sup>. La propuesta consiste en que la intervención regulatoria se lleve a cabo con una pirámide de sanciones de gravedad creciente (que en la base tiene a la persuasión y en la cúspide la revocación de la licencia) y una pirámide de estrategias regulatorias crecientemente intrusivas (que en la base tiene la autorregulación pura y en la cúspide una regulación por medio del mandato y control)<sup>1117</sup>.

Este modelo resulta sugerente ya que puede resultar más eficiente que un modelo rígido de sanciones, lo que evidencia que el AED no prioriza el Derecho penal por sobre otros instrumentos de intervención. En efecto, un sistema gradual de intervención a partir ya de las pequeñas infracciones o desviaciones permitiría evitar en muchos casos la aplicación de sanciones administrativas muy graves o, peor aún, consecuencias jurídico-penales tanto a las empresas como a los individuos. Así, si el resultado lesivo (el BdeC) puede evitarse con menores costes el sistema de prevención y castigo resultará más eficiente.

En relación con la pirámide de sanciones, se afirma que la falta de cooperación del regulado será menos atractiva si las empresas se encuentran con un regulador que posee una pirámide de sanciones que si se encuentra con un regulador que tiene solamente una única opción sancionadora: si la sanción es demasiado drástica (revocación de la licencia) podría aparecer como desproporcionada en muchos casos y, por

---

<sup>1116</sup> El trabajo referido es AYRES, I./BRAITHWAITE, J.; *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1992. Sigo las descripciones de llevadas a cabo por RODRIGUEZ VILLAR, P./BERMEJO, M.G.; *Prevención del Lavado de Dinero en el Sector Financiero*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 49-56 y por NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 274 y ss.

<sup>1117</sup> Conf. RODRIGUEZ VILLAR, P./BERMEJO, M.G.; *Prevención del Lavado de Dinero en el Sector Financiero*, p. 51. Así, en relación con la autorregulación debería explorarse la utilidad de desarrollar un “sello de calidad” que permitiera diferenciarse en el mercado a aquellas empresas que satisfacen los más altos estándares de calidad en prevención del BdeC. Sobre el desarrollo de esta “*laundry green label*” y el círculo virtuoso de cumplimiento (“*virtuous cycle of compliance*”) que podría promoverse con base en los beneficios reputacionales de esta alternativa ver VAN DUYNE, P.C.; “*Serving the integrity of the Mammon and the compulsive excessive regulatory disorder*”, p. 3. También, con explicación de los resultados de un trabajo empírico que evidencia que esta estrategia se encuentra desaprovechada, en HARVEY, J./FUNG LAU, S.; “*Crime-money, reputation and reporting*”, en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 59, 60, 69.



ello, no sería viable. Por el contrario, las agencias regulatorias tienen una máxima capacidad de asegurar cooperación cuando pueden escalar amenazas crecientes respondiendo al grado de no cooperación de las firmas y a la aceptabilidad moral de su respuesta.

AYRES/BRAITHWAITE entienden que una clara comunicación previa sobre la voluntad del Estado de escalar la pirámide de estrategias (de la autorregulación y sus sanciones disciplinarias al mandato y control) puede proveer los incentivos necesarios a las empresas y las agencias estatales para lograr el cumplimiento de las normas con menores niveles de intervención<sup>1118</sup>. De este modo, lo que se pretende es persuadir a las personas jurídicas con el fin de que adopten las medidas internas necesarias para evitar los hechos delictivos: el Derecho penal intervendrá sólo cuando ya han fracasado las otras alternativas<sup>1119</sup>. Lo propio ocurre con las personas físicas: la primera intervención debería tener lugar por medio de las sanciones informales así como de las disciplinarias y, eventualmente, administrativas, pasándose a la intervención penal recién frente a infracciones graves<sup>1120</sup>.

Este modelo, ya explorado en relación con la prevención y castigo del BdeC<sup>1121</sup>, supondría ciertas reformas en la interrelación entre Derecho administrativo y Derecho penal así como en la consideración de la

---

<sup>1118</sup> Todo conf. RODRIGUEZ VILLAR, P./BERMEJO, M.G.; *Prevención del Lavado de Dinero en el Sector Financiero*, p. 55. Esto no significa que el modelo esté exento de problemas: así, se ha afirmado que puede ser inadecuado para riesgos potencialmente catastróficos, que moverse hacia abajo en la pirámide puede ser complejo o que existen actores del mercado que pueden ser irracionales e incompetentes de forma tal que resulte inadecuado comenzar en estos casos proveyendo información, educación o persuasión. Sobre estas críticas y otras ver BALDWIN, R./BLACK, J.; “Really Responsive Regulation”, *LSE Working Papers 15/2007*, pp. 7-11.

<sup>1119</sup> NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 274 y ss.

<sup>1120</sup> La pirámide de sanciones y estrategias regulatorias es de aplicación tanto a las personas jurídicas como a las personas físicas, en cuanto considera necesario coordinar ambos tipos de responsabilidad. En el ámbito de las personas físicas son las sanciones disciplinarias las que se encuentran en la base de la pirámide mientras que la pena privativa de libertad sólo aparece en el sexto escalón del modelo de Ayres/Braithwaite. Incentivar las sanciones disciplinarias por medio de la autorregulación empresarial es una finalidad del modelo ya que resultan menos costosas (más eficientes) que las sanciones jurídico-penales. El marco de sanciones que este modelo propone para las personas físicas es convencional: pena de prisión, multas, trabajos en beneficios de la comunidad; en todo caso es su integración en una perspectiva de política jurídica novedosa lo que la vuelve diferente; todo conf. FISSE, B./BRAITHWAITE, J.; *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 140 y ss, 144. NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 276.

<sup>1121</sup> Ver RODRIGUEZ VILLAR, P./BERMEJO, M.G.; *Prevención del Lavado de Dinero en el Sector Financiero*, p. 55.

autorregulación. Sin embargo, el modelo que se ha ido consolidando en la prevención y castigo del BdeC no parece encontrarse demasiado lejos de estas posibilidades. La vigencia de un modelo que combina sanciones administrativas y consecuencias jurídico-penales (heterorregulación) con la autorregulación, en relación tanto con la responsabilidad de las empresas como con la de sus directivos y empleados, permite considerar que el régimen legal vigente podría permitir una orientación con estos criterios<sup>1122</sup>.

## **V. Sumario y orientación**

Las regulaciones europea y española para prevenir el blanqueo de capitales imponen a personas físicas (notarios, abogados, etc.) y a organizaciones empresariales (bancos) el deber de evitar ser utilizadas para el blanqueo de capitales debiendo para ello no ejecutar operaciones sospechosas de blanqueo (sujeto obligado/gatekeeper) e informarlas al Estado (sujeto obligado/whistleblower).

En el caso de las personas físicas/sujeto obligado la regulación de los deberes resulta menos compleja que en el ámbito de las empresas/sujeto obligado. Si estas entidades y sus directivos o empleados infringen sus deberes de colaboración deben sufrir consecuencias jurídicas por vía administrativa o penal y privados de los beneficios económicos de las operaciones sospechosas de blanqueo debido a que, de otro modo, los grandes beneficios que pueden obtenerse del blanqueo así como los elevados costes del sistema de prevención llevarían a que las empresas y directivos se decidieran por blanquear.

En efecto, si se parte del supuesto conductual de racionalidad de los directivos y empleados, considerando que pueden existir beneficios económicos y reputacionales de incumplir las normas a la vez que los costes de dicha conducta infractora se ven reducidos por la baja probabilidad de imposición de las sanciones formales (en virtud de los problemas de imputación) y de las sanciones informales (en virtud de la vigencia de técnicas de neutralización que impiden los costes morales y reputacionales), puede predecirse que los individuos se decidirán por blanquear (ya sea de forma dolosa, imprudente o con ignorancia deliberada).

---

<sup>1122</sup> Para un análisis de los elementos básicos que debería incluir el paquete legal de este modelo, ver FISSE, B./BRAITHWAITE, J.; *Corporations, Crime and Accountability*, p. 140 y ss.

En las organizaciones empresariales operan factores criminógenos, como la división del trabajo, la fragmentación de la información, la existencia de una deficiente cultura empresarial así como la dependencia de los empleados de su puesto laboral. Por ello, puede decirse que si debido a dichos factores la organización empresarial presenta oportunidades para cometer el delito de blanqueo de capitales (en su modalidad dolosa o imprudente), debe considerarse como instrumento de control la apelación a una específica técnica de prevención situacional del delito: *establecer, explicar o clarificar reglas o normas de conducta*. De este modo, se pueden identificar con claridad los deberes atribuibles a cada miembro de la organización de forma de incrementar la probabilidad de imputación y, con ello, de imposición de sanciones formales, así como neutralizar las técnicas de neutralización que puedan hallarse vigentes y, con ello, incrementar los costes morales y reputacionales.

*En ausencia de una adecuada autorregulación de la empresa, la eficacia del sistema de prevención puede verse afectada en razón de que las sanciones formales (disciplinarias, administrativas y penales) pueden tener una baja eficacia disuasoria, en virtud de los problemas de atribución de responsabilidad analizados, al tiempo que las sanciones informales pueden verse neutralizadas.* Todo ello indica la necesidad de que los incentivos legales y reputacionales se orienten a promover una autoorganización de la empresa que intervenga sobre dichos factores.

Los *Compliance Programs* representan el concepto clave que remite a dicha organización empresarial articulada con base en diversos fines, valores y procedimientos de prevención del delito en la empresa. Uno de sus elementos esenciales consiste en la elaboración de códigos de conducta que orienten a las personas físicas que desarrollan allí sus tareas. Si estos códigos se hallan correctamente diseñados deberían contribuir, como técnica de prevención situacional, al incremento de los costes jurídicos, morales y reputacionales derivados de la infracción así como a la reducción de sus beneficios (reputacionales y económicos), de modo tal que, conforme la teoría de la elección racional, los costes esperados de la conducta infractora superen a los beneficios y, por ello, el comportamiento desviado no se lleve a cabo.

En el apartado siguiente se considerarán los puntos más importantes desarrollados en el presente capítulo así como en el anterior con la finalidad no sólo de definir las conclusiones de esta Parte Tercera sino también de poner en relación los aspectos más relevantes del sistema de prevención y castigo del BdeC y establecer el marco teórico general para la evaluación de la ya analizada política jurídica (política criminal) orientada a reducir los daños sociales derivados del blanqueo.

## **Conclusiones Generales de la Parte Tercera: La Evaluación del Sistema de Prevención y Castigo del BdeC**

### **I**

1. Las conclusiones de las Partes Primera y Segunda han consistido en una sucinta descripción de los aspectos más relevantes analizados en cada una de ellas. Por el contrario, las presentes Conclusiones Generales no se refieren solamente a los aspectos más importantes de los Capítulos I y II de esta Parte Tercera sino que, de forma algo *sui generis*, pretenden ir algo más allá de las mismas. *Este análisis final consiste en establecer el marco teórico general para indicar de qué modo debe llevarse a cabo la evaluación de la eficacia y eficiencia del sistema de prevención y castigo del BdeC*<sup>1123</sup>.

---

<sup>1123</sup> Sigo en lo sustancial a LEVI, M; “Money Laundering”, en *Crime and Justice* N° 34 (2006), pp. 347 y ss. La ausencia de un marco teórico adecuado para evaluar los costes y beneficios del sistema de prevención del BdeC era una falencia que ya Braithwaite identificaba hace más de diez años y que, a decir de Michael Levi, persiste aún hoy. Braithwaite ofreció uno de los escasos análisis de esta cuestión con base criminológica en el ámbito del BdeC, con la pretensión de llevar a cabo una explícita ponderación de costes y beneficios sociales del sistema de prevención de este delito sentando las bases del modelo que aquí se propone. El criminólogo australiano analizó cuáles eran los costes y beneficios sociales que debían ser considerados en el ACB así como las alternativas de intervención para el Análisis Coste-Eficacia (que incluía la autorregulación regulada o “enforced self regulation”). Sin embargo, este planteamiento fue desarrollado para una etapa en que se entendía que el BdeC aparecía asociado exclusivamente al delito de tráfico de drogas por lo que hoy en día la diversificación de las medidas antiblanqueo a otras actividades delictivas requiere una ampliación de los criterios de evaluación. Así mismo, el planteamiento de Braithwaite es novedoso en relación con el criterio de valoración de las consecuencias (siempre dentro de teorías normativo-éticas de corte consecuencialista): en efecto, el autor se basa en la tradición republicana en Derecho penal y política criminal para confrontar con la tradición bienestarista al proponer que en lugar de la monetización de los resultados el criterio de valoración sea el que propusieran Braithwaite/Pettit en su *Republican Theory of Criminal Justice*, esto es, la “libertad republicana” (*republican liberty*) que denominan “*dominion*”. Este criterio resulta motivado por la negativa de los autores de monetizar el sufrimiento de los adictos y sus familias, las pérdidas humanas o la invasión de privacidad en relación con la prevención del blanqueo de capitales del tráfico de drogas. BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, pp. 657 y ss, 661, 662, 667, 668. LEVI, M; “Money Laundering”, p. 347. Respecto del concepto de “*dominion*”, ver BRAITHWAITE, J./PETTIT, P.; *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 64, 65. Críticos con el concepto de “*dominion*” por su vaguedad y en general con la concepción consecuencialista de Braithwaite/Pettit, VON HIRSCH, A./ASHWORTH, A.; “Not Not Just Deserts. A Response to Braithwaite and Pettit”, en *Oxford Journal of Legal Studies* N° 12 (1992), p. 83 y ss, particularmente sobre el concepto de “*dominion*” ver pp. 85, 87.

2. En el *Capítulo I* de esta Parte Tercera (*“La Racionalidad del Sistema de Prevención y Castigo del BdeC”*) se afirmó que los instrumentos de prevención y castigo del blanqueo tienen como objetivo último el *decomiso de los bienes* (que evita que con ellos se pueda consumir u obtener una renta) y *su utilización como prueba del delito cometido* (que tiene como finalidad mantener la eficacia disuasoria de la pena establecida para el delito previo). Para cumplir esta doble finalidad resulta necesario que existan agencias encargadas de cumplir con un requisito previo: la *identificación del origen ilícito de los bienes*. Esto se logra por medio de la *intervención directa* de las diferentes agencias del Estado encargadas de la investigación del delito: policía, fiscalía, agencias especializadas (las Unidades de Información Financiera, como el SEPBLAC, en el caso del BdeC), etc. Sin embargo, en el caso del BdeC se apela, así mismo, a la estrategia de “responsabilización” del sector privado (personas físicas o jurídicas) como estrategia de *intervención indirecta* para la identificación de los bienes: estos agentes privados prestan su apoyo a los agentes públicos para satisfacer las funciones de la Administración de Justicia (decomiso y castigo) por medio de su colaboración en la identificación de bienes que vayan a dirigirse al blanqueo (es decir, a la ocultación del origen ilícito de los mismos y, por ende, a la frustración del decomiso y castigo). Estos agentes del sector privado colaboran cumpliendo la función de *gatekeepers* y *whistleblowers* (sujeto obligado/gatekeeper y sujeto obligado/whistleblower respectivamente): los deberes de no ejecutar operaciones sospechosas de blanqueo y, a la vez, de reportarlas al SEPBLAC responden respectivamente a dichas funciones.

3. En el *Capítulo II* de esta Parte Tercera (*“Intervención Indirecta: Los Compliance Programs para la Prevención del BdeC”*) se ha analizado la forma que adquiere la regulación de los deberes de colaboración de los sujetos obligados cuando se trata de empresas: frente a las alternativas de la heterorregulación jurídica o la autorregulación aparece la “autorregulación regulada” como una forma mixta que pretende mantener los niveles de eficacia del mandato y control pero reduciendo sus costes aprovechando la autorregulación empresarial. Aquí aparecen como elemento central los, así denominados, *Compliance Programs*, término que he traducido como “programas de cumplimiento” y que refiere a la autorregulación empresarial que tiene lugar como medio de cumplimiento de deberes legalmente establecidos y que, para considerarse que cumplen con dicho mandato, deben respetar estándares de calidad provenientes de normas técnicas. Argumenté que el objetivo de esta organización interna de la empresa consiste en disuadir a los propios miembros de la empresa de incumplir las normas jurídicas, para lo cual resulta necesario la elaboración de un código de conducta interno que determine los roles

que deben cumplir los diferentes miembros a tal fin. Dicho código debe estar reforzado para cumplir sus fines con un sistema de sanciones de carácter creciente que llega a la sanción jurídico-penal por BdeC para directivos, encargados de prevención del blanqueo (*Geldwäschebeauftragter*) y empleados. Así mismo, ya en relación con la empresa (la persona jurídica) se analizó una pirámide de sanciones que cumpla con la finalidad de disuadir a los decisores con más poder de incumplir con el deber de establecer dicho programa de cumplimiento.

