

ESTUDIO POLÍTICO CRIMINAL SOBRE EL TIPO IMPRUDENTE DE LEGALIZACIÓN DE CAPITALS*

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ**
Prof. Dr. de Derecho Penal y Criminología
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

La introducción *ex novo* del tipo imprudente de legalización de dinero plantea numerosas cuestiones político criminales, entre las que destacan su adecuación al concepto material del delito y su consideración como una manifestación del denominado derecho penal simbólico. El presente artículo afrontará el estudio de la nueva figura penal a través de los siguientes apartados: el primero de ellos, abordará la necesidad de su protección penal, y el segundo, realizará una serie de propuestas de política criminal.

PALABRAS CLAVE: Lavado de dinero – Política criminal – Delito imprudente.

ABSTRACT

Ex novo introduction of indiscreet money legalization arises a series of political-criminal questions, among which its adaptation to the material concept of crime and its consideration as a manifestation of the so-called symbolic criminal law. This article discusses the new penal figure in two sections: one which addresses the need for penal protection and another one which suggests criminal policies.

KEY WORDS: Money laundering – Criminal policies – Indiscreet crime.

* El presente estudio desarrolla la ponencia que, bajo el mismo título, se expuso en las I Jornadas de Ciencias Penales, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso del 18 al 20 de noviembre de 2004. Algunas de las consideraciones del presente estudio son fruto del posterior debate y de los comentarios de los asistentes. A la vez, esta investigación es fruto del proyecto de investigación otorgado por la Universidad Austral de Chile titulado: "El nuevo delito de lavado de capitales: una interpretación conforme a la realidad criminológica del crimen organizado y a los límites al *ius puniendi*" (DID S - 2005 - 59).

** Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Dirección postal: Campus Isla Teja s/n. Casilla 567. Valdivia. correo electrónico: josefernandez@uach.cl

I. INTRODUCCIÓN

La creciente preocupación de los gobiernos y organismos internacionales por las consecuencias nocivas que produce el crimen organizado, no sólo en bienes personales, como la salud o la libertad, sino en el propio orden económico y en las propias bases del Estado, les ha llevado al convencimiento que una forma especialmente eficaz para combatirlo es, precisamente, persiguiendo las prácticas de blanqueo de los fondos generados por dicha actividades delictivas. Si bien, en un primer momento se establecieron medidas penales, la constatación de que una parte sustancial de esta actividad de blanqueo se realizaba a través del sistema financiero, llevaron a los Estados Unidos y, posteriormente, a la Unión Europea a promulgar una serie de medidas de prevención destinadas a aquellas instituciones financieras y profesionales susceptibles de ser utilizadas para estos fines ilícitos¹.

Por lo tanto, la lucha contra el blanqueo de capitales distingue una doble línea de acción seguida por los organismos supranacionales y por los gobiernos nacionales: la vía penal y la vía de prevención, encaminada a dificultar o impedir la actividad de blanqueo y, a la vez, sancionar el incumplimiento de las obligaciones impuestas a los sujetos obligados por esta normativa. Lo anteriormente expuesto también ha tenido su reflejo en nuestro país. Así, el lavado de dinero procedente del tráfico de drogas fue tipificado en 1995 (antiguo art. 12 de la Ley 19.366), y a partir de la reciente Ley 19.913 que "crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica disposiciones en materia de lavado y blanqueo de acti-

¹ A finales de 1988 Estados Unidos, consciente de la internacionalización del crimen organizado, presionó para que se establecieran medidas de prevención del blanqueo de capitales en otros ordenamientos jurídicos nacionales. El sistema por el que abogaba era el denominado "reporting sistemático", consistente en que las entidades financieras debían comunicar a las autoridades competentes todas las operaciones financieras superiores a una determinada cantidad. Los países europeos inicialmente opusieron una clara resistencia a aceptar una medida tan excepcional, en parte por el alto costo que suponía su implantación tanto para las administraciones públicas, como para las entidades financieras; y en parte, porque el secreto bancario era una institución especialmente arraigada en la mayor parte de estos países. Posteriormente, el sistema continental, y especialmente el Reino Unido, estableció otro mecanismo preventivo, que someramente consiste en la obligación de las entidades bancarias y sus empleados de comunicar a las autoridades competentes aquellas transacciones que, de acuerdo con unos criterios previamente establecidos, podían estar relacionados con el blanqueo de capitales. Se trata, por tanto, de un sistema de comunicaciones selectivas y a iniciativa de las entidades financieras. Por último, dentro del sistema comunitario, se ha impuesto, en especial en España, un sistema mixto que recoge los dos anteriores: las entidades financieras deben remitir tanto aquellas operaciones que superen una cantidad determinada, como aquellas que tengan sospechas de que están relacionadas con el blanqueo de capitales. De esta forma, desde finales de los años ochenta la comunidad internacional viene esforzándose en llevar a cabo este cometido. Destaca la Declaración de Basilea de 1988, realizada por el *GAFI*; la Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea, de 10 de junio, o la creación de la asociación de unidades de inteligencia financiera, grupo *EGMONT*, que tiene, entre otros cometidos, asesorar a aquellos países que se encuentran en proceso de implantación de estas normas de prevención, como es el caso de Chile.

vos”² (en lo sucesivo LBC) que, además de modificar el sistema penal (art. 19 y 20 LBC), ha introducido un sistema de prevención. En efecto, la LBC adopta, de acuerdo con la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno cultural y con los compromisos internacionales adoptados por el Estado, un sistema de intervención de naturaleza mixta. Por una parte, el sistema penal que se encuentra vigente desde la promulgación de la Ley N° 19.366 (antiguo art. 12), donde se castiga, precisamente, la comisión de operaciones de lavado (actual art. 19). Y por otra parte, un sistema preventivo donde se establecen unas series de obligaciones a aquellas instituciones, profesiones susceptibles de ser utilizadas en una operación de lavado de dinero, entre las que destacan: el deber de informar de operaciones sospechosas de lavado de dinero (art. 3); el mantenimiento de registros especiales (art. 5) y la abstención de informar a los afectados o a terceros de una investigación por parte de la Unidad de Análisis Financiero³. A la vez, este elenco de obligaciones debería haber ido acompañado de un sistema sancionador de naturaleza administrativa, como ocurre en el ámbito de la Unión Europea, o de naturaleza penal, como es el caso de Estados Unidos, donde gran parte de los incumplimientos de su normativa de prevención están castigados con penas de prisión.

Al igual que la anterior regulación en la Ley 19.366, el contenido de la LBC obedece a los compromisos y presiones de carácter internacional. Así, cabe destacar que la presente ley tuvo su definitivo impulso político a raíz de la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transaccional del año 2000 y de los Tratados de Libre Comercio suscritos con EE.UU. y la Unión Europea⁴. Ahora bien, la expresa tipificación del tipo imprudente obedece a una decisión político criminal de nuestro legislador ya que ningún instrumento internacional obliga a su tipificación, a lo más, la letra f) del art. 6 de la Conven-

² El origen más inmediato de la presente ley se encuentra en el proyecto de ley de reforma de la Ley 19.366 sobre drogas, que, entre otros cometidos, estaba destinado a “cubrir vacíos normativos, hacer más rigurosa la punición de ciertos ilícitos vinculados a la Ley 19.366 y modernizar el sistema de investigación (...) Boletín N° 2439 - 20 de la Cámara de Diputados, (Comisión Especial de Drogas).

³ Otras de las características de la LBC son las siguientes: a) Se crea una *Unidad de Análisis Financiero* que tiene como principales funciones la investigación de los procesos de lavado de dinero, el apoyo y fiscalización de los sujetos obligados por esta ley. b) Se establecen una serie de obligaciones destinadas a detectar procesos de lavado de dinero, en especial, los sujetos obligados, principalmente las entidades financieras, deben informar a la UAF de aquellas operaciones sospechosas de un proceso de lavado de dinero. c) La propia ley enumera los sujetos que se encuentran obligados por esta ley, entre los que destacan las entidades financieras. f) En cuanto al delito de legalización, destaca la ampliación de los delitos previos, la punición del denominado “autolavado” y la tipificación de la comisión imprudente.

⁴ Así, el Ministerio de Hacienda manifestó en la Comisión de Hacienda del Senado que “hoy en día existen organismos multilaterales y una presión importante de Gobiernos con los cuales Chile se relaciona y, especialmente, se han incorporado en los Tratados de Libre Comercio, compromisos relativos al deber de los Estados de perseguir de un modo eficiente los delitos vinculado al lavado de dinero”. *Informe de la Comisión de Hacienda*, segundo trámite constitucional, Boletín N° 2.975 - 07, p. 2.

ción de Naciones Unidas prevé expresamente que el dolo podrá inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

La LBC introduce por primera vez la figura imprudente de legalización de capitales⁵, e incluso, podríamos afirmar en los denominados delitos de intervención *post delictum*, si entendemos, claro está, que la receptación del art. 456 *bis* A permite exclusivamente su imputación subjetiva a título de dolo directo o eventual⁶.