4. La propuesta que, con base en lo expuesto en el presente trabajo, se afrontará en los siguientes apartados establece las bases teóricas para un trabajo empírico que no puede desarrollarse aquí. Puede adelantarse que dicha evaluación debe considerar tanto el *análisis positivo* como el *análisis normativo*. Este último se realiza tanto en el *Análisis Coste-Beneficio* de las medidas de prevención en relación con la lesividad social de la actividad de blanqueo así como en el *Análisis Coste-Eficacia* que considera los medios de intervención menos costosos para el logro de los fines de la política jurídica orientada a la reducción de la actividad de BdeC<sup>1124</sup>.

---

<sup>1124</sup> Que el análisis de eficiencia debe cumplir un papel fundamental en la evaluación de la política jurídica y de la política criminal parece ser una cuestión cada vez menos controvertida. Reclamando un ACB de la política criminal, TAMARIT SUMALLA, J.M.; "Política criminal con bases empíricas en España", en *Política Criminal* N° 3 (2007 A8), p. 3. Obsérvese el reflejo de este planteamiento en el ámbito de la intervención policial cuando un Comisario Jefe de la Brigada de Delincuencia Económica y Financiera afirma: "Cuando planificamos una investigación de blanqueo de dinero, lo primero que tenemos que plantearnos, al igual que en cualquier otra, es la rentabilidad de la misma. El no disponer de los recursos humanos y medios materiales que serían deseables, nos obliga a un primer análisis y valoración sobre la necesidad de la investigación, los fines que perseguimos, los indicios que poseemos, la viabilidad de que éstos prosperen y los recursos que vamos a tener que dedicarles". SEVERINO GONZÁLEZ; "Las tipologías de blanqueo en España (III): investigaciones policiales sobre blanqueo de dinero y problemática más frecuente", en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 108. Una cuestión distinta al ACB y al Análisis Coste-Eficacia es la vinculada a la *distribución de los costes del sistema de prevención*. En particular, se trata de considerar los costes que deben asumir los sujetos obligados y, sobre todo, las empresas que deben constituir programas de cumplimiento para cumplir con los deberes de colaboración. En relación con esta cuestión se ha objetado que no es equitativo que los sujetos privados deban soportar los costes de prevención y se presenta como argumento el principio de que las medidas que se toman por terceros en interés de la comunidad han de ser costeados por ella misma. Así, y proponiendo que los gastos sean cubiertos mediante el dinero obtenido del decomiso de las ganancias de origen delictivo, FÜLBIER, A.; "Geldwäscherei: Bankangestellte im Dienst der Ermittlungsbehörden", *WM*, 1990, p. 2030, cit. en BLANCO CORDERO, I., "Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales", Comares, Granada, 1999, pp. 25, 26. Sin dejar de mencionar que esta es una cuestión de *justicia distributiva* que no es menor, debo también decir que la cuestión de la distribución de costes y beneficios es una cuestión que cae

## II

5. La evaluación del sistema de prevención y castigo del BdeC debe incluir un *análisis positivo* de las respuestas de los individuos a los incentivos establecidos por las normas heterorregulatorias y autorregulatorias. Así, puede decirse que la evaluación del sistema de prevención y castigo del BdeC implica analizar: 1. el efecto disuasorio de las sanciones (u otras consecuencias jurídicas) con que se amenaza a las empresas para incentivar la implementación de los *Compliance Programs*; 2. el efecto disuasorio de los programas de prevención y las sanciones disciplinarias, administrativas y penales (esta última, usualmente, en relación con la aplicación del tipo imprudente de blanqueo) sobre los directivos, órganos y empleados de las empresas/sujeto obligados (bancos, sociedades de bolsa, etc.) así como sobre las personas físicas/sujeto obligado (notarios, abogados, etc.); 3. el efecto disuasorio de las medidas penales sobre los blanqueadores que actúan con dolo directo; 4. el efecto disuasorio de todo este sistema sobre los intervinientes en el delito que da origen a los bienes (considerando si se ha incrementado la probabilidad de condena y decomiso relativos a dicho delito). La determinación de la eficacia disuasoria de estas medidas es compleja, ya que a pesar de que se tenga claro que se debe intervenir sobre un fenómeno social, como el BdeC, en virtud de la lesividad social del mismo, la dificultad en esclarecer si tales medidas (y el nivel de *enforcement*) son idóneas para el fin buscado (la reducción de la actividad) y en qué medida (qué tasa de reducción) dificulta sustancialmente la ponderación de si debe apelarse a ellas o a otras medidas alternativas<sup>1125</sup>.

6. Por su parte, en relación con el *análisis normativo* la aplicación del ACB a la prevención del BdeC supone, en primer lugar, considerar el daño

---

fuera del análisis positivo y normativo del AED y que, por ende, no puede ser aquí abordada. Sin embargo, destacar que son aspectos teóricos diferentes tiene una importante implicación: la inadecuación del sistema de prevención y castigo del BdeC al criterio de equidad no parece difícil de resolverse desde el punto de vista técnico por vía del sistema tributario (compensación a las empresas de los costes económicos de los *Compliance Programs* en su carga tributaria) mientras que la eficiencia de dicho sistema presenta una complejidad técnica bastante superior; si no se hace una correcta distinción entre una y otra cuestión podrían soslayarse las importantes y diferentes cuestiones implicadas. Así, si el sistema de prevención y castigo resultara eficiente la eventual inequidad del mismo no debería de modo alguno llevar a su deconstrucción sino, por el contrario, a aprovechar la información acerca de los costes privados considerados en el ACB y Análisis Coste-Eficacia como insumo para resolver las mencionadas compensaciones por vía tributaria.

<sup>1125</sup> Conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 7.

social derivado de la actividad de blanqueo (efecto criminógeno, efecto incremento del poder económico del crimen organizado y efecto anticompetitivo) e incrementar los costes de prevención hasta el punto en el que los costes marginales del sistema de prevención y castigo sean superiores a los beneficios marginales que de él se obtienen (en términos de reducción de la lesividad del blanqueo): aun cuando pueda ser difícil cuantificar la lesividad social del blanqueo, considerando la gravedad de la misma puede afirmarse que se justifica (desde el criterio de eficiencia) una asunción de cuantiosos costes de prevención. *Debe tenerse en cuenta que **la prevención del BdeC en sí misma es sólo un objetivo inmediato**; el verdadero objetivo es el volumen de delitos previos, tal vez considerados con base en su diversa lesividad social (considerando en ello la existencia de crimen organizado). A ello puede agregarse, en todo caso, si los datos empíricos lo evidencian en el caso concreto, la lesividad social derivada de la afectación de la competencia en el mercado*<sup>1126</sup>.

7. Las dificultades para determinar la lesividad social del BdeC es una de las barreras más importantes para llevar a cabo el ACB del sistema de prevención del mismo<sup>1127</sup>. En efecto, resulta fundamental una clara apreciación de los costes sociales causados por el BdeC: si la lesividad social del mismo se redujera a la afectación de la competencia en el mercado o del tráfico lícito de bienes en el mercado difícilmente podrían justificarse desde el punto de vista del ACB los altísimos costes de prevención (tanto para el sector público como para el privado) que pueden apreciarse actualmente en el sistema de prevención del BdeC. Sería ineficiente desde el punto de vista de la reducción de los costes sociales globales. Esta interpretación debería dar lugar a un pronto

---

<sup>1126</sup> Esto permite establecer distinciones en la persecución del BdeC de diferentes delitos: por ello, se ha sostenido en el presente trabajo que puede resultar eficiente para una sociedad, desde el punto de vista de la ponderación de costes y beneficios sociales, legalizar el blanqueo de bienes provenientes de la evasión de los impuestos establecidos por la misma sociedad mientras que podría resultar ineficiente (o inaceptable por otras razones) hacer lo propio con otros delitos. En el mismo sentido, considerando potenciales efectos no deseados de la regulación contra el blanqueo en el ámbito del tráfico de drogas, dice Braithwaite: “*se debe hacer notar que aun cuando la nueva regulación contra el blanqueo de capitales produzca más costes (harm) que beneficios (good) en relación con el problema de las drogas puede que ello no sea el caso en relación con otros problemas como la evasión internacional de tributos*”. BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, p. 663.

<sup>1127</sup> En efecto, a mayor lesividad social de un tipo de conducta mayor puede ser la cantidad de recursos utilizados para su prevención: el criterio de eficiencia, entonces, manda utilizar mayores recursos públicos o privados para reducir dicha actividad ya que el coste social (lesión a bienes individuales o colectivos) que se quiere evitar también se incrementa. Resulta evidente que también se llega a la misma cuestión por adición, si se suman diversos bienes o una mayor capacidad de lesión por tratarse de una organización dedicada a dicha actividad (crimen organizado).



desmonte del sistema por la evidente desproporción de los costes asumidos en la evitación de aquellos daños sociales. *Por el contrario, aun antes de una cuantificación detallada, el análisis propuesto en la Parte Segunda respecto de la lesividad social del blanqueo ya anticipa una aproximación distinta: los daños sociales que producen los delitos que dan origen a los bienes derivados del blanqueo así como el incremento del poder económico del crimen organizado, a lo que puede sumarse el efecto anticompetitivo que en ciertos casos puede ocasionar el blanqueo, suponen una lesividad social que es la que inspiró las normas internacionales y nacionales en la materia y justifica una importante inversión de recursos públicos y privados en su reducción* (la cuantificación de los costes de prevención debe incluir tanto los costes públicos como privados).

8. Por su parte, el Análisis Coste-Eficacia interviene una vez establecida una finalidad político-criminal (verbigracia, la reducción de la actividad de blanqueo -y/o de la actividad delictiva que da origen a los bienes- en un 20% en un plazo de cinco años) seleccionando los medios menos costosos para lograr aquel objetivo de política jurídica (política criminal). Así, debe escogerse, por ejemplo, entre la exclusiva intervención directa del Estado o su combinación con una alternativa de intervención indirecta (responsabilización del sector privado).

9. En efecto, el sistema de prevención del BdeC basado en la responsabilización del sector privado puede incrementar la eficiencia (en sentido normativo-técnico) de la aplicación de la ley (*enforcement*), lo que resulta un efecto distinto de la reducción de los delitos previos. Así, aun cuando la tasa de decomisos y condenas por los delitos que dan origen a los bienes y el consecuente nivel de actividad delictiva se mantengan constantes, la responsabilización será eficiente si ese mismo nivel de disuasión puede lograrse por medios menos costosos socialmente. De este modo, la intervención indirecta del sector privado resulta justificada (eficiente en sentido normativo-técnico) si resulta menos costosa que la intervención estatal directa<sup>1128</sup>: el Análisis Institucional Comparado puede aplicarse para evaluar distintas alternativas regulatorias. Entre estas alternativas deben considerarse diversas opciones posibles incluyendo la

---

<sup>1128</sup> Michael Levi comete un error analítico al afirmar que *“los instrumentos de prevención del BdeC podrían permitir que el mismo número de ofensores sean detenidos y condenados a un menor coste (al menos menor para el gobierno ya que las externalidades son pagadas por el sector privado y los usuarios de estos servicios)”*, ya que existe unanimidad entre los analistas económicos del Derecho en que el coste social global del delito debe incluir tanto los costes públicos como privados. De ello se deriva que si el coste social global aumentara porque resulta más costoso responsabilizar al sector privado (intervención indirecta) que la intervención directa del Estado para identificar el origen ilícito de los bienes, entonces este modelo no podría justificarse desde el criterio de eficiencia por el mero hecho de que sea el sector privado el que deba asumir los costes. Ver LEVI, M; “Money Laundering”, p. 349.

de prescindir de la criminalización de una conducta o de la pena privativa de libertad (la privación de la libertad supone importantes costes sociales)<sup>1129</sup>.

10. Así mismo, una vez resuelta la cuestión de la mayor eficiencia (en sentido normativo-técnico) de la responsabilización del sector privado en comparación con la exclusiva intervención directa de agencias estatales aún queda pendiente la cuestión (también de eficiencia en sentido normativo-técnico) de si la regulación de los deberes que deben cumplir los agentes del sector privado como producto de esta responsabilización serán impuestos por vía heterorregulatoria o autorregulatoria: así, en relación con esta cuestión, BRAITHWAITE propone que se considere “apoyarse en la autorregulación bancaria en lugar de la criminalización de la banca”<sup>1130</sup>. El propio autor, en línea con los desarrollos regulatorios analizados en el presente trabajo, entiende que la “autorregulación regulada” puede ser una alternativa eficiente a la heterorregulación representada por el mandato y control ya que permite diseñar normas adecuadas a la actividad y dimensión de cada sujeto obligado aprovechando, a la vez, la creatividad del sector privado. De todos modos, esto no obsta a que las normas autorregulatorias obtengan el refuerzo de las sanciones administrativas y penales en caso de infracciones graves, en línea con la pirámide de sanciones ya analizada.

11. En efecto, si con base en razones de eficiencia se resuelve el dilema político-criminal de “Exclusiva Intervención Directa del Estado vs. Intervención Conjunta del Estado con el Sector Privado” en beneficio de esta última, aún queda por definir si el contenido de los deberes derivados de esta intervención indirecta obligatoria será regulada por medios heterorregulatorios (mandato y control) o corregulatorios -la pura autorregulación desaparece como alternativa si se opta por promover la responsabilización-: la autorregulación regulada (corregulación) aparece como *prima facie* más eficiente que la alternativa del mandato y control si se considera la diversidad de sujetos obligados y las diferencias en la dimensión de las empresas implicadas. Si bien el enfoque teórico y la realidad del objeto al que se aplica parece permitir interpretar que estas

---

<sup>1129</sup> Así, en este sentido, Braithwaite dice que “*si existe una alternativa para lograr los objetivos de política pública que sea tan eficaz como la criminalización debe optarse por esta otra alternativa*”. BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, p. 663.

<sup>1130</sup> BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, p. 663.

son las alternativas institucionales eficientes (Análisis Coste-Eficacia) todo ello, sin embargo, aparece sujeto a una evaluación posterior<sup>1131</sup>.

12. Ahora bien, el criterio más importante para evaluar los resultados (los beneficios) del sistema de prevención del blanqueo es el volumen de las actividades delictivas<sup>1132</sup>. Más allá del problema contrafáctico (cuánta actividad delictiva previa habría sin el sistema de prevención del BdeC) hay un problema fundamental al medir el nivel de actividad delictiva que da origen a los bienes. En efecto, si bien esta evaluación de resultados es un componente importante de una política pública responsable, en la realidad no resulta fácil identificar, por ejemplo, una reducción de un 10% en el volumen del delito del que provienen los bienes y más difícil aún encontrar la causa de dicha reducción en el sistema de prevención del BdeC<sup>1133</sup>.

13. Así mismo, si se entiende que el BdeC es un incentivo para cometer delitos, éstos pueden cometerse tanto en el lugar donde el dinero se blanquea o, como suele ocurrir, en otros países. De este modo, el BdeC en un territorio puede estar creando incentivos para cometer delitos en cualquier otro (la existencia de refugios financieros y funcionarios corruptos así como la calidad del sistema republicano en los países del tercer mundo bien lo indican). En efecto, si el análisis es ya complejo en una sola comunidad mucho más lo es si se incluye la comunidad global: la

---

<sup>1131</sup> También entiende que la autorregulación regulada parece resultar más eficiente pero que las conclusiones definitivas deben estar sujetas a una evaluación empírica, BRAITHWAITE, J.; "Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium", p. 668.