La primera aproximación política criminal de la ley que comentamos pone en evidencia uno de los ejemplos más evidentes del incumplimiento por parte del legislador chileno a la hora de prevenir y combatir la vertiente económica del crimen organizado. En primer lugar, se ha producido un injustificado retraso, si tenemos presente que, por una parte, este tipo de medidas comenzaron a instaurarse a principios de los años noventa en los países de nuestro ámbito cultural⁷; y por otra parte, esta situación fue denunciada por el GAFISUD⁸, por

⁵ El *nomen iuris* con el que definimos esta figura delictiva: *el delito de legalización de capitales*, desde una perspectiva jurídica, describe con mayor exactitud este fenómeno criminal, que el término “lavado o blanqueo de capitales”. Ahora bien, utilizaremos la denominación de “lavado de dinero”, “blanqueo de capitales” u otros términos similares a la hora de referirnos al fenómeno criminal.

⁶ Guzmán Dálbora manifiesta que, si bien resulta posible el dolo eventual, el núm. 13 del art. 10 CP obliga que la tipificación de la comisión imprudente sea expresa, exigencia que no concurre en el art. 456 *bis* A CP. A lo anterior, el autor citado, añade que la dicción “o no pudiendo menos que conocerlo” representa una forma de responsabilidad objetiva. Véase *in extenso*, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *Luz y sombras de la “nueva” disciplina de la receptación en el Código penal chileno*, en *Gaceta Jurídica*, núm. 188 (1996), pp. 73 - 87. Ahora bien, aceptando la exclusión de la comisión imprudente, el legislador parece haber optado por una posición cercana a la teoría de la probabilidad a la hora de calificar un hecho como dolo eventual.

⁷ A principios de 1990 se presentó un proyecto de reforma de Ley General de Bancos donde se imponía a las instituciones financieras una serie de obligaciones a fin de prevenir el blanqueo de capitales. El proyecto finalmente fue archivado por la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (7ª sesión ordinaria de 6 de septiembre de 1994.). Posteriormente, se presentó un proyecto de reforma de la Ley 19.366 sobre drogas, que también fue archivado.

⁸ Mensaje de S. E. el Presidente de la República a través del cual crea la unidad de análisis e inteligencia financiera y modifica el Código Penal en materia de lavado o blanqueo de activos. (Boletín N° 2975 - 07) menciona expresamente: “la presente iniciativa tiene por finalidad la prevención y el control del lavado de dinero o blanqueo de activos y, al mismo tiempo, impedir que el sistema financiero y económico nacional sea utilizado para legitimar ganancias ilícitas, protegiendo a dichos sistemas en el marco de la globalidad de los mercados, de acuerdo con los tratados vigentes y las recomendaciones de los diferentes órganos internacionales especializados sobre la materia, tales como la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (Cicad - OEA) y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (Gafisud)”. GAFISUD es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a los países de América del Sur para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales contra ambos temas y la profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros. Se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de nueve

entender que Chile no había adaptado su ordenamiento jurídico a las directrices establecidas por los numerosos instrumentos internacionales y organismos dedicados a la prevención y represión del lavado de dinero⁹. En segundo lugar, este retraso podría haber conllevado el efecto positivo de estructurar un instrumento legislativo, que tras un estudio del Derecho comparado y de su efectiva aplicación, regulara de manera más eficiente el fenómeno del lavado de dinero. Desgraciadamente, esto no ha sido así, y la ley promulgada ha dejado vacíos incomprensibles, que, al menos aparentemente, hacen inoperante el sistema preventivo, y afecta negativamente a la aplicación del sistema penal y, como veremos a continuación, en especial al tipo imprudente de legalización.

Sucintamente, veamos dos ejemplos. El primero en materia de prevención, y en especial respecto del elenco de las obligaciones impuestas, nuestra LBC ha *nacido obsoleta*, ya que no recoge las últimas modificaciones que han operado en el Derecho comparado¹⁰. En segundo lugar, la STC de 28 de octu-

países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. El Grupo goza de personalidad jurídica y estatus diplomático en la República Argentina donde tiene la sede su Secretaría. Sus órganos de funcionamiento son el Pleno de Representantes, el Consejo de Autoridades y la Secretaría del Grupo. Cuenta, además, con el ofrecimiento del gobierno de Uruguay que ha puesto a disposición del Grupo su centro de Capacitación en materia de lavado de dinero de Montevideo. GAFISUD fue creado a semejanza del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) adhiriéndose a las Cuarenta Recomendaciones del GAFI como estándar internacional contra el lavado de dinero más reconocido y a las Recomendaciones Especiales contra la financiación del terrorismo, previendo el desarrollo de Recomendaciones propias de mejora de las políticas nacionales para luchar contra estos delitos. GAFISUD ha sumado a su cometido la lucha contra la financiación del terrorismo, añadiendo este objetivo en su mandato de actuación contenido en el Memorando de Entendimiento y articulando un Plan de Acción contra la Financiación del Terrorismo. Véase, *La Primera Ronda de Evaluaciones sobre los sistemas de control del lavado de activos de Gafisud*. <http://www.gafisud.org/pdf/ResumenEjecutivodeChile.pdf> (2003).

⁹ Todo esto, a pesar de que con anterioridad la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras había adoptado con anterioridad una serie de medidas de prevención de lavado de dinero (Circular N° 3105/1.379, 29 - 01 - 2001), ya que, por una parte, esta normativa data del año 2001, y por otra parte, su contenido resulta insuficiente. La citada Circular, destinada exclusivamente a bancos e instituciones financieras, establece las siguientes obligaciones y recomendaciones: a) La elaboración de un *manual de procedimientos* que debe recoger las pautas de análisis de operaciones sospechosas de lavado de dinero. b) La recomendación de que cada institución designe un funcionario que coordine internamente el cumplimiento del *manual de procedimiento*. c) La participación del directorio de cada institución en la aprobación y evaluación de las medidas de prevención. En cuanto a la evaluación y, en su caso, sanción a las instituciones que hayan incumplido las anteriores obligaciones, se regirá por los Capítulos 1 - 13 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos. Interesante cuestión es si, tras la aprobación de la LBC, la Circular N° 3.105/1.379 continúa vigente, ya que la citada ley no alude expresamente a su derogación.

¹⁰ Véase, como en el Derecho comunitario (Directiva 2001/97/CE) quedan obligados por la normativa de prevención, entre otros, los abogados que realicen actividades de asesoramiento o gestión. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Actualidad Jurídica*, N° 7 (Universidad del Desarrollo, 2003), pp. 375 - 380.

bre de 2004 declaró inconstitucional el sistema sancionador establecido en el proyecto de ley, por lo que, en principio las instituciones del Estado no cuentan con un sistema coercitivo que asegure el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la LBC, salvo, paradójicamente, el caso del incumplimiento de la obligación de no informar a los afectados o a un tercero “la circunstancia de haberse requerido o remitido información a la Unidad de Análisis Financiero” (art.6 LBC) tipificado con una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cien a cuatrocientas Unidades Tributarias. Véase, que nos encontramos ante un claro ejemplo de criminalización de una simple desobediencia administrativa, contraria al principio de lesividad. Además, esta figura plantea problemas con el principio de proporcionalidad de las penas: si bien estamos ante un delito doloso de peligro abstracto, su conducta típica puede coincidir con la omisión de una diligencia debida del tipo imprudente de legalización, en el caso, por ejemplo, de que la entidad financiera informe a un cliente de que está siendo investigado por UAF pero desconozca, o tenga la convicción de que no está realizando una operación de lavado de dinero.

Estos dos ejemplos afectan no sólo al incumplimiento de las medidas de prevención por los sujetos obligados, sino que inciden directamente en la efectiva aplicación del tipo imprudente. Si el elenco de obligaciones se ha reducido a su mínima expresión, y formalmente el Estado no puede asegurar su cumplimiento a través de un sistema sancionador, las posibilidades de aplicar efectivamente el tipo imprudente disminuyen notablemente, al reducirse las posibilidades de detectar una transgresión de la *lex artis*.

A la vista de las anteriores consideraciones, podemos calificar el sistema chileno de prevención del lavado de dinero como *sui generis*, ya que, por una parte, no contiene, al menos expresamente, un sistema administrativo sancionador para el caso de incumplimiento de la mayoría de las obligaciones descritas en la Ley N° 19.913¹¹; y por otra, tipifica el incumplimiento de una obligación especial de prevención (art. 6 y 7 LBC).

Resulta posible en nuestro país una normativa de prevención del lavado de capitales criminales más eficiente. Aunque, debido al objeto del presente estudio no podamos detenernos en esta cuestión, la reforma de la Ley 19.913 debería tener presente las siguientes consideraciones: a) Resulta necesario ampliar el número de sujetos obligados, y en especial, los abogados y otros operadores jurídicos; b) Debe asegurarse que los empleados y directivos de las entidades

¹¹ No obstante, en un reciente comentario a la citada STC llega a la conclusión de que a falta de un sistema sancionador específico, debe aplicarse supletoriamente la Ley N° 19.880 – Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos– un procedimiento común, general y supletorio aplicable a todos los órganos de la Administración del Estado incluida obviamente la Unidad de Análisis Financiero y que contiene las Bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública como lo exige el art. 60 N°18 de nuestra Constitución. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código penal en materia de lavado y blanqueo de activos* (Rol N° 389), en *Revista de Derecho de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UACH*, N° 17 (2004), pp. 267 - 271.

hayan recibido la adecuada formación para detectar una operación de lavado de dinero; c) Resulta necesario regular un sistema sancionador *ad hoc* que asegure un cumplimiento de las obligaciones impuestas por la LBC; d) y por último, debe estrecharse la colaboración con administración tributaria, ya que los estudios criminológicos sobre el crimen organizado y el fraude fiscal han puesto en evidencia las estrechas relaciones que existen entre ambos fenómenos¹².

Mencionados sucintamente algunos de los aspectos normativos y político criminales del fenómeno del lavado de dinero, la presente ponencia se articulará en torno al estudio del nuevo tipo imprudente de legalización de capitales a través de los siguientes apartados: el primero de ellos, destinado a la necesidad político criminal de tipificar la comisión imprudente; y el segundo, realizará una serie de propuestas de política criminal.

II. EL DELITO IMPRUDENTE DE LEGALIZACIÓN DE CAPITALES COMO OPCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL

La mayoría de los países de nuestra órbita cultural y jurídica configuran los supuestos de blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas como un delito eminentemente doloso¹³. No obstante, en los últimos años ha aumentado el número de legislaciones penales que han añadido el tipo imprudente de legalización. La evolución histórica de nuestro delito de legalización es un claro ejemplo de ello¹⁴.

El debate sobre la oportunidad de incriminar la comisión imprudente se ha caracterizado por la falta de consenso. Ya los propios textos internacionales y supranacionales que han impulsado la tipificación penal del fenómeno del blanqueo de capitales, han reflejado la falta de un criterio homogéneo. Las Convenciones de Naciones Unidas de Viena (1988) y Palermo (2000) y la Directiva comunitaria 908/91/CEE 1991 no se pronuncian al respecto; el Convenio del Consejo de Europa de 1990 (art.6.3.a) y las Recomendaciones del GAFI (Recomendación 6) facultan a los Estados partes a sancionar el blanqueo imprudente; y por último, el Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada, aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam en junio de 1997, contempla como una de las recomendaciones la penalización del blanqueo cometido por imprudencia¹⁵.

La doctrina española ha tratado con cierta profundidad la necesidad político criminal de tipificar la comisión imprudente del lavado de dinero¹⁶ considera-

¹² FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *Fraude fiscal y blanqueo de capitales: la economía sumergida y la economía criminal*, en *XIV Congreso Latinoamericano y II Nacional de Derecho penal y Criminología* (Universidad de Valparaíso, 2002), pp. 419 - 424.

¹³ Véase en el ámbito europeo, Resolución sobre el Segundo Informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 91/308. DOCE COM/ CE 1998/ 0401.

¹⁴ Véase el art. 344 *bis h*) antiguo CP español (introducido por la LO 8/1992) y el actual art. 301. 3 CP español aprobado en 1995 y el 305.2 *ter* CP suizo (reforma de marzo de 1994).

¹⁵ DO C 251 de 15.8.1997.

¹⁶ A fin de facilitar la comprensión de las siguientes consideraciones, transcribimos el

ciones que, en principio, son perfectamente extrapolables a nuestro inc. 4º del art. 19 LPC, y que a continuación pasamos a exponer¹⁷.

1. *El principio de mínima intervención*

El principio de mínima intervención, de acuerdo con los parámetros de la teoría del bien jurídico, constituye el primero de los elementos esenciales en una teoría de la legislación que pretendamos que posea el mismo grado de desarrollo y las mismas garantías que la teoría jurídica del delito. A mayor abundamiento, si una determinada propuesta político criminal no pasa por el *tamiz* del concepto material del delito, ésta deberá ser rechazada a pesar de cualquier consideración utilitarista o funcionalista que aconsejara su criminalización.

A nuestro juicio, la tipificación de la legalización de capitales imprudentes afecta al principio de mínima intervención desde una triple perspectiva.

En primer lugar, por el principio de excepcionalidad en la protección penal de la imprudencia derivado del concepto material de delito. Así, a fin de evitar un abuso por parte de legislador penal en la *creación* de figuras imprudentes, dos requisitos deben concurrir para legitimar la tipificación de una imprudencia: i) su referencia a un hecho especialmente grave. Así, tradicionalmente la imprudencia ha sido vinculada a homicidios, lesiones o incendios; y ii) que el sujeto activo tenga un especial deber de cuidado en función de su profesión, oficio, cargo o posición jurídica¹⁸.

contenido del art. 301 CP español: "Artículo 301. 1. *El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, 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. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.* 2. *Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.* 3. *Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.* 4. *El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero*".

¹⁷ La doctrina penal española que se ha ocupado del fenómeno del blanqueo de capitales se encuentra dividida. Así se muestra contraria a la punición imprudente del blanqueo de capitales: RUIZ VADILLO, Enrique, *El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 1641 (1992), p. 129; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales* (Valencia, Trant lo Blanch, 1997), p. 129; GOMEZ INFESTA, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español* (Barcelona, Cedecs, 1996), p. 59. En cambio, se muestran a favor: PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales* (Madrid, Edersa, 2000), p. 593 - 594; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales* (Madrid, Marcial Pons, 2000), p. 284.

¹⁸ GRESPO BAQUERO, Pedro José, *Cuestiones de Parte General en los delitos imprudentes. Problemas concursales*, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* (1999), V, p. 581; FERNÁNDEZ

En segundo lugar, se ha producido un significativo adelanto de las barreras de protección penal. En el terreno socio-económico, el legislador penal para tipificar estos delitos suele recurrir a los denominados delitos de peligro¹⁹ respecto del bien jurídico protegido²⁰. Las figuras imprudentes que tienen como referente estos delitos, materialmente pueden ser concebidas como hipótesis de “tentativas imprudentes”, por lo que supone una notable anticipación de las barreras de protección penal, desde el momento que cabe afirmar que se sancionan “imprudencias sin resultado”²¹.

Y en tercer lugar, mantenemos la menor importancia del bien jurídico protegido. La mayoría de la doctrina mantiene que el bien jurídico protegido por el delito de legalización es de naturaleza macrosocial o institucionalizado. Esta característica despliega a la vez dos importantes consecuencias: en primer lugar, estos bienes protegidos en un derecho penal liberal moderno, sin duda, poseen una menor importancia que aquellos de naturaleza individual o microsocial; y en segundo lugar, la *creación* de un bien jurídico macrosocial supone un nuevo adelantamiento de las barreras de protección del individuo y de su sistema social²².

En conclusión las anteriores características –el constituir un delito imprudente de peligro y proteger un bien jurídico institucionalizado– coinciden con los presupuestos que informan una sanción en el ámbito del Derecho administrativo económico, y en sentido contrario, prohíben su tipificación penal²³.

Así, llegados a este punto deberíamos concluir este apartado y propugnar la expulsión del Derecho penal del tipo imprudente de legalización, pero siendo conscientes de la evidente lejanía que tiene la propuesta del bien jurídico como primer elemento esencial de la política criminal efectivamente aplicada por nuestro legislador, pasamos a comentar otras situaciones que también cuestionan la criminalización de la comisión imprudente del fenómeno del delito de legalización.

CRUZ, José Ángel, *El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones*, en *Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Vol. 13, (Universidad Austral de Chile, 2002), p. 104.

¹⁹ Morales Prats, el autor considera que estamos ante un delito de peligro. MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios*, cit., p. 99. Por nuestra parte, consideramos que estamos ante un delito de resultado cortado, ya que todas las modalidades comisivas recogidas en el art. 19 LBC requieren que se produzca un resultado diferenciado de la acción típica (una transmisión, una conversión etc.), pero no que hayan producido la legalización efectiva de los bienes precedentes de un delito previo. En todo caso, los delitos de resultado cortado merecen las mismas consideraciones político criminales que los delitos de peligro.

²⁰ Respecto a la problemática de la utilización de los delitos de peligro en el orden socioeconómico, véase: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1998), p. 109.

²¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales* (Granada, Comares, 1999), pp. 162 - 164.

²² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusividad de protección de bienes jurídicos*, en *Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UACH*, vol. 14 (2003), pp. 129 - 131.

²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal*, cit., p. 107.

2. *La constitucionalidad de la penalización del blanqueo imprudente: especial referencia al mandato de certeza*

Como señala Vives Antón la Constitución fija los objetivos del Derecho penal y, también, sus límites²⁴. Así, Muñoz Lorente sintetiza las relaciones entre la Constitución política y el Derecho penal desde dos frentes: i) El primero, el de la posible “inconstitucionalidad por omisión” del legislador penal, ya sea por ausencia total de protección o, de forma mucho más significativa, por una protección insuficiente, siempre que podamos afirmar que existan bienes jurídicos reconocidos y protegidos por la Constitución que, a la vez, deban ser obligatoriamente también tutelados por el Ordenamiento penal; y ii) El segundo, por el contrario, aborda las relaciones con el Derecho penal por exceso. Es decir, sobre la legitimidad constitucional de la intervención penal, y en especial, y sobre todo, desde su eficacia desde un punto de vista empírico²⁵.

Blanco Lozano sostiene que la sanción del blanqueo imprudente adolece de una clara inconstitucionalidad. El problema central radica, a su juicio, en la configuración del tipo de legalización imprudente como un delito común, aplicable a todos los ciudadanos, cualidad, que como abordaremos con posterioridad, concurre en el inc. 4º del art. 19 LBC²⁶. En un Estado de Derecho, continúa el autor, “es inadmisibles que se imponga al ciudadano en particular un deber de investigación y conocimiento de los movimientos económicos ajenos, así como de los posibles delitos que hayan cometido sus conciudadanos”. No se puede configurar, concluye, un tipo imprudente aplicable a todos los ciudadanos cuando no se encuentran vinculados –ni en el marco de la Constitución [española] lo pueden estar– a ningún deber especial de actuación respecto del tráfico económico que pueda generarse por culpa²⁷.