<sup>1132</sup> Un punto de partida alternativo para evaluar la relación entre el sistema de prevención del BdeC y la reducción de la actividad delictiva que da origen a los bienes consiste en ver el blanqueo como un mercado con clientes y proveedores de servicios de blanqueo. Así, se puede analizar el modo en que a través de cambios en la demanda y oferta de servicios de blanqueo se afecta a la vez el precio de los servicios y los beneficios de cometer delitos que dan origen al beneficio económico: por ejemplo, si el BdeC es más difícil (caro), entonces los traficantes de drogas tienen que asumir mayores costes y cargarlos en sus precios, reduciendo así el consumo de drogas. LEVI, M.; "Money Laundering", p. 350. Así mismo, otro indicio de la eficacia del sistema de prevención puede provenir del mercado ilegal de BdeC: el precio que se paga por blanquear bienes de origen delictivo evidencia los costes que deben afrontar los blanqueadores para realizar dicha actividad, debiendo considerarse entre ello, por supuesto, los costes impuestos por el riesgo jurídico. El precio de blanquear bienes de origen delictivo ha aumentado de un 6% a 8% del valor de la transacción a comienzos de los años ochenta hasta un 20%, a mediados de los años noventa. Conf. LEVI, M.; "Blanqueo de dinero: La banca privada se vuelve menos privada", en *Banca Comercial N° 166 (Marzo 2002)*, p. 3.

<sup>1133</sup> Así, en relación con la reducción del tráfico de drogas como el lado del beneficio de la política de prevención del BdeC BRAITHWAITE, J.; "Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium", p. 659.

inexistencia de una red estadística que permita verificar una reducción global de los delitos que dan origen a las ganancias ilícitas así como de la actividad del crimen organizado, del mismo modo que los efectos de desplazamiento y de atracción de las actividades delictivas de un territorio a otro, presentan dificultades de fuste.

14. Ante la dificultad de medir directamente la reducción de la actividad delictiva que da origen a los bienes (que incluye fenómenos tan diversos como el tráfico de drogas, la corrupción de funcionarios o los robos) en la práctica se suele evaluar: a) la relación existente entre los reportes de operaciones sospechosas y las investigaciones criminales exitosas derivadas de dichos reportes: a mayor tasa de investigaciones exitosas mayor será la eficiencia del sistema de prevención, b) el impacto de dichas investigaciones sobre la tasa de condenas y decomiso de los bienes a los intervinientes en los delitos previos: a mayor cantidad de condenas y bienes decomisados mayor será la eficacia del sistema. De este modo, se supone que al incrementarse la eficacia del sistema penal en la imposición de pena y decomiso de las ganancias indicados para el delito que da origen a los bienes, los delincuentes racionales encontrarán menos rentable la actividad delictiva<sup>1134</sup>.

15. Los beneficios del sistema de prevención del BdeC (en términos de reducción de la lesividad social del blanqueo) deben ponderarse con los costes del sistema de prevención<sup>1135</sup>. En estos costes deben incluirse tanto los referentes a las agencias estatales de investigación penal así como a los recursos judiciales y penitenciarios destinados. Así mismo, en el sector privado deben considerarse los costes de implementación de los programas de cumplimiento así como otros costes tales como los

---

<sup>1134</sup> Pieth/Aiolfi afirman, sin embargo, que la respuesta a estas cuestiones es difícil de encontrar en las estadísticas de condena o en la cantidad de dinero decomisado. Por ello, se ha optado por medir el nivel de reporte de operaciones sospechosas que en algunos países ha tenido un progresivo aumento. Sin embargo, cuando se analiza en estos países las estadísticas de investigación y condena por este delito los números menguan dramáticamente a un puñado, lo mismo que ocurre con el decomiso de las ganancias. Así, la eficacia en término de condenas y decomiso de ganancias no parece ser un indicador muy satisfactorio para medir la eficiencia del modelo de prevención. Conf. PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, p. 7. En realidad, todos estos indicadores son, como la mayoría en la justicia penal, ambiguos: el incremento en los reportes puede deberse a un incremento en la eficacia del sistema o a un incremento en la actividad de blanqueo, y lo propio puede decirse del incremento en la tasa de decomiso y condena.

<sup>1135</sup> En este sentido, BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, p. 658.

reputacionales (en casos de errores) o la pérdida de eficiencia en la prestación de sus servicios<sup>1136</sup>.

16. En relación con los costes de la intervención indirecta, los deberes de examen e investigación (deberes secundarios de carácter positivo) funcionan como soporte tanto de la función de sujeto obligado/*gatekeeper* como de la de sujeto obligado/*whistleblower*, encontrándonos, entonces, con una economía de escala<sup>1137</sup>: mientras que los costes marginales de utilizar el examen y la investigación para satisfacer una doble función (en lugar de sólo una) no parecen ser altos, los beneficios marginales deberían incrementarse sustancialmente al proveer la funciones de *gatekeeper* y *whistleblower* beneficios crecientes en términos de incremento en la identificación de bienes de origen ilícito.

### III

17. Existen escasos trabajos que intenten establecer si el sistema de prevención y castigo del BdeC es eficiente en la reducción de la tasa de delitos que dan origen a los bienes así como de los otros efectos lesivos del blanqueo. Esta es una carencia importante dado que los controles son muy costosos, tanto en términos económicos como en el daño potencial a derechos individuales<sup>1138</sup>.

18. Ante estas dificultades LEVI propone algunos criterios para extender el sistema de prevención que se fundan en el criterio de eficiencia. Crear

---

<sup>1136</sup> Así, por ejemplo, dice Braithwaite que debe considerarse: a) ¿Cuál es el coste de eficiencia para los bancos de la regulación contra el BdeC? ¿Cuántos negocios se terminan dirigiendo a bancos no sujetos a regulación?, b) ¿Cuál es el coste para los contribuyentes de las nuevas agencias de cumplimiento de las normas (personal de agencias reguladoras, policía, tribunales, prisiones)?, c) ¿Cuán extensa es la pérdida de privacidad producto del reporte de operaciones?, etc BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, p. 660. Reuter/Truman llevaron a cabo una estimación aproximada para los Estados Unidos de unos siete mil millones de dólares entre el sector público (tres mil millones), el sector privado (tres mil millones) y el público en general (mil millones), sin incluir los costes derivados de los errores. Conf. LEVI, M; “Money Laundering”, p. 362.

<sup>1137</sup> El Diccionario de la Real Academia Española define la economía de escala como el “abaratamiento de los costes unitarios de un producto, logrado al aumentar la cantidad total producida”.

<sup>1138</sup> Según Levi no existen documentos publicados que presenten una evaluación empírica (evaluación ex post) acerca de esta cuestión ni parece existir ninguna investigación que se esté llevando a cabo en esta línea. LEVI, M; “Money Laundering”, p. 362. Como se verá, de todos modos, existen algunos antecedentes de trabajos que han pretendido aproximarse a un análisis de la implementación y evaluación del sistema de prevención y castigo del BdeC.

un sistema que sea verdaderamente comprehensivo, que cubra todas las técnicas por las cuales el capital puede ser blanqueado parece demasiado ambicioso y, al mismo tiempo, podría imponer demasiados costes en términos de privacidad de los individuos. El sistema, dice LEVI, debe estar basado en el riesgo (*risk based*), en el sentido de que se debe tener en cuenta la relación entre el atractivo que presente un ámbito de actividad para estos fines y el coste de someterlo a control.

19. Diversos tipos de estudios empíricos podrían proveer importante información para el desarrollo del sistema: por un lado, información acerca de las técnicas utilizadas por los blanqueadores y los sectores de actividad donde se llevan a cabo; por otro lado, información empírica acerca del modo en que reaccionan frente a las regulaciones contra el blanqueo los intervinientes en los delitos que dan lugar a los bienes<sup>1139</sup> y, por último, estudios acerca del modo en que los blanqueadores y los sujetos obligados reaccionan frente a la amenaza de sanciones.

20. Así mismo, frente a la inaceptable alternativa de desmontar el sistema de prevención y castigo del BdeC debido a las lesivas consecuencias que tendría la legalización del blanqueo (conforme la Parte Segunda), hasta tanto se cuente con un sistema más complejo y elaborado que permita un mejor ACB del sistema de prevención se puede, de todos modos, trabajar en la línea del Análisis Coste-Eficacia en la consideración de alternativas regulatorias que permitan reducir los costes del sistema de prevención: el camino iniciado por el GAFI y la Unión Europea desde el mandato y control hacia la autorregulación regulada y la gestión del riesgo parece ser un aporte interesante en esta línea.

## IV

21. La política criminal dirigida a la prevención y represión del BdeC debe ser objeto de estudios de evaluación e implementación sistemáticos que permitan una permanente consideración ex ante y ex post del funcionamiento del sistema. Esta afirmación no es sólo un mandato derivado de estándares técnicos sino, además, producto de un mandato normativo: la Directiva Europea 2005 afirma en su artículo 33 que “los

---

<sup>1139</sup> Así, Braithwaite afirma que en relación con el tráfico de drogas el sistema de prevención del BdeC podría establecer más obstáculos para las pequeñas organizaciones que para las grandes, que podrían contar con más recursos para evitar la regulación, con la consecuencia de que el mercado de las drogas podría quedar en manos de las organizaciones más poderosas. BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, p. 658.

*Estados miembros garantizarán que estén en condiciones de evaluar la eficacia de sus sistemas de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y, a tal fin, dispondrán de estadísticas exhaustivas sobre cuestiones pertinentes para la eficacia de tales sistemas (...) Dichas estadísticas recogerán, como mínimo, el número de comunicaciones de transacciones sospechosas remitidas a la UIF, el seguimiento dado a dichas comunicaciones y el número anual de asuntos investigados, así como el número de personas procesadas, el número de personas condenadas por delitos relacionados con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo y el volumen de los bienes congelados, incautados o confiscados”.*

22. Estos instrumentos de política jurídica dirigidos a la reducción de la actividad de BdeC deben ser evaluados en tres pasos sucesivos, cada uno más complejo que el anterior: 1º. Evaluar la relación existente entre reportes de operaciones sospechosas e investigaciones criminales exitosas derivadas de dichos reportes: a mayor tasa de investigaciones exitosas por reporte mayor será la eficacia del sistema de prevención; 2º. Evaluar el impacto de dichas investigaciones sobre la tasa de condenas y decomiso de los bienes a los autores de los delitos previos: a mayor cantidad de condenas y bienes decomisados mayor será la eficacia del sistema; 3º. Evaluar la reducción de los daños sociales derivados del BdeC: así, se deberá analizar la tasa de actividad en aquellos delitos previos que se pretende reducir con la política de prevención del blanqueo (reducir el efecto criminógeno) y lo propio debe hacerse con el efecto incremento del poder económico de las organizaciones delictivas conocidas y, eventualmente, con el efecto anticompetitivo.

23. Esta investigación puede llevarse a cabo aunando los métodos de la investigación de implementación y de evaluación. Para ello, se deben exponer de forma abierta las finalidades que se persiguen con la ley (*ratio legis*), analizar las normas de política jurídica que se utilizan para perseguir dichos fines y evaluar su eficacia así como la eficiencia y el ratio coste/beneficio de la relación medios-fines. El Análisis Institucional Comparado permitirá llevar a cabo tanto el análisis positivo como el normativo de distintos entornos institucionales para evaluar sus resultados.

24. Los estudios de evaluación (*Evaluationsforschung*) deben complementarse con estudios de que se orienten a analizar la implementación del sistema de prevención (*Implementationsforschung*). La *Evaluationsforschung* tiene como objetivo una valoración del programa desde la perspectiva del coste, la eficacia y eficiencia, en la que se comparan los resultados obtenidos con las finalidades perseguidas con el

programa<sup>1140</sup>. Esta investigación de evaluación debe llevarse a cabo considerando el mencionado análisis de eficiencia tanto en la relación con reportes de operaciones sospechosas/investigaciones criminales exitosas posteriores, así como el efecto de dichas investigaciones sobre la tasa de condenas y decomiso de los bienes y, por último, en relación con la reducción de los daños sociales derivados del BdeC<sup>1141</sup>. Para esclarecer eventuales desviaciones entre las finalidades y los resultados del programa en la *Evaluationsforschung* se debe recurrir a la *Implementationsforschung* que se concentra en los procesos por los cuales se ejecutan las políticas públicas. De este modo, si bien ambas aproximaciones se encuentran claramente vinculadas, la diferencia entre ellas se encuentra más bien en que las investigaciones de implementación se orientan a una “observación del proceso” mientras que las de evaluación se orientan más bien al resultado<sup>1142</sup>.

25. Las conclusiones de quienes han llevado a cabo trabajos de investigación en la línea de la implementación o la evaluación son diversas. OSWALD (1997) llevó a cabo una investigación criminológica de carácter empírico para analizar la aplicación e implementación de las normas para la prevención y castigo del BdeC en Alemania publicada bajo el título *“Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland”*<sup>1143</sup>. El objetivo de la investigación consistió en identificar qué problemas encontraban en la práctica las nuevas regulaciones de prevención del blanqueo y las posibilidades y límites de una implementación orientada a fines. En particular, interesaba averiguar qué factores perturbadores influían sobre el proceso de implementación para dilucidar la falta de eficacia existente y

---

<sup>1140</sup> OSWALD, K.; *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 110. Sobre la distinción entre implementación y evaluación en la política criminal ver, KAISER, G.; *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 10ª Ed., Müller Verlag, Heidelberg, 1997, p. 60.

<sup>1141</sup> Explicito acerca del análisis de eficiencia de la normas para la prevención y castigo del BdeC y de la necesidad de una evaluación de los costes y beneficios en Alemania, BOTTKE, W.; “Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 1)”, en *wistra* N° 3 (1995), p. 88.

<sup>1142</sup> OSWALD, K.; *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 110. Acerca de la necesidad tanto de análisis de implementación de las normas como de una evaluación de su aplicación en la política criminal, KAISER, G.; “Brauchen wir in Europa neue Konzepte der Kriminalpolitik?”, en *ZRP* N° 4 (2000), p. 151.

<sup>1143</sup> OSWALD, K.; *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Iuscrim, Freiburg, 1997. Un resumen de las conclusiones de este trabajo en OSWALD, K.; “Die Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (§ 261 StGB i.V.m. dem GwG) –eine kriminologisch-empirische Untersuchung“, p. 328 y ss.



los efectos no deseados<sup>1144</sup>. *Los resultados de la investigación evidenciaron que el sistema de prevención y castigo del BdeC parecía tender hacia la ineficiencia en razón de los costes implicados y la baja eficacia en la identificación de los bienes de origen delictivo*<sup>1145</sup>. Algunas de las causas se hallaban en el diseño de las normas legales (así se afirma que el § 261 StGB requiere que se pruebe la relación

---

<sup>1144</sup> Conf. OSWALD, K.; “Die Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (§ 261 StGB i.V.m. dem GwG) –eine kriminologisch-empirische Untersuchung“, p. 328. Se trata de un tipo de investigación empírica orientada a la implementación (*Implementationsforschung*) que tiene como objetivo la explicación causal de las discrepancias presentes entre las normas y la realidad, es decir, entre los fines del programa y los efectos realmente logrados. La investigación viene acompañada de recomendaciones relacionadas con cada una de las falencias identificadas. La metodología utilizada consistió en encuestas a expertos del ámbito de la persecución penal y del sector financiero, en un primer paso, y, en un segundo paso, en los análisis del contenido de 380 expedientes de investigación ya concluidos que fueron iniciados con base en reportes de operaciones sospechosas. OSWALD, K.; *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 5, 110.