Blanco Cordero, afirma que esta crítica sobre la supuesta inconstitucionalidad de la tipificación del delito de legalización imprudente no es convincente, puesto que el art. 301. 3 CP, al igual que el art. 19 LBC, no obliga a la ciudadanía, en general, por un deber especial de conocer el origen de los bienes: “solamente cabrá imputar un delito de blanqueo imprudente a aquellos que, estando jurídicamente obligados, infrinjan sus específicos deberes de diligencia²⁸”.

Por nuestra parte, entendemos que la crítica realizada por Blanco Lozano resulta justificada, pues no debemos olvidar que el texto de la ley configura el tipo imprudente de legalización, al menos formalmente, como un delito común. Por lo tanto, el tipo imprudente de legalización permite que los jueces y tribunales penales establezcan un deber general por parte de todos los ciudadanos de conocer el origen ilícito de los bienes.

²⁴ VIVES ANTÓN, Tomás, *Reforma política y Derecho penal*, en *La libertad como pretexto* (Valencia, Tirant lo Blanch) p. 1991.

²⁵ Véase *in extenso* MUÑOZ LORENTE, José, *Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico*, en *Revista de Derecho y Procesal penal*, N° 6 (2001), pp. 103 - 117.

²⁶ Véase, *infra* “El tipo imprudente como una ley penal en blanco y un delito especial”.

²⁷ BLANCO LOZANO, Carlos, *El blanqueo de capitales*, cit., p. 345.

²⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, *Responsabilidad penal*, cit., p. 186.

3. *El mandato de certeza*

Otra cuestión de orden constitucional del tipo imprudente de legalización radica en el cumplimiento del contenido material del principio de legalidad²⁹.

Con carácter general, debe acudirse al ordenamiento extrapenal y, en ocasiones incluso a los usos y costumbres mercantiles y financieros para determinar el desvalor de la conducta en los delitos socioeconómicos³⁰. Además, en no pocas ocasiones, el conocimiento de las obligaciones que impone la normativa extrapenal en esta materia resulta problemático, debido fundamentalmente al ingente y cambiante número de normas, y a su intrínseca dificultad técnica. Pero la situación de indeterminación se agrava en el caso del delito de legalización imprudente. En primer lugar, la esencia de la desvaloración del autor radica en el conocimiento de un hecho (delito previo) donde no ha participado, situación que incide negativamente en su claridad, y por ende, en la capacidad de los ciudadanos de aprehender su desvaloración social de acuerdo con un *conocimiento paralelo en la esfera del profano*. Y en segundo lugar, puesto que el tipo penal requiere que la imprudencia sea grave, debe distinguirse a *priori* qué omisiones de obligaciones tienen este carácter, cuestión que la *lex artis* por el momento no nos ofrece principios claros de diferenciación.

Las anteriores consideraciones que hemos mencionado afectan negativamente en el cumplimiento del contenido material del principio de legalidad³¹. Ahora bien, también resulta cierto, como afirma Morales Prats, que en el caso de la imprudencia “las exigencias del principio de legalidad y taxatividad deben atemperarse”³²: si se opta por tipificar penalmente la imprudencia, de manera irreversible el cumplimiento del mandato de certeza deberá poseer otro contenido. Pero, además las cotas de certeza jurídica se ven, de nuevo afectadas, en los delitos socioeconómicos, puesto que sus relaciones con la regulación económica y financiera inciden en la descripción típica. Así, apreciamos que la tipificación de un delito socioeconómico imprudente conlleva necesariamente un mayor grado de inseguridad jurídica que respecto del Derecho penal común. Aunque no podamos profundizar más en esta interesante cuestión, queda constancia que la “propia naturaleza y textura del delito imprudente sitúan a esta figura delictiva en una permanente tensión dialéctica con el principio de taxatividad penal”³³.

Pero, en todo caso y, a pesar de las anteriores consideraciones, debemos exigir un mínimo de certeza a los tipos imprudentes socioeconómicos, y sin duda, como acontece con el nuevo delito imprudente de legalización resulta posible una descripción típica más respetuosa con el mandato de certeza, en especial,

²⁹ Sobre las implicaciones constitucionales y político criminales del mandato de certeza, véase, FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *Naturaleza y contenido del mandato de lex certa en la Doctrina del Tribunal Constitucional español*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral* (Valdivia, marzo de 1999).

³⁰ MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios*, cit. p. 97.

³¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, *La responsabilidad penal*, cit., p. 187.

³² MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios*, cit., p. 97.

³³ MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios*, cit., p. 97.

respecto de la conducta típica y la autoría³⁴.

4. *Excepcionalidad en los delitos de "intervención post delictum" y socioeconómicos*

La tipificación del blanqueo imprudente supone una novedad desde una doble perspectiva.

En primer lugar, la tradición histórica, tanto legislativa como dogmática, ha venido considerando que los delitos de "intervención *post delictum*" eran conductas eminentemente dolosas³⁵.

En segundo lugar, constituye un precepto que rompe injustificadamente la regla de irrelevancia penal de la comisión culposa en los delitos socioeconómicos, donde su ámbito de aplicación se ha relegado a los códigos deontológicos y, sobre todo, al Derecho sancionador administrativo³⁶.

5. *El delito imprudente de legalización como un tipo de "sospecha"*

Se alega que la tipificación imprudente de la legalización de capitales de procedencia criminal constituye una mera sanción de "sospecha", donde su aplicación real no es el ámbito de la omisión de la diligencia debida, sino por el contrario, aquellos casos en que no se pueda probar el dolo³⁷.

El principio de división del trabajo, los medios técnicos donde se realizan estas conductas, y en general, el mundo económico financiero dificultan la prueba del tipo doloso a través de indicios. Desde una perspectiva objetiva, en la mayoría de las ocasiones, o bien, son conductas permitidas por el Ordenamiento Jurídico, o bien, tienen un alto componente de licitud.

De esta manera, en el ámbito financiero la exigencia de dolo podría obviarse en no pocas ocasiones si se alega el desconocimiento del origen delictivo de los bienes. Para evitar esto, parte de la doctrina mantiene que la tipificación del delito imprudente de legalización obedece a las ventajas probatorias que ofrece

³⁴ Véase, *infra* "Propuestas de reforma".

³⁵ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Luz y sombras*, cit., pp. 73 - 78; POLITTOF, Sergio (*et alii*), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 368.

³⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo*, cit., p.276. De manera general sobre la problemática de la incriminación imprudente de los delitos socioeconómicos, véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuesta de reforma*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann* (Madrid, BOE, 1995), p. 271.

³⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro, *La responsabilidad penal*, cit., p. 180. A la anterior afirmación, debemos añadir las palabras de Fabian Caparrós: "La penalización del blanqueo imprudente no es correcta desde la perspectiva político-criminal, dado que responde en la mayoría de las ocasiones a un utilitarismo, contrario a las garantías derivadas de un Estado Democrático de Derecho. Según creemos, un precepto como el 301. 3 CP no tiende tanto a reprimir al que opera con unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a garantizar el castigo del sospechoso frente al que las autoridades policiales y judiciales se ven incapaces de demostrar la preexistencia de ese conocimiento". FABIAN CAPARRÓS, Eduardo, A., *El delito...*, cit., p. 417.

el demostrar principalmente una omisión de una diligencia debida³⁸. No son razones materiales las que parecen haber llevado a la incriminación del tipo imprudente de legalización sino la dificultad de probar el tipo subjetivo del delito doloso de legalización, de esta manera se ven menoscabados principios tan esenciales como el de presunción de inocencia, y de protección subsidiaria y fragmentaria del Derecho penal.

6. *Persecución penal de las entidades financieras*

Algunos autores mantienen que, ante los pocos éxitos en la detención de los traficantes de droga y otros delincuentes en el ámbito de la criminalidad organizada, podrían inducir a compensar estos fracasos mediante la persecución penal de los empleados de la banca³⁹.

Esta afirmación no tiene ningún fundamento dogmático ni criminológico, y en todo caso, y sin ánimo de ser demagógico, tenemos que recordar que el Derecho penal está configurado y efectivamente aplicado a la represión de las clases más desprotegidas, virtud que, dudamos mucho, vaya a cambiar con el delito de legalización⁴⁰. La evidencia empírica, por el contrario, demuestra la escasa, si no nula, persecución penal de las entidades financieras. Y debemos volver a recalcar, para que no genere ningún tipo de dudas, que se compare el número de sentencias condenatorias por delitos de tráfico de drogas y el número de sentencias condenatorias por un delito de legalización donde alguno de los condenados pertenezca a una entidad financiera.

7. *El tipo imprudente de legalización como una manifestación del Derecho penal simbólico: la huida al Derecho sancionador administrativo*

El delito de legalización de capitales posee una naturaleza criminológica y político criminal compleja que incide directamente en sus efectos instrumentales. Desde una perspectiva legislativa, es decir, atendiendo a cómo ha sido legislado este fenómeno criminal, sin duda, estamos ante una nueva manifestación del denominado *Derecho penal de excepción*. Así, la estructura de la Ley 19.927 coincide con la establecida en la Ley 19.366 –no debemos olvidar que la regulación del lavado de dinero nació como consecuencia de criminalizar el aspecto económico del tráfico de drogas–. Manifestaciones de la anterior afirmación podemos encontrarlas en la penalización de la denominada autolegalización, las penas extremadamente desproporcionadas, y en la propia tipificación de la comisión imprudente.

Ahora bien, en la fase aplicativa, tanto nuestra propia experiencia histórica, como la de aquellos países con una regulación más desarrollada, han puesto en

³⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, *La responsabilidad penal*, cit., p. 193.

³⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro, *La responsabilidad penal*, cit., p. 196.

⁴⁰ YOUNG nos vuelve a recordar que el paradigma del control penal continúa centrándose en los extractos sociales menos favorecidos. YOUNG, Jock, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía* (Bergalli, Roberto y Sagarduy, Ramiro trads., Madrid, Marcial Pons, 2003).

evidencia que estamos ante una figura que se encuadra en el denominado Derecho penal económico, y que tiene como una de sus principales características, precisamente, una aplicación mucho menor respecto a la del Derecho penal común, o como preferimos denominarlo, el *Derecho penal de las clases menos favorecidas*. Esta situación ha llevado a que el Derecho penal económico haya sido la principal categoría delictual relacionada con el espinoso problema político criminal del *derecho penal simbólico*.

A lo largo de los últimos diez años se han promulgado numerosos instrumentos internacionales y nacionales destinados a la *lucha* contra el lavado de dinero de origen criminal, y no menos estudios, ponencias y congresos, pero hasta la fecha el Consejo de Defensa del Estado no ha iniciado más de diez procesos por el antiguo art. 12 Ley 19.366⁴¹. En otras palabras, existe la fuerte tentación de aceptar, a través de la fuerza de los hechos, que estamos ante un simple debate hedonista donde sus principales frutos prácticos son, por una parte, una ingente cantidad de estudios científicos y conferencias, y por otra, una proliferación de normas penales y administrativas de una considerable complejidad y sometidas a una constante reforma.

Si analizamos la evolución legislativa en la prevención y represión del lavado de dinero desde la perspectiva económica-política de mercado en el espacio temporal donde se constituyen los partidos políticos y las Instituciones del Estado, podemos enumerar varios hechos que pueden arrojar una respuesta a su demora y deficiencias legislativas y operativas.

En primer lugar, el dinero criminal siempre encontrará un refugio para ser reintroducido en la economía legal. La deuda pública de los Estados, la financiación de las economías menos desarrolladas y la globalización económica son hechos que dificultan, si no hacen imposible una política criminal mínimamente aceptable contra el aspecto económico del crimen organizado. Si bien, en las últimas décadas, se ha tipificado penalmente el fenómeno del blanqueo de capitales y existe una normativa de prevención, dos aspectos estrechamente relacionados con este fenómeno hacen que la aplicación práctica del delito de legalización se acerque a una mera función simbólica o mediática, nos referimos a la política de liberación de las transacciones económicas con el exterior; y por otra parte, a la política contra el fraude. A mayor abundamiento, el mantenimiento de los paraísos fiscales y las políticas fiscales contra el fraude más preocupadas por la efectiva recaudación de impuestos que por investigar las posibles responsabilidades penales –la introducción de la moneda única europea ha sido una de las últimas manifestaciones– inciden negativamente en la aplicación del delito de legalización.

En segundo lugar, el proceso de globalización y liberación de capitales ha

⁴¹ La propia unidad de inteligencia financiera de España (SEPBLAC) reconoce que a la vista de sus propios resultados, si se comparan con el volumen de capitales que razonablemente puede sospecharse que mueven las actividades con el tráfico de drogas, el terrorismo y la delincuencia organizada, aquellos han de calificarse como insuficientes. SEPBLAC, *Memoria de Actividades* (1998), p. 23.

desplegado unas estrechas relaciones entre el sistema financiero y el blanqueo de capitales. Así cabe destacar: el volumen del mercado financiero; la complejidad de sus operaciones que lo hacen idóneo, como ningún otro sector, para las operaciones de blanqueo; la gran disparidad de las reglamentaciones nacionales; la deficiente, o prácticamente nula, supervisión bancaria en muchos países; la existencia del secreto bancario; las posibilidades de anonimato que con frecuencia brindan muchas legislaciones nacionales; y las nuevas técnicas y procedimientos bancarios que, encaminados a agilizar las operaciones y facilitar los trámites a los clientes, son utilizadas por lo blanqueadores. Esta situación se agrava en países como Chile donde la inversión extranjera constituye uno de los pilares de su desarrollo económico.

En conclusión, la tensión existente entre la política internacional tendente a eliminar las barreras en las transacciones económicas y financieras con el exterior, y la política contra la prevención del blanqueo de capitales produce claras respuestas contradictorias ante fenómenos tan interrelacionados, y que tiene unos efectos claros en la efectiva aplicación del delito de legalización.

Ante estas situaciones, y en palabras de Luzón Peña “cuando por las circunstancias concurrentes en una materia objeto de regulación sea previsible que las sanciones penales van a ser inaplicadas o totalmente ineficaces, es preferible, también a efectos simbólicos, la regulación extrapenal de la misma estableciendo con claridad lo prohibido y lo permitido y previendo, cuando sea posible, otras sanciones o consecuencias extrapenales con posibilidades reales de aplicación”⁴².

Ahora bien, la consideración del delito de legalización, y en especial de su tipo imprudente, como una manifestación del Derecho penal simbólico supone una conclusión prematura. A continuación, y de manera sucinta, realizamos una serie de consideraciones a este respecto.

a) *¿Qué es el derecho penal simbólico?* En primer lugar, debemos determinar qué entendemos como una manifestación del Derecho penal simbólico, en el sentido de reprochar al legislador de servirse ilegítimamente del derecho penal, a pesar de como señala Hassemer, que resulta sumamente difícil encontrar un concepto preciso y apto para tales términos⁴³. Dos son las principales críticas que la doctrina ha hecho hincapié: la primera, es el mantenimiento de la intervención penal pese a que no son alcanzables unos efectos instrumentales, e incluso, se simula o se conoce de antemano la falta de aplicación de la norma penal; para otros, lo decisivo es la desnaturalización de la intervención penal que conlleva, dada la falta de legitimación de todos o la mayor parte de los efectos simbólicos⁴⁴.

⁴² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética*, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (Madrid: Facultad de Derecho, UNED, 2000), p. 134.

⁴³ HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Pena y Estado*, N° 1 (1991), p. 28.

⁴⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en *Modernas tendencias en la Ciencia Penal y en la Criminología* (Madrid, UNED - Facultad de Derecho,

En los últimos tiempos parte de la doctrina viene manifestando que nos encontramos ante un proceso constante de deslegitimación del Derecho penal – fundamentalmente en áreas como del Derecho penal ambiental y económico– a través de sus efectos simbólicos. Esta desacreditación se produce porque se entiende que el Derecho penal simbólico no está en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos, pero como nos recuerda Díez Ripollés al Derecho penal “le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y que, en efecto, se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena conciencia de su legitimidad, para la obtención de sus fines”⁴⁵. Es más, dicha función es inherente al Derecho penal y debe valorarse positivamente ya que el Derecho penal, con independencia de su efectiva aplicación, produce un efecto simbólico en la conciencia de los ciudadanos⁴⁶. A mayor abundamiento, la función simbólica es un *instrumento secundario* y adicional al de la protección de bienes jurídicos: a través del *espectáculo* que supone la aplicación del Derecho penal se traslada a la sociedad ciertos mensajes de contenido valorativo que inciden en la conciencia social⁴⁷.

Así, y resumiendo la postura del citado autor, en primer lugar, los efectos simbólicos guardan una estrecha relación con los efectos integradores de la acción legislativa, judicial y penitenciaria que constituyen uno de los pilares fundamentales de la utilización legítima de la pena, ya que representan el núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva, además de confirmar la vigencia de los contenidos básicos del orden social entre los ciudadanos. Por lo tanto, resulta necesario determinar qué manifestaciones del Derecho penal podemos atribuirles al carácter de simbólico desde una perspectiva deslegitimadora del Derecho penal, es decir, que constituyan un incumplimiento de las decisiones político criminales fundamentadoras de los fines de la pena, o bien, a aquellas que, a pesar de que ciertamente previenen delitos, concentran su atención en los objetos personales menos significativos, o que, aun respetando asimismo este último requisito producen efectos con un contenido innecesario para garantizar el control social penal⁴⁸. A mayor abundamiento, una corriente crítica frente a

2001), p. 122. Como señala Hassemer, el Derecho penal simbólico “en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominan sobre las manifestaciones [...] esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma”: HASSEMER, Winfried, *Derecho penal simbólico*, cit., p. 30.

⁴⁵ Díez Ripollés, José Luis, *El derecho penal simbólico*, cit., p. 109.

⁴⁶ Luzón Peña resume las posiciones que prestan atención en la función legitimadora del Derecho penal. Así, hay quienes vinculan esta función simbólica a la extendida función “ético social” de las normas penales en la conocida expresión de Welzel. Pero también se puede optar por la separación estricta del Derecho y la moral o la ética social, donde la calificación de un comportamiento como criminal confirma frente a los ciudadanos el símbolo más grave de reprobación. Ello forma parte de la función “expresiva” de las normas (que es uno de los enfoques de la prevención general positiva, p. ej., en el sentido de Jakobs), razón por la que algunos (como Díez Ripollés o Cancio) sostienen que en este aspecto es legítimo e imprescindible el efecto simbólico del Derecho penal.