<sup>1145</sup> Las conclusiones fueron: 1. En ninguno de los 380 expedientes analizados se llegó a formular acusación por BdeC. El resultado también era poco alentador en los procesos penales: alrededor del 88% de los 1203 procesos terminaron en un sobreseimiento y en ninguno de estos casos se había llegado a formular la acusación. 2. En sólo 3 de los 380 expedientes se logró tomar medidas precautorias provisionales sobre los bienes que, finalmente, fueron liberados, ya que no se pudo sostener luego la sospecha inicial de la vinculación de los bienes con alguno de los delitos catalogados como previos en el § 261 StGB. 3. Oswald afirma que el principal problema para la aplicación de las normas es que el § 261 StGB requiere que se pruebe la relación entre los bienes que se blanquean y un delito concreto establecido en el catálogo y no tanto en la falta de calidad de los reportes de operación sospechosa: la solución propuesta consiste en la ampliación de la lista de delitos catalogados como previos del delito de BdeC. Sin embargo, las causas de la ineficiencia no se agotan aquí sino que se agregan la insuficiente integración de las medidas contra el blanqueo con los medios de investigación que proveen las normas procesales alemanas: para ello se propone mejorar el sistema de vigilancia y escuchas telefónicas. Así mismo, la falta de cooperación entre los diferentes organismos alemanes en virtud de que debido a la estructura federal del Estado alemán se carece de una agencia estatal que reciba los reportes de operaciones sospechosas del sector privado: este problema podría resolverse con una agencia única centralizada. Así mismo, también se encuentran problemas en la cooperación internacional debido a que los organismos de investigación prescindían de ésta en virtud de la lentitud y complejidad de los mecanismos: la propuesta de solución pasa por lograr al menos en el plano europeo una autoridad coordinada para lograr una cooperación más eficiente. Por otra parte, y en relación con la intervención indirecta, los bancos consultados afirmaron que el mayor problema es la dificultad para reconocer los casos de blanqueo, ya que resulta muy difícil distinguir estas operaciones de aquellas completamente legales y, como consecuencia de ello, afirman que los costes impuestos por la regulación no tienen relación con los resultados obtenidos, lo que resulta un caso de ineficiencia; los bancos consideran que la causa de esta ineficiencia yace sobre todo en la gran cantidad de registros que se deben producir por procesos meramente rutinarios: la solución podría presentarse reduciendo la carga de registros a un nivel adecuado. Conf. OSWALD, K.; “Die Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (§ 261 StGB i.V.m. dem GwG) –eine kriminologisch-empirische Untersuchung“, pp. 329-331.

entre los bienes que se blanquean y un delito concreto establecido en el catálogo o la insuficiente integración de las medidas contra el blanqueo con los medios de investigación que proveen las normas procesales alemanas), así como otras de carácter institucional (problemas en la cooperación internacional o la ausencia en Alemania de una agencia estatal que reciba de forma centralizada los reportes del sector privado). Por todo ello, concluye OSWALD que *“la regulación para la prevención del BdeC en Alemania si bien puede considerarse que pueda tener algún efecto disuasorio parece más bien, en vista de los resultados obtenidos de esta investigación, una espada roma”*<sup>1146</sup>. Las propuestas de reforma van en la dirección de intervenir sobre esas causas por vía tanto de las reformas legales (modificación del tipo penal de blanqueo para ampliar el catálogo de delitos previos) como institucionales (mejora de la cooperación, establecimiento de una agencia estatal que concentre los reportes de operaciones sospechosas, etc).

26. Otro trabajo en la línea de la evaluación y la implementación de la política de prevención y castigo del BdeC es la reciente *“Encuesta Mundial sobre la Lucha contra el Blanqueo de Capitales. Cómo afronta la banca este cambio”* llevada a cabo por la consultora KPMG (2004). Este trabajo, que presenta valoraciones más positivas que la anterior respecto de los resultados del sistema de prevención del blanqueo, lleva a cabo una aproximación a la evaluación e implementación del sistema de prevención en la intervención indirecta, es decir en el sector privado y, particularmente, en el sector financiero. *Las conclusiones del trabajo evidencian un compromiso creciente de los directores de la mayor parte de las entidades financieras en la prevención del BdeC así como un incremento de los costes de prevención, como producto de un mayor desarrollo de los procedimientos de conocimiento, control y seguimiento de las actividades económicas de los clientes. Los desafíos futuros, concluye el trabajo, consisten en asegurar que los programas se implementen en los bancos de forma consistente y que la dirección de la entidad pueda estar segura de su eficacia*<sup>1147</sup>.

---

<sup>1146</sup> OSWALD, K.; “Die Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (§ 261 StGB i.V.m. dem GwG) –eine kriminologisch-empirische Untersuchung“, pp. 329-331.

<sup>1147</sup> Las conclusiones pueden resumirse del siguiente modo: 1. *El papel de la Alta Dirección en la lucha contra el blanqueo de capitales*: los directivos consultados afirman que la prevención del BdeC tiene una alta prioridad en los bancos debido a la presión de los organismos internacionales y autoridades nacionales así como a los altos costes reputacionales que dicha actividad supondría para una entidad; 2. *El coste de cumplimiento de la normativa legal en materia de lucha contra el blanqueo de capitales*: los costes se han incrementado sustancialmente en los últimos tres años y ninguno de los encuestados afirmó que se esperaba una reducción en los costes para el futuro mientras que la mayoría espera que se incrementasen aún más en los tres años siguientes; 3. *Políticas y procedimientos*: en los tres años anteriores a la encuesta las tareas más importantes corresponden a un control (*monitoring*) más intenso de las transacciones financieras que son las que explican en mayor medida el incremento de los costes de prevención y la mayoría piensa que así continuarán los tres años siguientes; 4. *Medidas de capacitación*: se han vuelto de central

27. Ambos estudios se concentran en la implementación del sistema de prevención y castigo y se aproximan a una evaluación en relación con los *outputs* inmediatos de éste: identificación del origen ilícito de los bienes y posterior reporte (sujeto obligado/whistleblower) y abstención de ejecución de la operación (sujeto obligado/gatekeeper). Así mismo, el trabajo de OSWALD también busca la relación entre estas prestaciones del sistema y su consecuencia inmediata: el incremento de la tasa de condena por los delitos previos y del decomiso de las ganancias derivadas de aquellos. Así mismo, estos estudios, y particularmente el llevado a cabo por KPMG, han considerado los costes de implementación del sistema de prevención, particularmente en el sector privado.

28. MICHAEL LEVI (2002), por su parte, lleva a cabo una evaluación moderadamente positiva del sistema de prevención del blanqueo en la Banca Privada, incluyendo la reducción de la actividad delictiva que da

---

importancia y las de carácter presencial adquirirán progresivamente más importancia frente a los preponderantes cursos de formación por Internet para los empleados; 5. *Estrategia global contra el blanqueo*: conseguir desarrollar una estrategia global contra el blanqueo representa un gran desafío ya que si bien cerca de dos tercios de los consultados afirman que en su institución existe una estrategia general contra el BdeC, ésta tiene lugar sólo en el plano local; 6. *Contenido de los programas de cumplimiento*: cerca de dos tercios de los entrevistados son conscientes de la importancia del contenido de los programas anti-blanqueo; 7. *La evaluación y control externo de los programas de cumplimiento*: la mayor parte de los entrevistados cuentan con una evaluación formal independiente de sus programas de prevención del blanqueo que se lleva cabo por medio de instancias internas o externas; 8. *Los bancos se orientan por un principio de gestión del riesgo*: las entidades financieras se orientan para la prevención del BdeC por el principio de gestión del riesgo: así, a mayor riesgo mayores son los controles sobre los clientes; 9. *La cantidad de reportes de operaciones sospechosas crecen en todo el mundo*: dos tercios de los bancos afirman que en los tres años anteriores han reportado una cantidad mayor de operaciones sospechosas, lo que se atribuye a los mayores beneficios que aportan los sistema de seguimiento electrónico (EDV) y que permite suponer que resulta eficiente la inversión en estos sistemas; 10. *La relación con las autoridades*: la carga que suponen las exigencias de las autoridades son en general consideradas como aceptables pero una importante cantidad de entrevistados considera que el coste impuesto por las normas legales y administrativas en la lucha contra el BdeC podría ser utilizado de forma más eficaz. Así, en relación con ello se expresa el deseo de un mayor intercambio con las autoridades y con las unidades de información financiera así como una mejor coordinación de las estrategias contra el BdeC en el plano global. Ver KPMG, *Encuesta Mundial sobre la Lucha contra el Blanqueo de Capitales. Cómo afronta la banca este cambio*, (2004), en [http://www.sepbilac.es/espanol/informes\\_y\\_publicaciones/kpmg\\_informe.pdf](http://www.sepbilac.es/espanol/informes_y_publicaciones/kpmg_informe.pdf), (visitada el 21 de agosto de 2008).

El resumen de los resultados de cada uno de estos aspectos del informe puede verse en HEISSNER, S.; "Geldwäsche in der Wirtschaft – deutsche und weltweite Entwicklungen", en *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen. Präventive und repressive Massnahmen vor dem Hintergrund des 11. September 2001*, Gropp/Sinn (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 567-571.

origen a los bienes, con recomendaciones para el futuro desarrollo del mismo con las siguientes conclusiones: 1. El efecto directo y a corto plazo de los informes sobre BdeC ha sido modesto en lo que respecta a enjuiciamientos y confiscaciones; 2. Los informes sobre transacciones sospechosas no ilustran el potencial de los sistemas informativos. Por el contrario, reflejan los recursos limitados que destinan a dichos sistemas los funcionarios, banqueros, investigadores y fiscales y, por otra parte, también reflejan el intrincado marco legal; 3. Sin embargo, según su evaluación, el mundo no transparente que participa en los servicios financieros se está reduciendo sin duda alguna: la banca privada es cada vez menos privada. Las empresas, contables y firmas legales están sujetos a importantes riesgos reputacionales y legales como efectos de la regulación y autorregulación empresarial preventiva; 4. En relación con la reducción de la actividad delictiva que da origen a los bienes, el autor afirma en relación con la corrupción que las políticas contra el BdeC han convertido el soborno en un acto más arriesgado tanto para la parte empresarial como para los receptores del mismo; 5. También es positiva la evaluación en relación con los países no cooperadores, ya que afirma que las medidas contra todos los delitos relacionados con el BdeC, como la corrupción, el crimen organizado y la competencia tributaria deshonestas, han desgastado la soberanía nacional en estos temas; 6. Menos progresos se han hecho, según el autor, para poner freno al uso de sociedades, fondo mutuos o de otro tipo como instrumento de encubrimiento, en donde deberían centrarse los futuros esfuerzos internacionales contra el blanqueo; 7. Así mismo, afirma que se requiere una gobernabilidad empresarial reforzada, que cuente con el respaldo tanto de auditorías internas como externas, ya que cumplen un papel clave en el descubrimiento de indicadores de advertencia; 8. Así mismo, indica que es importante tener presente que cualquier pauta tendrá que anticipar nuevas medidas contrarias por parte de aquellos que intentan colocar los bienes; 9. Por último, recomienda que se haga un cambio constante hacia las prácticas de evaluación, lo que tendrá mayor utilidad que las leyes y regulaciones en proceso<sup>1148</sup>.

29. Este tipo de estudios debería ser complementado por otros más integrales que incluyan un dato fundamental para llevar a cabo el ACB del sistema: cuáles son los beneficios del sistema en términos de reducción de la actividad delictiva que da origen a los bienes. Así mismo, y si es el caso, también se debe analizar si se ha reducido el poder económico del crimen

---

<sup>1148</sup> Sin embargo, el autor, un reconocido experto en estudios sobre BdeC (varios de los cuales se citan en la presente investigación), no refiere aquí a las fuentes que le permiten llegar a tales conclusiones, lo que limita, de algún modo, la validez de sus apreciaciones LEVI, M.; “Blanqueo de dinero: La banca privada se vuelve menos privada”, pp. 8, 9.

organizado y, eventualmente, la lesividad a la leal competencia. Si el sistema de prevención y castigo del blanqueo no provee a un incremento en la tasa de condenas y decomisos por aquellos delitos no resulta esperable (conforme el supuesto conductual del agente racional) una reducción en dichas actividades delictivas: si esto fuera así, podría afirmarse que el sistema sería altamente ineficiente ya que poseería elevadísimos costes de implementación con nulos o irrisorios beneficios de reducción de la lesividad social del blanqueo (o al menos del efecto criminógeno que parece constituir el elemento central de dicha lesividad). Sin embargo, si fuera de otro modo, es decir si los costes de prevención y castigo dieran lugar a una progresiva reducción de la criminalidad y del poder económico del crimen organizado (sin olvidar, también, el eventual daño a la leal competencia) el sistema comenzaría a tender a la eficiencia.

30. Todo lo expresado constituye las piezas centrales de un Análisis Coste-Beneficio de la política criminal orientada a una reducción de los costes sociales globales del BdeC y de un Análisis Coste-Eficacia que considere las alternativas menos costosas para lograr los fines deseados, partiendo del supuesto de que, tal como ya se ha afirmado, se trata de una actividad que debe ser disuadida y no incentivada. Todo ello, tal como se ha expresado en la Parte Primera, en el marco de las restricciones éticas y jurídicas derivadas del discurso de los Derechos Humanos y del Estado de Derecho: la eficiencia es un valor que integra el concepto de justicia, pero ésta de ningún modo se agota en aquélla.



## **Conclusiones Finales**





1. La utilidad que proveen para el diseño de política jurídica tanto el supuesto conductual de racionalidad de los individuos como el Análisis Coste-Beneficio y el Análisis Coste-Eficacia se analizó en la *Parte Primera* del presente trabajo. La justificación de esta aproximación a los problemas jurídicos no ha pretendido minimizar algunas cuestiones importantes: qué valor debe asignarse a los bienes en juego, cuál/es debe/n ser el/los criterio/s de valoración (disposición a pagar, libertad, etc.), la verificación empírica de los efectos de la legislación penal o de otras decisiones político-criminales, etc. En todo caso, entiendo que la pretensión de que esta aproximación resulta plausible para afrontar las cuestiones relacionadas con la prevención y castigo del BdeC ha quedado suficientemente fundada a lo largo de las Partes Segunda y Tercera.

2. En la *Parte Segunda* se utilizó el criterio de eficiencia para analizar los costes y beneficios sociales del BdeC (análisis normativo), partiendo del supuesto conductual de racionalidad de los individuos (análisis positivo). Así, con base en el estudio comparativo de diferentes entornos institucionales (legalización, prohibición parcial, prohibición total), he concluido que el BdeC puede ser origen de importantes *beneficios económicos* para las sociedades que reciben la inversión de los bienes, lo que estará en relación directa con la cantidad de los bienes blanqueados. Así mismo, he argumentado que el blanqueo causa *tres tipos de daños sociales*: a) el *efecto criminógeno*, que es un efecto compartido por toda forma de blanqueo de bienes de origen delictivo; b) el *efecto incremento del poder económico de las organizaciones delictivas*, que también puede predicarse de ciertas formas de blanqueo: aquellas que se vinculan con delitos cometidos por organizaciones y que se invierten en activos estables en la economía y c) el *efecto anticompetitivo*, que se presenta sólo en aquellos casos en que el blanqueo presenta las características de tratarse de grandes sumas de capital que se invierten en la producción de bienes o servicios, causando un daño suficiente a la competencia. La particular importancia de los efectos lesivos en general y en particular el hecho de que muchos de estos efectos tienen lugar en territorios distintos a donde se blanquean los capitales aportan una clara justificación de la prohibición de la actividad.

3. En la *Parte Tercera* se han analizado las finalidades político-criminales que se persiguen con el sistema de prevención de BdeC así como los instrumentos legales dispuestos para ese fin y se ha llevado a cabo la distinción entre la intervención directa e indirecta para lograr que dichos instrumentos sean eficientes en la persecución de los mismos (Capítulo II); luego se analizó la intervención indirecta por medio de la responsabilización del sector privado en la prevención y, particularmente, el contenido de los programas de prevención que se deben implementar

en el sector privado. Con esta información, y sobre la base de la lesividad social del BdeC analizada en la Parte Segunda, se puede elaborar el marco teórico general para llevar a cabo un análisis de eficiencia del sistema de prevención y castigo del BdeC.

4. A efectos analíticos, se ha considerado que el BdeC supone diferentes estructuras de agentes (tripartición), los que son considerados actores racionales: por un lado, el autor del delito previo (individuo infractor) que tiene interés en blanquear los bienes, por otro lado, el blanqueador que actúa dolosamente (blanqueador de capitales) proveyendo el servicio de blanqueo al infractor y, por último, el evitador –verbigracia, el notario- (intervención indirecta) que si actúa de forma imprudente, con dolo eventual o con ignorancia deliberada también interviene en el blanqueo de los bienes.