⁴⁷ Véase por todos, Muñoz Lorente, José, *Obligaciones constitucionales*, cit., p. 117 - 118.

⁴⁸ Díez Ripollés, José Luis, *El derecho penal simbólico*, cit., p. 128.

la función simbólica del Derecho penal manifiesta que, a pesar que prácticamente en todas las leyes penales se produce una función simbólica, –además de su función instrumental– se produce el fenómeno, cada vez más frecuente y extendido de la absolutización y exclusividad de los elementos simbólicos o *retóricos* en muchas manifestaciones de la actual legislación penal. Incluso, en estos casos, si bien a corto plazo se puede asumir los efectos legitimadores, a medio o largo plazo pierde toda fiabilidad con su inaplicación o ineficacia⁴⁹.

b) *La reciente desvaloración social del conflicto social*. La tipificación de estas conductas es relativamente reciente, y las propuestas político criminales sustentadas por una importante corriente doctrinal, ni mucho menos se han materializado, véase la *vergonzosa impunidad legal* de los paraísos fiscales⁵⁰. De hecho, la desvaloración social del fenómeno del lavado de dinero es reciente e inconclusa. Los estudios sobre los efectos económicos, sociales y políticos que producen la inversión de los beneficios del crimen organizado han puesto de manifiesto sus efectos nocivos a mediano y a largo plazo, pero las autoridades y gran parte de la población no toman verdadera conciencia del peligro que supone el control económico por parte del crimen organizado. El hecho, quizá pueda explicarse porque a corto plazo la inversión criminal sí produce efectos económicos positivos (disminución de la deuda pública, creación de empleo, etc.)⁵¹.

Y, además, debemos añadir la consideración de Luzón Peña al afirmar la obviedad, olvidada por parte de la doctrina, que en ocasiones “cuando se creen nuevas figuras delictivas hasta entonces inexistentes pero que político-criminalmente se consideren indispensables por la importancia de los bienes jurídicos afectados, en un primer momento sea previsible una escasa aplicación judicial de los nuevos tipos –por lo inhabitual, inercias, etc.– y que incluso sea consciente de ello; pero que la función simbólica de su incriminación y prohibición sea el primer paso básico e indispensable no sólo para generalizar la convicción entre los ciudadanos de la grave reprobabilidad de esas conductas y disuadirles de su comisión, sino además para que poco a poco vaya calando también entre los jueces la convicción de que se deben imponer las correspondientes sanciones, y con las correspondientes medidas instrumentales coadyuvantes (medios técnicos, procesales, etc.), se logre a medio plazo la aplicación de tales normas penales”⁵².

c) *La normalidad del delito y su cuantificación en el Derecho penal económico y de las jerarquías del crimen organizado*. La normalidad del crimen en cualquier sociedad constituye un paradigma criminológico que, desde Durkheim, es acep-

⁴⁹ Véase por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed., Madrid, Civitas, 2001), p. 135 - 147.

⁵⁰ BLUM, Jack A. (*et alii*), *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, en *Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal*, N° 8 de la Serie Técnica del PNFID. (1999).

⁵¹ Véase, TANZA, Vito, *Money Laundering and the International Financial system*, en *IFM Working Paper*, WP/96/55 (1996); QUIRK, Peter J., *Macroeconomic Implications of Money Laundering*, en *IFM Work Paper* (1996), June, WP/96/66.

⁵² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Función simbólica*, cit., p. 134 - 135.

tado por la práctica totalidad de la doctrina criminológica. Pero además, debemos plantearnos si podemos exigir el mismo grado de normalidad criminal en todas las categorías delictuales. Entendemos que no podemos exigir el mismo grado de efectividad al delito de legalización –a caballo entre el crimen organizado y los delitos económicos– ya que no debemos olvidar que el Derecho penal y el poder punitivo están estructurados para reprimir aquellas conductas de los más vulnerables que puedan poner en peligro nuestro sistema económico y social. En otras palabras, dado nuestro sistema social, debemos aceptar un mayor porcentaje de criminalidad estructural respecto de la delincuencia común que *disfruta* de nuestras cárceles⁵³.

Resulta metodológicamente erróneo y político criminalmente censurable, determinar la función simbólica deslegitimadora del Derecho penal destinado a las clases poderosas (delitos económicos, delitos ambientales y delitos cometidos por la cúpula del crimen organizado) comparándolo con la función instrumental del Derecho penal común. Esta situación se agrava si tenemos en cuenta, en primer lugar, la complejidad del análisis y la medición del delito, y en segundo, las dificultades que representa la evaluación empírica de los efectos preventivos de la penas⁵⁴. Es decir, muchas de las afirmaciones de la doctrina sobre el supuesto efecto simbólico de un delito adolece de una mínima validación empírica, o en su caso, compara sus efectos instrumentales con delitos donde el porcentaje de criminalidad estructura diversa.

d) *La huida a otras ramas del ordenamiento jurídico*. Las anteriores consideraciones –la reciente desvaloración del fenómeno criminal y el mayor porcentaje de criminalidad estructural en los delitos económicos y de las jerarquías del crimen organizado– deben tenerse presentes en cuanto a la propuesta de la utilización de otras ramas del ordenamiento jurídico, principalmente el Derecho administrativo sancionador en conflictos sociales donde la regulación penal sólo puede acarrear unos efectos simbólicos. Así, parte de la doctrina que se ha ocupado de las manifestaciones simbólicas del Derecho penal han propugnado la abolición de determinadas categorías delictuales por falta de protección eficaz del bien jurídico. Tomando como ejemplo la protección penal del medio ambiente, finalmente lo que se castiga son delitos de bagatela que plantean un menor problema de prueba es decir, si se me permite la licencia: se castiga a los de siempre⁵⁵. Como alternativa se propugna su regulación a través del Derecho administrativo, mucho más eficaz y respetuoso con la libertad de los ciudadanos.

⁵³ Las grandilocuentes declaraciones de lucha contra el delito, y en especial contra el crimen organizado, evidencian, en palabras de García-Pablos de Molina, “una falta de realismo, de tolerancia y racionalidad”: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología* (3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003), p. 345.

⁵⁴ Véase, sobre esta problemática, SERRANO MAILLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología* (2ª ed., Madrid, Dykinson, 2004), p. 55 - 59, y 245 - 260.

⁵⁵ MUÑOZ LORENTE, José, *Obligaciones constitucionales*, cit., p. 127 - 131; MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal* (Granada, Comares, 2000), p. 507 y ss.

Los partidarios de esta propuesta político criminal suelen olvidar la legitimación derivada del concepto material de delito y del principio de igualdad. Como hemos manifestado, si un conflicto social afecta de manera grave a un bien jurídico indispensable para la convivencia social, el Estado suele o, en su caso debe acudir al Derecho penal. Pero, lo que resulta paradójico es que en los ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales en una sociedad cometidos por las clases más poderosas se postule su regulación a través de otras ramas del ordenamiento jurídico debido a su falta de aplicación en el ámbito penal, cuando todos sabemos que el problema reside en que nuestro sistema social está configurado para reprimir a las clases menos favorecidas. Es decir, en vez de afrontar las causas de la falta de aplicabilidad de una norma penal, se produce una huida a otras ramas del ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, podemos diferenciar dos clases de manifestaciones simbólicas del Derecho penal y que tienen en común una escasa aplicación práctica. En primer lugar, las manifestaciones simbólicas que no deslegitiman el sistema penal, y donde su escasa aplicación tiene como causas, entre otras, su reciente desvaloración social y alto porcentaje de criminalidad estructural. Y en segundo lugar, aquellas manifestaciones que deslegitiman el sistema penal. A la vez en esta última clasificación debemos diferenciar entre aquellos conflictos sociales tipificados que no necesitan de una protección penal de acuerdo con el concepto material del delito; y aquellos otros que, si bien necesitan de una protección penal conforme con el principio de lesividad, su articulación típica y/o los medios destinados a su aplicación son ineficaces o permiten que se apliquen a conflictos sociales no necesitados de protección penal. Así, la clasificación que proponemos sobre las manifestaciones del Derecho penal simbólico se centra no tanto en la falta de aplicación como en la falta de legitimación.

Entendemos que la propuesta de abolición de aquellas manifestaciones del Derecho penal simbólico que sólo se fundamentan en la falta de aplicación, o en su aplicación a sujetos que realmente no afectan el bien jurídico protegido, resulta errónea. Si existe una necesidad político criminal de castigar los ataques más graves contra un bien jurídico, como es el medio ambiente, el problema debe solucionarse a través, primero de una reforma penal que garantice que la aplicación del tipo penal se va a corresponder con la finalidad político criminal, y segundo, de la articulación de todos los medios necesarios para que los agentes sociales puedan aplicar efectivamente el Derecho penal. La manifestación de que el Derecho penal medioambiental resulta ineficaz, supone entender que el Derecho penal clásico, como los delitos contra la propiedad, son eficaces, afirmación que debería ser sometida a una mayor consideración. Pero a la vez, como hemos manifestado con anterioridad, no se puede exigir ni los mismos niveles de eficacia a todas las categorías delictuales, ni tampoco a conflictos sociales de reciente protección penal. Así, en el caso del CP español de 1995, la doctrina ya propuso la abolición de los delitos ambientales tras sólo cuatro años de su aplicación⁵⁶. El fracaso de la protección penal de un conflicto que merece su protección no puede

⁵⁶ MUÑOZ LORENTE, José, *Obligaciones constitucionales*, cit., p.127 - 131.

argumentar sin más la *huida a otras ramas del ordenamiento jurídico*, ya que supone aceptar la desigualdad de los ciudadanos ante la ley.

Tras las breves reflexiones sobre la problemática del Derecho penal simbólico, afrontamos si el tipo imprudente de legalización participa de esta naturaleza. Y estamos ya en condiciones de afirmar que el inc. 4º del art. 19 LBC supone una manifestación simbólica del Derecho penal qué clase, de acuerdo con la anterior clasificación. En primer lugar, si bien, dada la reciente promulgación de la Ley 19.913 no podemos verificar su grado de aplicabilidad, podemos vaticinar una escasa aplicación práctica a la vista de las consideraciones que hemos realizado a lo largo del presente estudio. En segundo lugar, podemos clasificar el inc. 4º del art. 19 LBC como una manifestación del Derecho penal simbólico que deslegitima el sistema penal ya que al articularse como un delito de peligro y proteger un bien jurídico institucionalizado no cumple con los requisitos mínimos derivados del concepto material del delito. Pero, además, podemos encuadrar dentro de un elenco de categorías de leyes penales consideradas por la doctrina, como simbólicas y deslegitimadoras del Derecho penal, y que mencionamos a continuación:

i) El tipo imprudente de legalización como una ley de *compromiso*⁵⁷, que manifiesta la voluntad política del Estado chileno de cumplir con sus compromisos internacionales. Ya hemos señalado, que ningún instrumento internacional obliga a Chile a tipificar la comisión imprudente de legalización, pero, sin duda, representa un reforzamiento ante la comunidad internacional que la intervención penal haya ido más allá de lo exigido en los diferentes tratados contra el crimen organizado y el lavado de dinero.

ii) El tipo imprudente de legalización como una ley *gratuita*, que pone de relieve la falta de recursos personales y materiales precisos para su efectiva aplicación en caso de infracción⁵⁸. Si bien, la creación de la Unidad de Análisis Financiero y la normativa de prevención impuesta a los sujetos obligados ha supuesto un avance en la aplicación del tipo imprudente de legalización, esto no significa que el art. 19 LBC no haya perdido su condición de ley gratuita debido a dos consideraciones. La primera, es la constatación de que los sistemas de prevención han demostrado un nivel de cumplimiento extremadamente menor de los establecidos en los delitos previos. Y la segunda, referida al sistema de prevención chileno, si lo comparamos con otros sistemas, deberemos concluir que resulta claramente insuficiente⁵⁹.

iii) El tipo imprudente de legalización como una ley *autoritaria* que produce el efecto de demostrar la capacidad coactiva en general de los poderes públicos⁶⁰. También, como hemos manifestado, la LBC participa en su fase legislativa de la naturaleza excepcional y punitiva de la Ley 19.366 relativa al consumo y tráfico de drogas.

⁵⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal simbólico*, cit., p.124 - 128.

⁵⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal simbólico*, cit., p.124 - 128.

⁵⁹ Compárese, entre otras, con la normativa comunitaria. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa*, cit., p. 359 - 383.

⁶⁰ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal simbólico*, cit., p.124 - 128.

iv) El tipo imprudente como ley p u b l i c i t a r i a . La principal razón que ha llevado a la criminalización del fenómeno del lavado de dinero, reside en la lucha contra los aspectos económicos del crimen organizado, si bien su efectiva regulación no siempre coincide con esta finalidad. Al igual que sucede con fenómenos como el medio ambiente, la denominada “violencia de género” o el racismo, sin duda, las medidas contra el crimen organizado merecen, desde un punto de vista ético, una valoración positiva, pero esta valoración puede u t i l i z a r s e por el legislador para reafirmar estos valores, a costa de vulnerar principios político criminales como el de lesividad y proporcionalidad y, así, obtener un r é d i t o p o l í t i c o . Es decir, puede existir una necesidad político criminal de protección penal, pero su efectiva incriminación no se adecua a las verdaderas necesidades sociales y persigue, exclusivamente, una función promocional o publicitaria⁶¹ .

v) A las anteriores señaladas por la doctrina, podemos añadir aquélla que relaciona el tipo imprudente de legalización como una ley d i s c o r d a n t e c o n l a r e a l i d a d s o c i a l . La tipificación del fenómeno del lavado de capitales supone un claro ejemplo de discordancia entre las causas y efectos del conflicto social y el ámbito de aplicación realmente normativizado. Así por ejemplo, el tipo imprudente de legalización al configurarse como un delito común puede aplicarse, no en aquellas actividades y sujetos que potencialmente pueden afectar y poner en peligro el bien jurídico protegido, sino a actividades y personas más alejadas de la posible afección de aquél. Si un delito se aplica efectivamente a un hecho alejado del conflicto social que pretende regular se produce un efecto simbólico que, sin duda, deslegítima el sistema penal.

Como conclusión, afirmamos que, si bien la regulación tanto preventiva como represiva del fenómeno del lavado de dinero no supone con carácter general una manifestación de un derecho penal simbólico en el sentido de no necesitar una protección penal⁶² , esta condición sí concurre en el supuesto de su tipo imprudente. Es más, si ya establecida la falta de legitimación de esta figura a través del principio de lesividad y mínima intervención, a u t o m á t i c a m e n t e su tipificación se transforma en una manifestación simbólica del Derecho penal, donde lo que se pretende determinar son las actitudes generales de la sociedad o los valores éticos de la misma asegurando un consenso en relación con los mismos, obtener un beneficio político, en este caso en el ámbito internacional, o en fin, la reafirmación del Estado de sus valores a través de la muy discutible figura de la prevención general positiva⁶³ .

⁶¹ MUÑOZ LORENTE, José, *Obligaciones constitucionales*, cit., p. 120.

⁶² El tipo doloso de legalización supone un ejemplo donde existe una necesidad político criminal de protección, pero donde su efectiva tipificación y los medios destinados a su aplicación suponen una manifestación simbólica del Derecho penal.

⁶³ MUÑOZ LORENTE, José, *Obligaciones constitucionales*, cit., p. 119.

III. PROPUESTAS DE REFORMA

1. *Despenalización de la comisión imprudente de legalización de capitales*

Hemos concluido que el tipo imprudente de legalización de capitales no cumple con los requisitos mínimos derivados del concepto material de delito – elemento esencial en una política criminal liberal–. Pero, como también hemos expresado, existen otras consideraciones político criminales que desaconsejan su penalización. Así, por ejemplo, ante una manifestación del Derecho penal *si m b ó l i c o*, donde, como manifiesta gráficamente Muñoz Lorente, se obtiene un alto beneficio o prestigio político a un bajo costo económico, aunque ello suponga un costo en términos de libertad para los ciudadanos⁶⁴.

Pero, si la despenalización del tipo imprudente de legalización resulta necesaria, el mantenimiento del art. 7 LBC –que como hemos manifestado este delito recoge conductas imprudentes de legalización de capitales– constituye, si cabe, un mayor menoscabo de los principios penales fundamentales.

2. *El tipo imprudente como una ley penal en blanco y un delito especial*

Ahora bien, en el caso de que consideremos necesaria la criminalización de la comisión imprudente, debemos plantearnos a continuación cómo ha tipificado la comisión imprudente nuestro legislador. Si comparamos el art. 19 LBC y la normativa de prevención contenida en la propia Ley 19.913, podemos comprobar que no es compatible con el principio de mínima intervención y con el carácter fragmentario del Derecho penal, ya que paradójicamente su ámbito de aplicación respecto de la autoría y la conducta típica resulta mayor que el establecido en la normativa administrativa. Dos son las propuestas de *lege ferenda* destinadas a armonizar la tutela penal y el régimen administrativo establecidos en la LBC y, por ende, a restringir el extremado ámbito de aplicación del tipo imprudente de legalización.

En primer lugar, resulta necesario equiparar la conducta típica del inc. 4º del art. 19 LBC y las obligaciones establecidas en la normativa de prevención. Así, podrían suscitarse dos alternativas: una definición auténtica incluida en Libro I del CP que positivice con carácter general las fuentes que originan las reglas de cuidado; o bien, la creación de cláusulas particulares que determinen estas fuentes con relación a cada delito imprudente. Morales Prats manifiesta que estas alternativas poco aportan a la hora de concretar el tipo del injusto imprudente. En el caso de una cláusula definitoria cumpliría una mera función simbólica, ya que necesariamente había de incluir como fuente la propia experiencia social y la *lex artis*, y en cuanto a la creación de tipos penales en blanco donde se remitan expresamente a qué normativa extrapenal debe acudir, choca con la necesidad de una apertura natural a la propia dinámica de la vida social⁶⁵.

Por el contrario, esta segunda alternativa, como fundamentaremos a continuación, debería tenerse presente como futura propuesta de *lege ferenda* del delito imprudente de legalización.

⁶⁴ MUÑOZ LORENTE, José, *Obligaciones constitucionales*, cit., p. 119.

⁶⁵ MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios*, cit., p. 97.