5. En lo que se refiere a la racionalidad político-criminal que persigue el sistema de prevención y castigo del BdeC se ha afirmado que los instrumentos de prevención del blanqueo tienen como objetivo último el *decomiso de los bienes* (que evita que con ellos se pueda consumir u obtener una renta) y *su utilización como prueba del delito cometido* (que tiene como finalidad mantener la eficacia disuasoria de la pena establecida para el delito previo). Para cumplir esta doble finalidad resulta necesario que existan agencias encargadas de cumplir con un requisito previo: la *identificación del origen ilícito de los bienes*. Para ello resulta necesaria la *intervención directa* de las diferentes agencias del Estado encargadas de la investigación del delito: policía, fiscalía, agencias especializadas (las Unidades de Información Financiera, como el SEPBLAC, en el caso del BdeC), etc. Sin embargo, en el caso del BdeC se apela, así mismo, a la estrategia de “responsabilización” del sector privado (personas físicas o jurídicas) como estrategia de *intervención indirecta* para la identificación de los bienes: estos agentes privados prestan su apoyo a los agentes públicos para satisfacer las funciones de la Administración de Justicia (decomiso y castigo), por medio de su colaboración en la identificación de bienes que vayan a dirigirse al blanqueo.

6. Esta responsabilización del sector privado consiste en atribuir una doble función a diversos sujetos obligados a colaborar en la prevención: a) la función de *gatekeeper*, por la que deben impedir el acceso de los bienes de origen ilícito al sector de actividad económica donde desarrollan sus actividades por medio del expediente de no ejecutar ninguna operación sospechosa de BdeC y b) la función de *whistleblower*, por la que deben reportar al Estado dichas operaciones. Estas dos funciones tienen como objetivo impedir que se utilice su actividad para

ocultar el origen ilícito de los bienes, con el consecuente detrimento de las funciones de decomiso e imposición de pena que cumple la Administración de Justicia.

7. En aquellos casos en que los sujetos obligados son empresas, estos deberes esenciales de no ejecutar la operación sospechosa (*gatekeeping*) y reportarla a la agencia estatal encargada (*whistleblowing*) tienen como presupuesto necesario la autoorganización (autorregulación) empresarial, que se realiza en los programas de cumplimiento (*Compliance Programs*). Estos programas se estructuran con base en una serie de fines y valores así como de procedimientos que tienen como objeto crear los incentivos adecuados para que los empleados y directivos cumplan con los deberes allí establecidos. Los incentivos provienen de la amenaza proveniente tanto de las sanciones informales (censura y autorreproche) como de las sanciones formales (sanciones jurídicas y disciplinarias). En relación con las sanciones informales la función de los programas consiste en clarificar las reglas de conducta que debe cumplir cada individuo en la empresa (códigos de conducta) contrarrestando la falta de claridad o la vigencia de técnicas de neutralización propias de las organizaciones empresariales (actitud criminal de grupo) que podrían limitar los costes morales y reputacionales. Respecto de las formales, los *Compliance Programs* concretan el contenido de los deberes, facilitando la imposición de sanciones disciplinarias, administrativas y penales, sirviendo, así, como criterio de orientación para empleados y directivos acerca de la amenaza de sanción. En relación con las sanciones penales debe mencionarse que la presencia de tales normas dificulta la articulación de argumentos de defensa derivados del error de tipo o del de prohibición, incrementando, de este modo, la eficacia disuasoria de dichas consecuencias jurídicas.

8. Estos programas son producto de una estrategia regulatoria que combina la heterorregulación jurídica, que establece el marco legal de los deberes, con la autorregulación de la empresa, que dicta las normas que adecuan la implementación de dichos deberes a las dimensiones y áreas de actividad de la organización: esta estrategia ha sido denominada en la doctrina alemana y española “autorregulación regulada”. Esta autorregulación regulada, que se estructura con base en el criterio rector de la “gestión del riesgo”, se presume más eficiente que las alternativas del “mandato y control”, que puede resultar intrusiva, imponer excesivos costes y ser meramente reactiva frente a los cambios en el entorno social, y de la “autorregulación pura” -o “autorregulación” a secas-, que puede dar lugar a una implementación excesivamente laxa y permisiva y, por ello, ineficaz en relación con los fines perseguidos.

9. La implementación de los programas de cumplimiento en el ámbito de las empresas pretende lograrse incentivando a los máximos responsables por medio de sanciones administrativas aplicables a los directivos así como a la propia persona jurídica. Tanto por una vía como por la otra se pretende que ninguno de los decisores obtenga beneficios económicos o reputacionales de las operaciones de blanqueo. Las sanciones que amenazan a los directivos pretenden afectar directamente su patrimonio y su reputación mientras que las que afectan a la empresa pretenden que nadie pueda obtener beneficios económicos o reputacionales de la rentabilidad que obtendría la persona jurídica.

10. El criterio de eficiencia justifica la intervención indirecta si resulta menos costosa para lograr los fines deseados que la exclusiva intervención directa del Estado (Análisis Coste-Eficacia). Lo propio puede decirse de la autorregulación regulada en comparación con el mandato y control: la estrategia que permita lograr los fines deseados con menores costes será la que deberá utilizarse.

11. En este contexto, el tipo penal de BdeC (art. 301 CP) tiene una doble función político-criminal: por un lado, se pretende disuadir por medio del tipo penal de BdeC a quien con dolo directo (es decir con pleno conocimiento del origen delictivo de los bienes) oculte el origen ilícito de los bienes (es decir, cumpla el papel de “blanqueador”). Pero, al mismo tiempo, el tipo penal pretende disuadir a los agentes del sector privado encargados de colaborar en la identificación de los bienes de que incumplan de manera imprudente, con dolo eventual o ignorancia deliberada sus deberes de colaboración impuestos por vía administrativa. Sin duda, la posibilidad de sancionar penalmente a las empresas se sitúa aquí en una perspectiva disuasoria: *ceteris paribus*, apelar a la imposición (y regulación legal) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo será útil (y, por ende, necesario) si con ello se obtienen beneficios disuasorios marginales en relación con las vigentes y disponibles sanciones administrativas (Ley 19/1993) y consecuencias accesorias (art. 129 del CP).

12. Con base en razones de eficiencia se debe resolver el dilema político-criminal de “Exclusiva Intervención Directa del Estado vs. Intervención Conjunta del Estado con el Sector Privado” apelando al Análisis Institucional Comparado. Pero aun cuando el criterio de eficiencia permita resolver en beneficio de esta última, aún queda por definir si el contenido de los deberes derivados de esta intervención indirecta obligatoria será regulada por medios heterorregulatorios (mandato y control) o corregulatorios -la pura autorregulación desaparece como

alternativa si se opta por promover la responsabilización-: la autorregulación regulada (corregulación) aparece como *prima facie* más eficiente que la alternativa del mandato y control si se considera la diversidad de sujetos obligados y las diferencias en la dimensión de las empresas implicadas.

13. Este sistema de prevención debe someterse al Análisis Coste-Beneficio, debiendo considerarse los beneficios esperados del mismo, en términos de reducción de los daños derivados del blanqueo. Pero, al mismo tiempo, deben considerarse los costes públicos (intervención directa) y privados (intervención indirecta) que implica este sistema, con la finalidad de lograr un nivel deseable de *enforcement*. Así mismo, debe llevarse a cabo una evaluación amplia de las consecuencias, considerando los efectos deseados y no deseados.

14. El criterio más importante para evaluar los beneficios del sistema de prevención del blanqueo es el volumen de las actividades delictivas que dan origen a los bienes, ya que es el daño social derivado de toda forma de BdeC. Así mismo, también resultará relevante evaluar si se ha logrado disminuir la presencia del crimen organizado en la economía legal (poder económico del crimen organizado). En aquellos casos en que se evidencie la existencia del efecto anticompetitivo también deberá evaluarse si la regulación preventiva ha permitido reducirlo. La consideración de estos daños no es trivial: es la identificación de estos importantísimos costes sociales lo que permite una justificación *prima facie* de los elevados costes derivados del sistema de prevención y castigo del blanqueo (Análisis Coste-Beneficio). Si los costes sociales derivados de la actividad del blanqueo fueran menores (verbigracia, exclusivo efecto anticompetitivo) resultaría muy controvertida la apelación a tal sistema de prevención y castigo. Así mismo, el carácter transnacional que presenta el efecto criminógeno cuando un Estado (por ejemplo, los refugios financieros) permite en su territorio blanquear bienes de delitos cometidos en otros remite a la necesidad de la cooperación internacional en esta materia y justifica una creciente utilización de sanciones internacionales contra aquellos Estados.

15. El Análisis Coste-Beneficio y el Análisis Coste-Eficacia deberían llevarse a cabo aunando los métodos de la evaluación (*Evaluationsforschung*) y de implementación (*Implementationsforschung*) de la política jurídica. Para ello, se deben exponer de forma abierta las finalidades que se persiguen con la ley (*ratio legis*), analizar las normas de política jurídica que se utilizan para perseguir dichos fines y evaluar su eficacia así como la eficiencia y el ratio coste/beneficio de la relación medios-fines. El Análisis Institucional

Comparado permitirá llevar a cabo tanto el análisis positivo como el normativo de distintos entornos institucionales para evaluar sus resultados.

16. Todo lo expresado constituye las piezas centrales de un Análisis Coste-Beneficio de la política criminal orientada a una reducción de los costes sociales globales del BdeC y de un Análisis Coste-Eficacia que considere las alternativas menos costosas para lograr los fines deseados, partiendo del supuesto de que, tal como ya se ha afirmado, se trata de una actividad que debe ser disuadida y no incentivada. Todo ello, tal como se ha expresado en la Parte Primera, en el marco de las restricciones éticas y jurídicas derivadas del discurso de los Derechos Humanos y del Estado de Derecho: la eficiencia es un valor que integra el concepto de justicia, pero ésta de ningún modo se agota en aquélla.







## **Bibliografía**



ABBOTT, K.W./SNIDAL, S.; "Values and Interests: International Legalization in the Fight Against Corruption", *Journal of Legal Studies* N° 31 (Enero 2002), pp. 141-178.

ABEL SOUTO, M.; *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Universidade de Santiago de Compostela-Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2002.

ADLER, M./POSNER, E.; "Rethinking Cost-Benefit Analysis", *Yale Law Journal* N° 109 (1999-2000), pp. 165-248.

ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE FINANZAS SUIZA, "Geldwäscherei-bekämpfung in der Schweiz" (octubre de 2003), en [http://www.efv.admin.ch/d/dokumentation/downloads/themen/finanzmarkt/brochure\\_gwg\\_d.pdf](http://www.efv.admin.ch/d/dokumentation/downloads/themen/finanzmarkt/brochure_gwg_d.pdf) (visitada el 20 de agosto de 2008).

ADRIASOLA, G.; "Estudio comparado de la legislación uruguaya y argentina sobre lavado de activos", en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006.

AGUADO CORREA, T.; *El Comiso*, Edersa, Madrid, 2000.

AKERS, R.; "Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken", en *The Journal of Criminal Law and Criminology* N° 81(1990-1991), pp. 653-676.

ALBRECHT, H.J.; "Synthesis Report", en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102), pp. 1-22.

ALBRECHT, H.J.; *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, Guerrero Peralta (Trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

ALEXY, R.; "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", en "Elemente einer juristischen Begründungslehre", Alexy/Koch/Kuhlen/Russman (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 217 y ss.

ALIAGA MÉNDEZ, J.A.; “Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 35 y ss.

ALLDRIDGE, P.; “The Moral Limits of the Crime of Money Laundering”, en *Buffalo Criminal Law Review* N° 5 (2001-2002), pp. 279-320.

ALONSO PÉREZ, F.; “Blanqueo de bienes de origen ilegal: aspectos penales y criminológicos”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5801 (jueves 12 de junio de 2003), pp. 1644-1649.

ÁLVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS; *La prevención del Blanqueo de Capitales*, Aranzadi, Navarra, 1998.

ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F.; *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

ALVESALO, A./TOMBS, S./VIRTA, E./WHYTE, D.; ”Re-imagining crime prevention: Controlling corporate crime?”, en *Crime, Law & Social Change* (2006) 45, pp. 1-25.

AMBOS, K.; *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Idemsa, Lima, 2007.

AMBOS, K.; “Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel ‘Geldwäsche’“, *ZStW* N° 114 (2002), pp. 236.-256.

AMBOS, K.; “Annahme ‘bemakelten’ Verteidigerhonorars als Geldwäsche?”, *JZ* 2/2002, pp. 70-82.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ARZT, G.; “Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall”, en *JZ* N° 48 (1993), pp. 913-917.

ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

ÁVILA, J.J.; “A propósito de los fallos ‘Gesterkorn’ y ‘Olleac’. Error (o ignorancia), pretexto de error (o de ignorancia), deber de conocer e ignorancia deliberada”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 4/2009, pp. 636-640.

ÁVILA SOLANA, E.; “Las tipologías de blanqueo en España (II): casos prácticos específicos del blanqueo”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 85 y ss.

AA.VV.; *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, De Fuentes Bardají (Dir.); Thomson-Aranzadi/ Ministerio de Justicia, Cizur Menor (Navarra), 2005.

AYRES, I./BRAITHWAITE, J.; *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1992.

BACIGALUPO, E.; “Estudio comparativo del derecho penal de los Estados Miembro de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en *Curso de Derecho Penal Económico*, 2da. Edición, Bacigalupo (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 439-452.

BACIGALUPO, E.; “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

BACQUÉ, J. “Métodos y usos de la definición (a propósito de las definiciones jurídicas)”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje (Colección mayor Filosofía y Derecho)*, Astrea, Buenos Aires, 1976.

BAIRD, D.; “The Future of Law and Economics: Looking Forward”, *The University of Chicago Law Review* N° 64 (1997), pp. 1129-1166.

BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S.; “Blanqueo de Capitales”, en *Derecho Penal Económico*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 63-80.

BALDWIN, R./BLACK, J.; “Really Responsive Regulation”, *LSE Legal Studies Working Papers* N° 15/2007.

BALDWIN, R./CAVE, M.; *Understanding Regulation*, Oxford University Press, New York, 1999.

BARTON, S.; “Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)”, en *StV* N° 3 (1993), pp. 156-163.

BARTON, S.; “Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?“, en *NStZ* N° 4 (1993), pp. 159-165.

BAYNES, L., “Just Pucker and Blow?: An Analysis of Corporate Whistleblowers, the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act”, *St. John's Law Review* N° 76 (2002), pp. 875-896.

BAYÓN, J.C.; “Justicia y Eficiencia”, en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz/Colomer (Eds.), Alianza Editorial, Madrid, 2002.

BEARE, M. E.; “The devil made me do it: business partners in crime”, en *Journal of Financial Crime* Vol. 14 N° 1 (2007), pp. 34-48.

BECKER, G.; “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, en *The Journal of Political Economy* Vol.101 N°3 (Jun.; 1993), pp. 385-409.

BECKER, G.; “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, Nro.2 (Mar-Apr. 1968), pp. 169-217.

BENSON, M.; “Denying the Guilty Mind: Accounting for Involvement in a White-Collar Crime”, en *Criminology* N° 23 (1985), pp. 583-608.

BERMEJO, M. G.; “Aflicción Directa e Indirecta en el Concepto de Pena”, en *Homenaje a Carlos S. Nino*, Alegre/Gargarella/Rosenkrantz (Coord.), Facultad de Derecho-UBA/La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 183 y ss.

BERMEJO, M. G.; “Integración Regional y Prevención del Lavado de Dinero”, ponencia presentada al VII Encuentro Nacional de Estudios Estratégicos, Buenos Aires, Argentina, noviembre de 2004, (en <http://www.enee.ser2000.org/ponenciasiv/bermejo.htm>), visitada el 8 de mayo de 2008.

BERNDT, T./HOPPLER, I.; “Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance”, *BB* N° 48 (2005), pp. 2623-2629.

BLACK, J.; “Forms and Paradoxes of Principle Based Regulation”, en *LSE Legal Studies Working Papers* N° 13/2008 (disponible en

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1267722](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1267722); visitada el 6 de enero de 2008).

BLACK, J., “Constitutionalising Self-Regulation”, en *The Modern Law Review* N° 59 (1996), p. 24 y ss.

BLANCO CORDERO, I.; “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos”, en *Estudios Penales y Criminológicos* N° 27 (2007), pp. 39-75.

BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999.

BLANCO CORDERO, I.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BLUM, J./LEVI M./NAYLOR, R..T./ WILLIAMS, P.; *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal N° 34 y 35 (Número 8 de la Serie Técnica del PNUFID), ONU (Organización de las Naciones Unidas), Viena (Austria), 1999.

BORGES, J.L.; “Del rigor en la ciencia”, en *El Hacedor*, Alianza/Emecé, Madrid/Buenos Aires, 1972.

BOTTKE, W.; “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *Revista Penal* n° 2 (1998), Arroyo Alfonso/Aguado Correa (Trad.), pp. 1-16.

BOTTKE, W.; “Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 1)”, en *wistra* N° 3 (1995), p. 87-91.

BOWLES, R./FAURE, M./GAROUPA, N.; “Economic analysis of the removal of illegal gains”, en *International Review of Law and Economics* N° 20 (2000), pp. 537-549.

BÖSE, M.; “Die Garantenstellung des Betriebsbeauftragten“, *NStZ* N° 12 (2003), pp. 636 y ss.

BRAITHWAITE, J., “The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, en *Criminology and Social Theory*, Garland/Sparks (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 48 y ss.

BRAITHWAITE, J.; “Following the Money Trail to What Destination? An Introduction to the Symposium”, en *Alabama Law Review* N° 44 (1992-1993), pp. 657-668.

BRAITHWAITE, J./PETTIT, P.; *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

BRAITHWAITE, J., “The limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct”, *Law and Society Review*, Vol. 16, Nro. 3 (1981-1982), p. 481-504.

BRAITHWAITE, J., “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control”, en *Michigan Law Review* N° 80 (1981-1982), p. 1466 y ss.

BRUCHEZ, M./BRINDLE, P.; “Sistema de información y de cooperación en Suiza y en el seno de la Unión Europea en la lucha contra el blanqueo de dinero”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5830 (miércoles, 23 de julio de 2003), pp. 1586-1596.

BUCK-HEEB, P.; “Wissenszurechnung und Informationsmanagement”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, p. 26-42.

BUSSMANN, K.-D.; “Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht“, *MschBrKrim* N° 86 (2003), pp. 90-104.

BUZZELL, T.; “Holiday Revelry and Legal Control of Fireworks: A Study of Neutralization in Two Normative Contexts”, *Western Criminology Review* 6 (1) (2005), particularmente pp. 30-42.

BÜRKLE, J.; “Unternehmensinterne Selbstkontrolle durch Compliance-Beauftragte”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, pp. 127-141.

CALABRESI, G.; *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven/London, 1970.

CALLAHAN, E./DWORKIN, T./LEWIS, D.; “Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest”, *Virginia Journal of International Law* N° 44 (2003-2004), p. 879-912.



CALLAHAN, E./DWORKIN, T., “Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, *Villanova Law Review* N° 37 (1992), p. 273-336.

CALSAMIGLIA, A.; “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, en *Doxa* N° 13 (1993), 161-178.

CALSAMIGLIA, A.; “Justicia, Eficiencia y Derecho”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 1 (Septiembre-diciembre 1988), pp. 305-335.

CALSAMIGLIA, A.; “Eficiencia y Derecho”, en *Doxa* N° 4 (1987), p. 267-287.

CAPUS, N.; “Selbstregulierung als neue Steuerungsmethode der schweizerischen Geldwäschebekämpfung”, en *ZStW* N° 114 (2002), p. 114 y ss.

CASTALDO, A.; “Criminalidad organizada y mercado económico-financiero”, en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, pp. 287-305.

CASTALDO, A.; “La normativa italiana antilavado”, en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, pp. 375-389.

CASTALDO, A.; “Una introducción al problema”, en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, pp. 271-284.

CAVICO, F.; “Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis”, *South Texas Law Review* N° 45 (2003-2004), pp. 543-646.

CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA; *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004.

CHALLINGER, D.; “Will Crime Prevention Ever Be a Business Priority?”, en *Business and Crime Prevention*, Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, p. 35 y ss.

CHERRY, M., “Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law”, *Washington Law Review* N° 79 (2004), pp. 1029-1124.

CHOCLAN MONTALVO, J.A.; “Protección penal del sistema financiero”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5865 (martes, 7 de octubre de 2003), pp. 1885-1899.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; “El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 329-370.

CID MOLINÉ, J./LARRAURI PIJOAN, E.; *Teorías Criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001.

CLARKE, R.; “Introduction”, en *Situational Crime Prevention. Successful Case Studies*, 2ª Ed., Clarke (Ed.), Harrow and Heston, Guildersland/New York, 1997, pp. 2-44.

CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention”, en *Crime and Justice: An annual Review of Research, Vol. 19 (1995)*, pp. 91-150.

CLARKE, R.; “Situational Crime Prevention: Its theoretical Basis and Practical Scope”, en *Crime and Justice: An annual Review of Research, Vol. 4 (1983)*, pp. 225-256.

CLARKE, R./CORNISH, D, “Rational Choice”, en *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Paternoster/Bachman (Eds.), Roxbury Publishing, Los Angeles, 2001, p. 23-42.

CLARKE, R./FELSON, M, “Introduction: Criminology, Routine Activity and Rational Choice”, en *Routine Activity and Rational Choice. Advances in Criminological Theory Volume 5*, Clarke/Felson (Eds.), Transaction Publishers, New Brunswick/London, 1993, pp. 1-13.

COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Blanqueo de Capitales. Abogados, Procuradores y Notarios, Inversores, Bancarios y Empresarios*, CESEJ, Madrid, 2005.

COFFEE JR., J.C.; "Understanding Enron: It's about Gatekeepers, Stupid", en *57 Bus. Law. (2001-2002)*, pp. 1403-1420.

COFFEE JR., J.C., "Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms", en *84 B.U. L. Rev.* (2004), pp. 301-364.

COFFEE JR., J.C., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2006.

COLOMA, G.; *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

COMSTOCK, M.; "Gatt and Gats: A Public Morals Attack on Money Laundering", en *Nw. J. Int'l L. & Bus* N° 15 (1994-1995), pp. 139-177.

COOTER, R./ULEN, T.; *Law and Economics*, 4ª Ed., Pearson Addison Wesley, Reading/ Massachusetts (et. al.), 2004.

CÓRDOBA RODA, J.; *Abogacía, Secreto Profesional y Blanqueo de Capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006.

CORNISH, D./CLARKE, R.; "Understanding crime displacement: an application of rational choice theory", en *Criminology* N° 25 (1987), pp. 933-947.

CORRÊA JUNIOR, A.; *Confisco Penal. Alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos*, IBCCRIM, San Pablo, 2006.

CULP, D., "Whistleblowers: Corporate Anarchists or Heroes? Towards a Judicial Perspective", *Hofstra Labor Law Journal* N° 13 (1995-1996), pp. 109-138.

DANIEL, T./MATON, J.; "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles", en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.; "Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias", en *Autorregulación y Sanciones*, Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 120-145.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.; *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.

DEISEROTH, D.; “Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland”, en *Betrijff Justiz* N° 78 (Junio 2004), p. 298-307.

DEISEROTH, D.; “Zivilcourage am Arbeitsplatz – Whistleblowing”, en *Zivilcourage lernen. Analysen – Modelle – Arbeitshilfen*, Meyer/Dovermann/Frech/Gugel (Eds.), Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2004, pp. 124-135.

DE BRUIJN H.A./HUFEN, H.A.M.; “The traditional approach to policy instruments”, en *Public Policy Instruments. Evaluating the Tools of Public Administration*, Guy Peters/van Nispen (Eds.), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 1998, p. 11 y ss.

DE RUS, G.; *Análisis Coste-Beneficio*, Ariel, Madrid 2001.

DEL CARPIO DELGADO, J.; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal; tirant lo blanch*, Valencia, 1997.

DEL CID GÓMEZ, J.M.; “Implementar un sistema de prevención del blanqueo de capitales”, en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad* N° 81 (2008), pp. 68-80.

DEL OLMO GÁLVEZ, J.; “El blanqueo desde la perspectiva del juez instructor”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 213-262.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; *El blanqueo de capitales en Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 1999.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en *Política Criminal y Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2003.

DONAHUE, J. D./ZECKHAUSER, R.J.; “Public-Private Collaboration”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 496 y ss.

DROBAK, J./NORTH, D.; “Legal change in economic analysis”, en *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2ª. Ed., Backhaus (Ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

DUNN, W. N.; *Public Policy Analysis: An Introduction*, 2ª Ed., Prentice Hall, Englewood Cliffs/New Jersey, 1994.

DYE, T.R.; *Understanding Public Policy*, 7ª Ed., Prentice Hall, Englewood Cliffs/New Jersey, 1992.

EHRlich, I.; "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement", en *Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, N° 81), Vol II: Contracts, Torts and Criminal Law*; Posner/Parisi (eds.), Edward Elgar, Cheltenham y Lyme, 1997. Originalmente publicado en *Journal of Legal Studies* 1972, I (2), Junio, 259-76.

EHRlich, I.; "Crime, Punishment, and the Market for Offenses", en *Journal of Economic Perspectives Volumen 10 Nro. 1 (Invierno 1996)*, pp. 43-67.

EIDENMÜLLER, H.; *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Mohr, Tübingen, 1995.

ELSTER, J.; *Tuercas y Tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Gedisa, Barcelona, 1990.

ELSTER, J.; "Introduction", en *Rational Choice*, Elster (Ed.), Basil Blackwell, Oxford, 1986, p. 1 y ss.

ESPEJO NAVARRO, D.; "El control interno sobre el blanqueo de capitales y la gestión de riesgos de fraude", en *Auditoría Interna Año 23 N° 83 (2007)*, pp. 15-16.

ESTEVE PARDO, J.; *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002.

FABIÁN CAPARRÓS, E.; "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción", en *Blanqueo de Dinero y Corrupción en el Sistema Bancario. Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa Vol. II*, Ferré Olivé (Ed.), Edit. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 103-109.

FABIÁN CAPARRÓS, E.; *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Colex, Madrid, 1998.

FATF-GAFI, "Money Laundering & Terrorist Financing through the Real Estate Sector", 29 de junio de 2007, *FATF/OECD*, 2008.

FATF/GAFI, "Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing. High Level Principles and Terrorist Financing". Junio 2007. (en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/43/46/38960576.pdf>). Visitada el 9 de octubre de 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.; "Imputación objetiva en Derecho penal económico y empresarial", en *In Dret 2/2009*.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.; "Autorregulación y Derecho Penal de la Empresa: ¿Una Cuestión de Responsabilidad Individual?", en *Autorregulación y Sanciones*, Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 200-252

FEIJOO SÁNCHEZ, B.; "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", en *In Dret 2/2008*.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.; "Sobre el Fundamento de las Sanciones Penales para Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Penal Español y el Derecho Penal Peruano", en *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes*, García Caverro (Coord.), Ara Editores, Lima, 2002, p. 262 y ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Civitas, Madrid, 2002.

FEINBERG, J., "The expressive function of punishment", en *A reader on Punishment*, Duff/Garland (Eds.), Oxford University Press, Nueva York, 1994, pp. 71-91

FELSON, M./CLARKE, R.; "La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito", Díaz i Pont/Felip i Saborit (Trad.), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional*, Ortiz de Urbina/Ponce Solé (Eds.), Fundación Democracia y Gobierno Local/Diputació de Barcelona, Madrid, 2008.

FELSON, M.; "Technology, Business, and Crime", en *Business and Crime Prevention*, Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, p. 81 y ss.

FELSON, M./CLARKE, R.; "Business and Crime", en *Business and Crime Prevention*, Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, p. 1 y ss.

FIJNAUT, C./VAN DAELE, D./GOOSSENS, F./VAN DYCK, S.; "Country Reports - Belgium", en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Juscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102).

FINDEISEN, M.; "Der Präventionsgedanke im Geldwäschegesetz", en *Wistra* N° 4 (1997), p. 123.

FISSE, B.; "Money Laundering, Regulatory Strategy and Internal Corporate Controls", en *Current Issues Crim. Just.* N° 6 (1994-1995), p. 177-195.

FISSE, B./BRAITHWAITE, J.; *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, New York, 1993.

FISSE, B./FRASER, D.; "Some Antipodean Skepticism About Forfeiture, Confiscation of Proceeds of Crime, and Money Laundering Offenses", en *Alabama Law Review* 44 (1992-1993), pp. 737-762.

FLAVIO GOMES, L.; "El lavado de activos en el derecho penal brasileño", en *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci (Coord.), Editorial Abaco, Buenos Aires, 2006, particularmente en pp. 343-373.

FORTHAUSER, R.; *Geldwäscherei de lege lata et lege ferenda*, VVF, Munich, 1992.

FREELAND, A.; "Cuando 'ignorar' equivale a 'conocer'. Apuntes sobre la doctrina de la 'ignorancia deliberada' en el Derecho penal", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 4/2009, pp. 614-619.

FRIEDMAN, B. L.; "Policy Analysis as Organizational Analysis", en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 482 y ss.

FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FUENTES GONZÁLEZ, G.; “El proceso económico del tráfico de drogas”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 17-34.

GAFI/FATF, RBA *Guidance for Real Estate Agents*, 17 de junio de 2008 (en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/18/54/41090722.pdf>). Visitadas el 9 de octubre de 2008.

GAFI/FATF, RBA *Guidance for Accountants*, 17 de junio de 2008 (en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/19/40/41091859.pdf>). Visitadas el 9 de octubre de 2008.

GAMARRA VIZCAYNO, A.; “El blanqueo de capitales, medidas de control interno para su prevención”, en *Seguritecnia (Enero 2005)*, pp. 66-68.

GANUZA, J.J./GÓMEZ, F.; "Should We Trust Gatekeepers? Auditors' and Lawyers' Liability for Clients' Misconduct", en *In Dret 4/2005*.

GARCÍA CAVERO, P.; *Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tomo II*, Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, 5ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2005.

GARLAND, D.; *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Sozzo (Trad.), Gedisa, Barcelona, 2005.

GARRIDO, V./STANGELAND, P./REDONDO, S.; *Principios de Criminología*, 3ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2006.

GAWEL, E; "Ökonomische Effizienzforderungen und ihre juristische Rezeption. Ein problemstrukturierender Überblick“, en *Effizienz im Umweltrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

GELEMEROVA, L.; “On the frontline against Money-laundering: the regulatory minefield”, en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 33-55.

GILMORE (Ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*, Cambridge: Grotius Publication Limited, Cambridge, 1992.



GIMBERNAT ORDEIG, E; “Presentación”, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2007.

GILSON, R.J./KRAAKMAN, R., “The Mechanisms of Market Efficiency”, en *70 Va. L. Rev.*, pp. 549-644.

GÓMEZ DE LA MATA, G.; “Prólogo”, en *“Henrik Ibsen. Teatro Completo”*, Aguilar, Madrid, 1979.

GÓMEZ INIESTA, D.; *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Cedecs, Barcelona, 1996.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; “Aproximación a la Influencia del ‘Gobierno Corporativo’ sobre el Derecho Penal Económico”, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA, I.; *Chantaje e Intimidación: un Análisis Jurídico-Económico*, Civitas, Navarra, 2005.

GONZÁLEZ RUS, J.J.; “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Cobo del Rosal (Coord.), Dykinson, Madrid, 2004.

GRASMICK, H.G./BURSIK, R.J.; “Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model”, en *Contemporary Criminological Theory*, Cullen/Burton (Eds.), Dartmouth, Aldershot, 1994, p. 45 y ss. (originalmente publicado en *Law & Society* N° 24 pp. 837-861).

GÜNTHER, K., *Schuld und Kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischem Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt a. Main, 2005.

HAINES, F.; *Corporate Regulation. Beyond Punish or Persuade*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

HAMDANI, A.; “Gatekeeper Liability”, en *77 Cal. L. Rev. (2003-2004)*, p. 53-122.

HAMLIN, J.; “The Misplaced Role of Rational Choice in Neutralization Theory”, en *Criminology* N° 26 (1988), pp 425-438.

HARGREAVES, S./HOLLIS, M./LYONS, B./SUGDEN, R./WEALE, A.; *The Theory of Choice. A Critical Guide*, Blackwell, Oxford/Cambridge, 1994.

HART, H.L.A.; “Bentham and Beccaria”, en *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press: Oxford University Press, Nueva York, 1982, pp.40-52.

HART, H.L.A.; *Utilitarismo y derechos naturales*, Lamprea Montealegre (Trad.), Estudios de Filosofía y Derecho (Teoría de los Derechos) N° 6, Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003.

HARVEY, J./FUNG LAU, S.; “Crime-money, reputation and reporting”, en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 57-72. HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1989.