La segunda restricción típica afecta a la autoría. A nuestro juicio, debe castigarse exclusivamente la imprudencia profesional. Tenemos que poner en tela de juicio el desmesurado ámbito de aplicación que formalmente abarca el inc. 4º del art. 19 LBC. Su tipificación debería haber tenido como premisa la existencia de un deber especial de diligencia en el sujeto activo, en otras palabras, una restricción típica explícita⁶⁶. La diligencia debida en la prevención del blanqueo de capitales, dada su extremada complejidad, es sólo exigible a aquellos sujetos que estén estrechamente relacionados con los mecanismos, instituciones u organismos que la criminalidad organizada utiliza para aflorar sus beneficios⁶⁷. Como afirma acertadamente Blanco Lozano, “la existencia de un deber de cuidado exigible a cualquier ciudadano en cuanto al conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes, supondría exigir a ese ciudadano la realización de una auténtica investigación sobre los movimientos económicos ajenos, así como las posibles prácticas delictivas en que hayan podido incurrir sus conciudadanos, algo inadmisibles en un Estado de Derecho”⁶⁸.

Esta propuesta de restricción de la conducta típica y de la autoría, plantea la cuestión en cuanto a las posibles lagunas de punibilidad que podría crear esta remisión normativa –debido, como hemos mencionado, a la propia dinámica financiera–. Para responder a esta cuestión debemos realizar la siguiente consideración: si la propia normativa de prevención del blanqueo de capitales no ha resuelto estas lagunas, resulta incongruente que deba realizarlo la norma penal, cuando este no es su cometido. Si existe una laguna en cuanto a los sujetos y

⁶⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte Especial*, p. 447.

⁶⁷ En el Derecho comparado podemos encontrar ejemplos en los que la autoría se ha limitado. La reforma del CP suizo de 1990 articuló el tipo imprudente de legalización como un delito especial. El art. 350 *ter* CPS expresamente dispone: “Quien, a título profesional, acepta, custodia, ayuda a colocar o transfiere valores patrimoniales ajenos, sin asegurarse, de acuerdo con la diligencia exigida conforme a las circunstancias concurrentes, de la identidad del sujeto económicamente obligado, será castigado con la detención hasta un año, con el arresto o multa”. A la hora de delimitar qué se debe entender como actividad profesional en el contexto de la lucha contra el blanqueo de capitales, la doctrina suiza exige dos condiciones: la primera, que la actividad profesional debe ser objetivamente peligrosa para una operación de legalización; y en segundo lugar, que la actividad se entienda ejercitada a título profesional cuando procura una fuente de entrada regular, y no de carácter episódico. CANO, Andrea, *La normativa penale svizzera antiriciclaggio*, en *Rivista trimestale di Diritto Penale dell'economia*, N.º 1 (1995), p. 160. Cano manifiesta, acertadamente, que en puridad no estamos ante un supuesto imprudente, sino que también cabe la posibilidad de la comisión dolosa. La falta de diligencia no es un elemento exclusivo del tipo imprudente, sino que constituye un elemento común y esencial, tanto en el delito doloso como en el delito imprudente. La diferencia con el delito doloso de legalización de capitales suizo radica en que el elemento intelectual sólo va referido al conocimiento de las obligaciones que las leyes suizas y la *lex artis* imponen a los operadores financieros a la hora de prevenir una posible operación de blanqueo de capitales. En cambio, si tiene conocimiento de que está realizando una operación de blanqueo entrará en juego el delito doloso de legalización de capitales. CANO, Andrea, *La normativa penale*, cit., pp. 160 - 162.

⁶⁸ BLANCO LOZANO, Carlos, *El blanqueo de capitales...*, cit., p. 89.

obligaciones de la LBC, como así ocurre, deberá reformarse la propia ley. Si el ordenamiento administrativo es el encargado de regular la actividad financiera, resulta incomprensible que el ámbito de aplicación de su normativa sancionadora sea menor que el establecido en el CP.

A lo anterior, debemos añadir que el desvalor de las conductas de blanqueo de capitales por parte de la sociedad es todavía reciente, por lo que las exigencias u obligaciones que se pueden imponer deberían, al menos circunscribirse, al corto plazo, a lo establecido en la propia la LBC.

Por lo tanto, y a tenor de las anteriores consideraciones, entendemos que el tipo imprudente debería articularse como una ley penal en blanco y como un delito especial. A mayor abundamiento, deberían circunscribirse exclusivamente a las obligaciones y sujetos descritos en la LBC.

3. *Hacia una racionalización de la fase legislativa penal: la codificación y sistematización de los delitos "post delictum"*

Las consideraciones que hemos mencionado a lo largo de la presente ponencia, no sólo ponen de relieve una decisión errónea sobre un determinado conflicto social por parte de nuestro legislador, sino que evidencian un *ma endémico* en nuestra política criminal. Como manifiesta, con meridiana claridad, Díez Ripollés, "los medios para neutralizar esta preocupante evolución de la política legislativa penal deben transitar por diferentes vías. Una de ellas es, sin duda, el desplazamiento del énfasis de la reflexión jurídico-penal desde el campo de la aplicación del derecho al de su creación. Resulta urgente profundizar en la elaboración de una teoría y una técnica de la legislación penales que sienten con claridad los presupuestos materiales, y no sólo formales, de cualquier decisión legislativa penal; y que están lejos de satisfacerse con la identificación del bien jurídico a proteger en cada caso o con reflexiones ingenuas sobre el principio de mínima intervención vigente en el derecho penal"⁶⁹.

Hemos calificado a la Ley 19.913 como una manifestación del Derecho penal de excepción, y si bien, desde una perspectiva dogmática, las leyes especiales no representan *per se* una vulneración al concepto material del delito y a los principios penales, el legislador suele acudir a ellas cuando ha querido, precisamente, quebrantar los principios político criminales e interpretativos asentados en el Código penal. A lo anterior, debemos añadir, como puso ya de manifiesto Guzmán Dálbora –citando a Quintano Ripollés– y a raíz de la tipificación de la receptación como delito autónomo (Ley 19.413)– que la Ley 19.913 se adscribe a un régimen punitivo dual y promiscuo de los delitos de intervención *post delictum* (encubrimiento, receptación y legalización). A mayor abundamiento, por una parte, se mantiene el encubrimiento como una forma de "participa-

⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en *Modernas tendencias en la Ciencia Penal y en la Criminología* (Madrid, UNED - Facultad de Derecho, 2001), p. 109. Véase los siguientes estudios del autor sobre los presupuestos de una teoría racional de legislación penal: "El bien jurídico protegido en un derecho penal simbólico", (en) *Jueces para la democracia*, núm. 30 (1997), p. 13 y ss.; *La racionalidad de las leyes penales* (Madrid, Trotta, 2004).

ción”, donde se incluye la receptación para todos los tipos de delitos; y por otra parte, tenemos la receptación de hurtos y robos y la legalización de un elenco de delitos expresamente definidos en el art. 19 LBC, situación que plantea no pocas perplejidades concursales⁷⁰.

Ante la proliferación de leyes especiales resulta necesario recuperar el *espíritu de la codificación* como un medio de racionalizar el derecho penal. La regulación de los denominados delitos de intervención *post delictum* constituye un claro ejemplo de irracionalidad penal. Fundamentalmente, la pena impuesta trae como causa principal, no la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, sino la mayor o menor gravedad que, a juicio del legislador, merece el delito previo produciéndose una clara quiebra del principio de proporcionalidad.

Una medida que podría racionalizar la interpretación de estas figuras penales, residiría, en aglutinarlas en un mismo capítulo del CP. El legislador debería esforzarse por articular un tipo básico de intervención *post delictum* –que coincidiría en su mayor parte con la regulación del encubrimiento, pero al que deberíamos añadir algunas modalidades típicas del delito de legalización– y unos tipos cualificados, donde incluiríamos al delito de legalización y su especialidad residiría en los efectos perniciosos que provoca el crimen organizado en la economía⁷¹. En conclusión, la codificación de los delitos de intervención *post delictum* en un mismo capítulo ayudaría –aunque no aseguraría– el cumplimiento efectivo del concepto material del delito y del principio de proporcionalidad de las penas.

[Recibido el 16 de marzo y aceptado el 30 de abril de 2005].

⁷⁰ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *Luz y sombras*, cit., p. 73.

⁷¹ La regulación del lavado de dinero constituye un ejemplo de la falta de identidad entre los bienes jurídicos afectados por el fenómeno criminal y los bienes jurídicos, efectivamente, protegidos en el orden penal. Si bien, asociamos los efectos perniciosos del lavado de dinero al fenómeno del crimen organizado –incluida la corrupción– en la descripción típica del art. 19 LBC no existe ninguna referencia expresa. Así, la utilización de un solo peso procedente de un delito de tráfico de drogas por parte de la conviviente de un narcotraficante debe castigarse de acuerdo con el art. 19 LPC. Nuestra propuesta sobre el bien jurídico protegido trata de equiparar estos dos planos por medio de una reforma del delito de legalización: el bien jurídico del blanqueo de capitales debería dirigirse contra los efectos económicos de la criminalidad organizada y contra la financiación de crimen organizado. Los bienes jurídicos que deberían tener una referencia típica en el art. 19 LBC serían: por una parte, los delitos previos cometidos por el crimen organizado, pero entendido desde una perspectiva preventiva, es decir, con la finalidad de evitar la futura comisión de delitos; y por otra, los efectos perniciosos que provoca el crimen organizado en la economía.