HASSINK, H./DE VRIES, M./BOLLEN, L.; “A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies”, en *Journal of Business Ethics N° 75 (2007)*, pp. 24-44.

HATHAWAY, O.A.; “Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law”, *The University of Chicago Law Review N° 72 (2005)*, pp. 469-536.

HAUSCHKA, CH.; “Einführung”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, p. 1 y ss.

HAUSCHKA, CH.; “Compliance, Compliance Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management“, en *NJW N° 5 (2004)*, pp. 257-261.

HEFENDEHL, R.; “Neutralisationstechniken bis in die Unternehmensspitze. Eine Fallstudie am Beispiel Ackerman”, *Mschkrim N° 88 (2005)*, pp. 444-458.

HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 49.

HEISSNER, S.; “Geldwäsche in der Wirtschaft – deutsche und weltweite Entwicklungen”, en *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen*.

*Präventive und repressive Massnahmen vor dem Hintergrund des 11. September 2001*, Gropp/Sinn (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 567-571.

HERZOG, F.; Nomos Kommentar, I, § 73, 2<sup>a</sup> Ed., Baden-Baden, 2005.

HERZOG, F.; *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York, 1987.

HETZER, W. “Finanzmärkte und Tatorte. Globalisierung und Geldwäsche”, en *MschKrim*. N° 86 (2003), p. 353-363.

HETZER, W.; “Gesetzgebung zur Gewinnabschöpfung und Geldwäschebekämpfung. Kriminalpolitik zwischen Konsequenz und Kapriole”, *ZRP* N° 6 (2001), pp. 266-272.

HETZER, W.; “Vermögenseinziehung, Geldwäsche, Wohnraumüberwachung –Neue Ansätze zur Prävention und Repression der Mafia-“, en *wistra* n° 5 (1994), pp. 176-184.

HETZER, W.; “Der Geruch des Geldes – Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche“, en *NJW* N° 51 (1993), pp. 3298-3301.

HETZER, W.; “Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch Unterbindung der Geldwäsche“, en *wistra* N° 8 (1993), pp. 286-293.

HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

HIERRO, L.; “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, en *Doxa* N° 15-16 (1994), pp. 945-969.

HIRST, P., “Statism, Pluralism, and Social Control”, en *Criminology and Social Theory*, Garland/Sparks (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 127-148.

HOFMEYR, W.; “Navegando entre la asistencia mutua legal y los sistemas de decomiso”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

HOMME OFFICE, Informe: “Rebalancing the criminal justice system in favor of the law-abiding majority. Cutting Crime, reducing reoffending and protecting the public”, Julio de 2006, p. 36. En

<http://www.homeoffice.gov.uk/documents/CJS-review.pdf/CJS-review-english.pdf?view=Binary> (visitada el 9 de octubre de 2007).

HOPKINS BURKE, R.; *An Introduction to Criminological Theory*, Willan Publishing, Cullompton et. al., 2001.

HUND, H.; “Ist die Sicherung illegaler Gewinne die `Achillesferse’ der Organisierten Kriminalität?”, en *ZRP 1996 N° 1*, pp. 1-5.

JAKOBS, G., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2000.

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

JEKEWITZ, J.; “Nationale Massnahmen der Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung”, en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.), Beck, Munich, 2006, p. 59 y ss.

JIMENO FERNÁNDEZ, F.; “Aspectos esenciales del blanqueo de capitales en el ámbito internacional y comunitario y su transposición al derecho interno (1)”, en *La Ley. Revista Jurídica Española N° 6126 (viernes 12 de noviembre de 2004)*, pp. 1505-1515.

JOLLS, CH./SUNSTEIN, C./THALER, R.; “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en *Stanford Law Review N° 50 (1997-1998)*, pp. 1471-1550.

JORGE, G.; “El decomiso del producto del delito”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

JORGE, G.; “La reducción del anonimato en los centros offshore”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

JORGE, G.; “Regímenes para prevenir y reprimir el lavado de dinero”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

JORGE, G.; “Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

JORGE, G.; “Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

JORGE, G.; “Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

JOSITSCH, D.; “Whistleblowing’ und Korruptionsbekämpfung”, en *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Wohlers (Ed.), Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2007, pp. 97-111.

KADISH, S.; “Some observations on the use of criminal sanctions in enforcing economic regulations”, *U. Chi. L. Rev. Vol. N° 30 (1962-1963)*, pp. 423-449.

KAGAN, R.; “Regulators and Regulatory Processes”, en *The Blackwell Companion to Law and Society*, Sarat (ed.), Blackwell Publishing Ltd., Oxford, 2004, pp. 212-230.

KAHAN, D., “Between Economics and Sociology: the New Path of Deterrence”, en *Mich. Law Review N°95 (1996-1997)*, pp. 2477-2497.

KAHLO, M.; “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal”, Alcácer Guirao (Trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2007, 53-68.

KAISER, G.; *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 10ª Ed., Müller Verlag, Heidelberg, 1997.

KAISER, G.; “Brauchen wir in Europa neue Konzepte der Kriminalpolitik?”, en *ZRP N° 4 (2000)*, pp. 151-158.

KAISER, G.; “Möglichkeiten zur Verbesserung des Instrumentariums zur Bekämpfung von Geldwäsche und zur Gewinnabschöpfung“, en *wistra* N° 19 (2000), p. 121 y ss.

KILCHLING, M./BRAUN, E.; “Country Reports - Germany” , en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102).

KILCHLING, M.; “Tracing, Seizing and Confiscating Proceeds from Corruption (and other Illegal Conduct) Within or Outside the Criminal Justice System”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/4 (2001), pp. 264-280.

KILCHLING, M.; “Geldwäsche und Gewinnabschöpfung in internationaler Perspektive. Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen für ein vergleichendes empirisches Forschungsprojekt“, en *Forschungen zu Kriminalität und Kriminalitätskontrolle am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, Albrecht (Ed.), Freiburg i. Br., Ed. Iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht: N° 82, 1999.

KINDHÄUSER, U.; LPK-StGB, § 73, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 401.

KLEIN, P.; “New Institutional Economics”, en *Encyclopedia of Law and Economics Volume I: The History and Methodology of Law and Economics*, Bouckaert/De Geest (Eds.), Edward Elgar, Northampton, 2000, p. 456-489.

KLETZEN, A.; “Country Reports – France”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102).

KOCH, A.; “Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing”, en *ZIS* N° 10/2008, pp. 500-505.

KPMG. *Encuesta Mundial sobre la Lucha contra el Blanqueo de Capitales. Cómo afronta la banca este cambio*, (2004), en

[http://www.sepblac.es/espanol/informes\\_y\\_publicaciones/kpmg\\_informe.pdf](http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/kpmg_informe.pdf), (visitada el 21 de agosto de 2008).

KRAAKMAN, R., “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”, en 2 *J.L. Econ. & Org.* (1986), pp. 53-104.

KRUIZE, P.; “Country Reports - Denmark”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102).

KUHLEN, L.; “Die Abrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei der sogenannten Betriebsbeauftragten“, en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Ed.), Pro Universitate Verlag, Pforzheim, 2000, pp. 71-94.

KYMLICKA, W; *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2002.

LACKNER/KÜHL, StGB-Kommentar, 25ª Ed., Beck, München, 2004.

LAMPE, E-J.; “El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)”, en *Estudios Penales y Criminológicos XX* (1997), pp. 103-148.

LAMPERT, TH.; “Compliance-Organisation”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, pp. 142-155.

LANGVOORT, D.C.; “Where were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers’ Responsibility for Clients Fraud”, en *Vanderbilt Law Review* N° 46 (1993), pp. 75-119.

LAUFER, W; “Corporate Prosecutions, Cooperation, and the Trading of Favors”, *Iowa L.Rev.* N° 87 (2001-2002), p. 643-668.

LEIP, C.; *Der Straftatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB*, Berlin-Verl. Spitz (u.a.), Berlin, 1995.

LEPPÄ, S.; “Country Reports – Finland”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun: Ed. Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht,

2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102).

LEVI, M; “Money Laundering”, en *Crime and Justice N° 34 (2006)*, pp. 289-375.

LEVI, M.; “Blanqueo de dinero: La banca privada se vuelve menos privada”, en *Banca Comercial N° 166 (Marzo 2002)*, pp. 1 y ss.

LEVI, M.; “Money Laundering and Its Regulation”, en *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 2002*, 582, pp. 181-194.

MACEY, J.; “Law and The Social Sciences”, *21 Harvard Journal of Law and Public Policy (1997-1998)*.

MALAMUD GOTI, J., *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

MALEM SEÑA, J.; “Códigos éticos corporativos”, en *Homenaje a Carlos S. Nino, Alegre/Gargarella/Rosenkrantz (Coord.)*, Facultad de Derecho-UBA/La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 345.

MAÑERU LÓPEZ, J.; “Es necesaria la implicación del consejo de administración, órgano de administración o principal órgano directivo en la lucha contra el blanqueo de capitales”, en *Seguritecnia (Abril 2008)*, pp. 78-86.

MAÑERU LÓPEZ, J.; “En la prevención del blanqueo de capitales. El informe del experto externo (III)”, en *Seguritecnia (Febrero 2008)*, p. 234-244.

MAÑERU LÓPEZ, J.; “En la prevención del blanqueo de capitales. El informe del experto externo (II)”, en *Seguritecnia (Enero 2008)*, pp. 122-131.

MAÑERU LÓPEZ, J.; “En la prevención del blanqueo de capitales. El informe del experto externo (I)”, en *Seguritecnia (Diciembre 2007)*, p. 100.

MAÑERU LÓPEZ, J.; “En la prevención del blanqueo de capitales, el papel del supervisor”, en *Seguritecnia (Enero 2005)*, pp. 60-64.

MAÑERU LÓPEZ, J.; “El blanqueo de capitales, en permanente evolución”, en *Seguritecnia N° 302 (diciembre de 2004)*, pp. 84-87.



MAÑERU LÓPEZ, J.; “Actualización legislativa: calidad de la información y formación”, en *Seguritecnia (Septiembre 2004)*, pp. 20-24.

MARÍ-KLOSE, P.; *Elección Racional*, Colección “Cuadernos Metodológicos” N° 29, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Madrid, 2000.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, García Arán (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 179-270.

MARTINEZ BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2º Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2005.

MARTÍNEZ TOMÁS, C.; “Riesgos en el blanqueo de capitales”, en *Auditoria Interna Año 22 N° 76 (2006)*, pp. 24-28.

MARUNA, S./COPEL, H.; “What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research”, en *Crime & Just. N° 32 (2005)*, pp. 221-309.

MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, en *European Journal of Law and Economics n° 20 (2005)*, pp. 17-30.

MASCIANDARO, D.; “Money Laundering: the Economics of Regulation”, en *European Journal of Law and Economics N° 7 (1999)*, p. 225-240.

MASCIANDARO, D.; “Il Riciclaggio in Economia Aperta: Teoria e Caso Italiano”, en *Il Riciclaggio del Denaro Nella Legislazione Civile e Penale*, Corvese/Santoró (Eds.), Dott. A. Giufrè Editore, Milan, 1996, pp. 192-227.

MCADAMS, R.; “An Attitudinal Theory of Expressive Law”, en *Or. L. Rev. N° 79 (2000)*, pp. 343 a 349.

MEDEMA, S.G./MERCURO, N./ SAMUELS, W.; “Institutional Law and Economics”, en *Encyclopedia of Law and Economics Volume I: The History and Methodology of Law and Economics*, Bouckaert/De Geest (Eds.), Edward Elgar, Northampton, 2000.

MEDINA ARIZA, J.J., “El control social del delito a través de la prevención situacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 2, 2º Época (Julio 1998), pp. 281-326.

MEIER, B.D.; *Kriminologie*, 2ª Ed., Beck, München, 2005.

MENDOZA BUERGO, B.; “Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”, en *Derecho Penal y Justicia Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Díaz-Maroto y Villarejo (Ed.), Colex, Madrid, 2006, pp. 351-372.

MENDOZA BUERGO, B.; *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.

MERCURO, N./MEDEMA, S.G.; *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, 3ª Ed., Princeton University Press, 1999.

MERKEL, A.; *Derecho Penal. Parte General*, Dorado Montero (Trad.), BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2006.

MESTRE DELGADO, E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Ed., Lamarca Pérez (Coord.), UNED/COLEX, Madrid, 2005.

MICELI, M./NEAR, J./SCHWENK, CH.; “Who Blows The Whistle and Why?”, en *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 45, N° 1 (Octubre 1991), pp. 113-130.

MILANS DEL BOSCH, S.; “Comisión imprudente del delito de blanqueo de capitales”, en *IURIS* N° 94 (mayo 2005), pp. 27-29.

MOLINA MANSILLA, M.; “El delito de blanqueo de capitales: concepto y fases”, en *La Ley Penal* N° 41 Año IV (Septiembre 2007), pp. 87-98.

MOLINA MANSILLA, M.; “El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal”, en *La Ley Penal* N° 42 Año IV (Octubre 2007), pp. 59-71.

MONFRINI, E.; “El caso Abacha”, en *Recuperación de activos de la corrupción*, Jorge (Dir.), Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

MONTANER FERNÁNDEZ, R.; *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.

MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.; *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, Comares, Granada, 1998.

MULLERAT, R.; “La Sarbanes-Oxley Act de los Estados Unidos”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5691 (martes, 7 de enero de 2003), pp. 1417-1420.

MULLERAT, R.; “Las Directivas Europeas contra el blanqueo de capitales. Impacto sobre el secreto profesional del abogado”, en *La Ley. Revista Jurídica Española* N° 5653 (martes, 12 de noviembre de 2002), pp. 1741-1745.

MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Ed., tirant lo blanch, Valencia, 2007.

MÜLHAUSEN, D.; “Bekämpfung der Geldwäsche in der Kredit- und Finanzdienstleistungswirtschaft”, en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.); Beck, München, 2006.

MÜSSIG, B.; “Strafverteidiger als ‘Organ der Rechtspflege’ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche”, *Wistra Heft 6* (15 de Junio 2005), pp. 201-206.

NELLES, U.; “Die europäische ‚Wasche von Erträgen aus Straftaten‘”, en *Money, money, money... Geldwäsche, Gewinnabschöpfung und Rückgewinnungshilfe*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 109-126.

NEWBURN, T., *Criminology*, Willan Publishing, Cullompton, 2007.

NIETO MARTÍN, A.; “Responsabilidad Social, Gobierno Corporativo y Autorregulación: sus Influencias en el Derecho Penal de la Empresa”, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo Fernández (Dir.) – Bacigalupo/Gómez Jara Díez (Coord.), Edit. Univ. Ramón Areces, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, A.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Serrano Piedecabras/Demetrio Crespo (Dir.), Edit. Colex, Madrid, 2008.

NUSSBAUM, M.; “The costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis”, en *29 J. Legal Stud.*, especialmente p. 1005-1036.

OGUS, A; *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, Hart, Oxford/Portland, 2006.

OGUS, A.; “What Legal Scholars can learn from Law and Economics”, en *79 Chi.-Kent L. Rev.* (2004), pp. 383-402.

OGUS, A.; “Rethinking Self-Regulation”, en *A Reader on Regulation*, Baldwin/Scott/Hood (Eds.), Oxford University Press, New York, 1998, pp. 374-388.

ORTIZ DE URBINA, I.; “El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”, en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Courtis (Ed.), Trotta, Madrid, 2006, 321-348.

ORTIZ DE URBINA, I.; “Análisis Económico del Derecho y Política Criminal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología 2ª Época, Diciembre de 2004, N° Extraordinario 2*, pp. 31-72.

ORTIZ DE URBINA, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, Tesis Doctoral Inédita, 2003.

ORTUÑO, C.; “Las tipologías en el ámbito internacional (I): Mercado de Valores”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 127-154.

OSWALD, K; *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Iuscrim, Freiburg, 1997.

OSWALD, K.; “Die Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (§ 261 StGB i.V.m. dem GwG) –eine kriminologisch-empirische Untersuchung“, en *wistra N° 9* (1997), p. 328-331.

OTTO, H.; “Das strafrechtliche Risiko der gesetzlichen Vertreter und Geldwäschebeauftragten der Kreditinstitute nach dem Geldwäschegesetz“, *wistra N° 9* (1995), pp. 323 y ss.

PALMA HERRERA, J.M.; *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 1999.

PAMPEL, J./GLAGE, D.; “Unternehmensrisiken und Risikomanagement”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, pp. 81-96.

PARISI, F.; “Positive, normative and functional schools in law and economics”, en *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2<sup>a</sup> Ed., Backhaus (Ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2005, pp. 58-73.

PARSONS, W.; *Public Policy. An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis*, Edward Elgar, Aldershot/Brookfield, 1995.

PATERNOSTER, R./SIMPSON, S.; ”A Rational Choice Theory of Corporate Crime”, en *Routine Activity and Rational Choice. Advances in Criminological Theory Volume 5*, Clarke/Felson (Eds.), Transaction Publishers, New Brunswick/London, 1993, pp. 37-58.

PASTOR, S.; *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989.

PASTOR MUÑOZ, N.; “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho Penal o autorregulación empresarial?”, en *In Dret* N° 4/2006.

PEREZ MANZANO, M.; “Los Derechos Fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las ‘conductas neutrales’. La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005, S. 789-836.

PIETH, M.; “Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung”, en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.), Beck, Munich, 2006, p. 36 y ss.

PIETH, M.; “Staatliche Intervention und Selbstregulierung der Wirtschaft”, en *FS Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 317-325.

PIETH, M.; “The Prevention of Money Laundering: A Comparative Analysis”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 6/2 (1998), pp. 159-168.

PIETH, M.; “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität”, en *ZStW* N° 109 (1997), pp. 756 y ss.

PIETH, M.; “Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten: Zu den Hintergrund und Risiken der neuen Gesetzgebung”, en *StV N°12 (1990)*, pp. 558 y ss.

PIETH, M./AIOLFI, G.; “The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process”, en *Journal of Financial Crime Vol. 10 N° 4 (2003)*, pp. 359-365.

PIETH, M./AIOLFI, G.; “Anti-Money Laundering: Levelling The Playing Field”, study by The Basel Institute on Governance, Commissioned by The Stiftung Finanzplatz Schweiz (Summary), Basel, 2003, p. 16 (en [www.baselgovernance.org/publications/working-papers](http://www.baselgovernance.org/publications/working-papers)) (visitada el 17 de enero de 2008).

PINILLA RODRÍGUEZ, A. ; “Las tipologías de blanqueo en España (I): estudio de las tipologías más frecuentes en nuestro país”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 73-84.

POLINSKY, M.; *An Introduction to Law and Economics*, 2ª Ed., Little, Brown and Co.; Boston/Toronto, 1989.

POLINSKY, M./SHAVELL, S.; “The Optimal Tradeoff between the Probabilily and Magnitud of Fines”, *The American Economic Review*, Vol. 69, N° 5 (Dic., 1979), pp. 880-891.

POSNER, E.; *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2000.

POSNER, E./SUNSTEIN, C.; “Dollars and Death”, en *The University of Chicago Law Review* N° 72 (2005), pp. 537-598.

POSNER, R.; *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 6ª Ed. 2003.

POSNER, R.; *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

POSNER, R.; “The Law and Economics Movement”, en *The American Economic Review*, Vol. 77, N°2, May, 1987, pp. 1-13.

POSNER, R.; *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1981.

POSNER, R.; “Economic Approach to Law”, *53 Texas Law Review (1974-1975)*, pp. 757-782.

POSNER, R./PARISI, F.; “Law and Economics: An Introduction”, en *Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, N° 81), Vol I: Theoretical and Methodological Foundations*; Posner/Parisi (eds.), Edward Elgar, Cheltenham y Lyme, 1997.

PRITTWITZ, C.; “Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik”, en *StV N° 3*, pp. 498-502.

PUPPE, I.; “Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten”, *GS-Armin Kaufmann*, Köln u.a., 1989, p. 15 y ss.

PUPPE, I.; “Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik”, en *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden, 1999, p. 469-494.

PÜTTER, N.; “Geldwäsche und die Achillesferse des ‘organisierten Verbrechens’”, en *Krim. Journal Vol. 27 N° 4 (1995)*, p. 257-275.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; *Derecho Penal Español. Parte especial*, 5ª Ed., Atelier, Barcelona, 2008.

QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Valle Muñiz (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996.

QUIRK, P.; *Macroeconomic Implications of Money Laundering -IMF Working Paper-*, International Monetary Fund, Junio de 1996.

RAGUÉS I VALLÉS, R.; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Héroes o traidores? – La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal”, en *InDret* N° 3/2006.

RAGUÉS I VALLÉS, R.: “Lavado de Activos y Negocios Standard”, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La Lectura/Lerner, Córdoba, 2001, pp 621-653.

ROBLES PLANAS, R.; “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, en *Diario La Ley* N° 7015, *Sección Doctrina*, 18 Sep. 2008, Año XXIX, Editorial La Ley.

RODEWALD, J./UNGER, U.; “Corporate Compliance – Organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung von Haftungsfällen der Geschäftsleitung”, en *BB* 2006, pp. 113 y ss.

RODRÍGUEZ ROMÁN, E.; “Normas preventivas. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre: sujetos obligados y actuaciones del Servicio Ejecutivo”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 51-72.

RODRIGUEZ VILLAR, P./BERMEJO, M.G.; *Prevención del Lavado de Dinero en el Sector Financiero*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C.; “La protección de los *Whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero/Nieto Martín (Coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 447-484.

ROLDÁN, J.M.; “La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 203-212.

ROSADO DOMÍNGUEZ, F.; “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 155-202.

ROSE, N.; “Government and Control”, en *Criminology and Social Theory*, Garland/Sparks (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 191-183-208.



ROWLEY, CH.; “Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories”, en *Law and Economics (The International Library of Critical Writings in Economics, N° 81), Vol I: Theoretical and Methodological Foundations*; Posner/Parisi (eds.), Edward Elgar, Cheltenham y Lyme, 1997, pp. 37-51.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997.

RUBIO LARA, P.A.; *Parte Especial de Derecho Penal Económico Español*, Dykinson, Madrid, 2006.

SALIGER, F.; “Geldwäsche als ‘crime in progress’”, en *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Eds.), Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2007, pp. 451-473.

SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T.; *Prevenir y Castigar. Libertad de Información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Editorial BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2008.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Garrigues Cátedra - Universidad de Navarra/Thomson Civitas, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; “Blanqueo de capitales y abogacía”, en *In Dret N° 1/2008*.

SEELMANN, K; “Punibilidad de la Empresa: Causas, Paradojas y Consecuencias”, en *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes*, García Caveró (Coord.), Ara Editores, Lima, 2002.

SEVERINO GONZÁLEZ; “Las tipologías de blanqueo en España (III): investigaciones policiales sobre blanqueo de dinero y problemática más frecuente”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 105-126.

SCHLAGHECKE, M.; “Compliance – EDV – Lösungen in der Praxis”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, Hauschka (Ed.), Beck, München, 2007, p. 294 y ss.

SCHMIDTCHEN, D.; “Wozu Strafrecht? Another View of the Cathedral”, en *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag für Heike Jung*, Radtke/Müller/et. al. (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 2004.

SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB-Kommentar<sup>27</sup>, Beck, München, 2006.

SCHÜNEMANN, B.; “Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas”, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Cancio Meliá/Pérez Manzano (Trad.), Tecnos, Madrid, 2002.

SCHÜNEMANN, B.; “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, en *ADPCP Vol. LV (2002)*, pp. 9-38.

SCHÜNEMANN, B.; “Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 629-649.

SCHÜNEMANN, B.; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

SCHWARZ, J.; “Meldepflicht der Finanzintermediäre – Amtshilfe, aktive und passive Rechtshilfe”, en *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Wohlers (Ed.), Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2007, p. 187-204.

SEHER, G.; “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, Alcácer Guirao (Trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 69-94.

SEN, A.; *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, Lamprea Montealegre (Trad.), Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2002.

SEN, A.; “The Discipline of Cost-Benefit Analysis”, en *Journal of Legal Studies*, junio de 2000, pp. 931-952.

SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª Ed., Dykinson, Madrid, 2007.

SERRANO MAÍLLO, A; *Introducción a la Criminología*, 4ª Ed., Dykinson, Madrid, 2006.

SHAPLAND, J.; “Country Reports – England and Wales”, en *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Albrecht/Kilchling/Braun (Eds.), Iuscrim, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht; 102).

SHAUGHNESSY, P.; “The New EU Money-Laundering Directive: Lawyers as Gatekeepers and Whistleblowers”, en *Law & Policy In International Business N° 34 (2002-2003)*, pp. 25-44.

SHAVELL, S.; *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2004.

SHAVELL, S.; “Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, en *Columbia Law Review 85 (1985)*, p. 1232-1262.

SIEBER, U.; “Compliance-Programme im Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität”, en *FS für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008*, p. 449-484.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos", en *Judicatura y notariado ante los delitos económicos*, Palacios Criado/Fuentes Martínez (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 164-204.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del Art. 129 del Código Penal Español”, en *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes*, García Caveró (Coord.), Ara Editores, Lima, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; “Hacia el Derecho Penal del ‘Estado de Prevención’. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal”, en *¿Libertad económica o*

*fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 307-332.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; “Eficiencia y Derecho Penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales 1996, Fascículo I.*, pp. 93-128.

SINCLAIR, D.; “Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies”, en *Law and Policy Vol 19 N° 4 (Octubre 1997)*, pp. 529-560.

SMITH, G.; “Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering”, en *U. Pa. J. Int 101 (1992-1993)*, pp. 101-140.

SMITH, K. B.; “Economic Techniques”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 729 y ss.

SOTO NIETO, F.; “Blanqueo de Capitales. Connotaciones Jurisprudenciales”, en *La Ley. Revista Jurídica Española N° 5508 (viernes 22 de marzo de 2002)*, pp. 1689-1691.

STESSENS, G.; *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

STIGLER, G.; “The Optimum Enforcement of Laws”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, Nro.3 (May-Jun. 1970), pp. 526-536.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Receptación y Blanqueo de Capitales”, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Vol. II*, Bajo Fernández (Dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; “Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico”, en *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (Dir.)/Barreiro (Coord.), Civitas, Madrid, 1997.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, en *Cuadernos de Política Criminal N° 58 (1996)*, pp. 125-154.

SUÁREZ-MIRA C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRIGUEZ, J.R.; *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Suárez-Mira (Coord.), 3ª Ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

SUNSTEIN, C.; "Toward Behavioral Law and Economics", en *Judgment, Decisions, and Public Policy*, Gowda/Fox (Eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 218 y ss.

SUNSTEIN, C.; "Introduction", en *Behavioral Law and Economics*, Sunstein (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 1-11.

SUNSTEIN, C.; "On Philosophy and Economics", en *Quinnipiac Law Review* 2000, p. 333-348.

SUNSTEIN, C.; "Behavioral Law and Economics: A Progress Report", *American Law and Economics Review* V1 N1/2 (1999), pp. 115-157.

SUNSTEIN, C.; "Behavioral Analysis of Law", *The University of Chicago Law Review* N° 64 (1997), pp. 1175-1196.

SUNSTEIN, C.; "On the expressive function of law", en *University of Pennsylvania Law Review* (1995-1996), pp. 2021 y ss.

SUSS, E./WILLIAMS, O./MENDIS, CH.; *Caribbean Offshore Financial Centers: Past, Present, and Possibilities for the Future -IMF Working Paper-*, International Monetary Fund, 2002.

SYKES, G./MATZA, D.; "Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency", en *American Sociological Review* Vol. 22 N° 6 (Dic. 1957), pp. 664-670.

TAMARIT SUMALLA, J.M., "Política criminal con bases empíricas en España", en *Política Criminal* N° 3 (2007 A8).

TANZI, V; *Money Laundering and the International Financial System -IMF Working Paper-*, International Monetary Fund, Mayo de 1996.

TAYLOR, I.; "The International Drug Trade and Money-Laundering: Border Controls and Other Issues", en *European Sociological Review*, Vol. 8, N° 2 (Sep. 1992), pp. 181-193.

TEICHMANN, H./ACHSNICH, G.; "Das Geldwäschegesetz - Überblick", en *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Herzog/Mülhausen (Eds.), Beck, Munich, 2006.

THEILE, H.; "Unternehmensrichtlinien – Ein Beitrag zur Prävention von Wirtschaftskriminalität?", en *ZIS 9/2008*, p. 406-418.

ULEN, T.; "Rational Choice Theory in Law and Economics", en *Encyclopedia of Law and Economics Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Bouckaert/De Geest (Eds.), Edward Elgar, Cheltenham, 2000, pp. 790-818.

ULEN, T.; "The Growing Pains of Behavioral Law and Economics", en *51 Vand. L. Rev. 1998*, pp. 1747-1764.

ULEN, T.; "The Lessons of Law and Economics", *2 J. Legal Econ. (1992)*, 103-136.

VAN DIJK, J.J.M.; "Towards Effective Public-Private Partnership in Crime Control: Experiences in the Netherlands", en *Business and Crime Prevention*, Felson/Clarke (Eds.), Criminal Justice Press, Monsey/New York, 1997, pp. 97-124.

VAN DIJCK, M.; "Has clarity been brought to the diamond sector? A survey into AML and TF risk mitigation by diamond traders and their financiers", en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 73-94.

VAN DUYNE, P., "Money-Laundering: Pavlov's Dog and Beyond", en *The Howard Journal Vol. 37 Nro. 4 (Nov. 98)*, pp. 359-374.

VAN DUYNE, P.C.; "Serving the integrity of the Mammon and the compulsive excessive regulatory disorder", en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 1-8.

VAN DUYNE, P./GROENHUIJSEN, M./SCHUDELARO/A.; "Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy", en *Crime, Law & Social Change N° 43 (2005)*, pp. 111-147.

VELJANOVSKI, C.; *The Economics of Law. An Introductory Text*, Hobart Paper 114, The Institute of Economic Affairs, Londres, 1990.

VERHAGE, A.; “Between the hammer and the anvil? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry”, en *Crime, Law & Social Change Vol. 52 N° 1 (2009)*, pp. 9-32.

VIDALES RODRIGUEZ, C.; *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, tirant lo blanch, Valencia, 1997.

VIDAVER-COHEN, D.; “Ethics and Crime in Business Firms: Organizational Culture and the Impact of Anomie”, en *The Legacy of Anomie Theory. Advances in Criminological Theory Volume 6*, Adler/Lauffer (Eds.), Transaction Publishers, New Brunswick (USA)/London (UK), 1995, pp. 183-213.

VOGEL, J.; “Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, en *ZStW N° 109 (1997)*, pp. 335-356.

VOGT, S.; “Geldwäsche aus Sicht des Bundeskriminalamtes”, en *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen. Präventive und repressive Massnahmen vor dem Hintergrund des 11. September 2001*, Gropp/Sinn (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 555-566.

VOLD, G./BERNARD, TH./SNIPES, J; *Theoretical Criminology*, 5ª Ed.; Oxford University Press, New York/Oxford, 2002.

VON FEUERBACH, P.J.A.; *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Zaffaroni/Hagemeier (Trads.), Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

VON HIRSCH, A; “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, Alcácer Guirao (Trad.), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Hefendehl (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-52.

VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A.; “Not Not Just Deserts. A Response to Braithwaite and Pettit”, en *Oxford Journal of Legal Studies N° 12 (1992)*, p. 83-98.

WHITE, R./HAINES, F., *Crime and Criminology. An Introduction*, 2ª Ed., Oxford University Press, South Melbourne, 2000.

WIRTZ, G.; *Das “Al Capone”-Prinzip. Risiken und Chancen einer “Gewinnabschöpfung durch Besteuerung” nach dem Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 2006.

WIRTZ, G./BERMEJO, M. G., “Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución?”, en *ZIS 11/2007*, p. 450-459.

WOLFF, J./HAUBRICH, D; “Economism and its Limits”, en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 746 y ss.

ZAGARIS, B.; “A Brave New World: Recent Developments in Anti-Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters”, *Vand. J. Transnat N° 32 (1999)*, p. 1023-1116.

ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “El blanqueo de bienes de origen criminal”, en *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 365-428.

ZUBERBÜHLER, D.; “Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?- Sicht eines Bankaufsehers“, en *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?*, Mark Pieth (Ed.), Basel/Frankfurt am Main/Stuttgart, 1992, pp. 29-66.