



Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania¹

Wilfried Bottke

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Augsburg

A. INTRODUCCIÓN

El tema general de la «economía y la criminalidad organizada» es ambas cosas, es amplio pero a la vez es susceptible de ser delimitado.

I. LA AMPLITUD DEL TEMA

Por un lado, el tema engloba conjuntamente dos fenómenos sociales. Debe señalarse que existe un problema de relación entre ellos, por lo que las expresiones conjuntamente empleadas requieren de una aclaración.

1. Economía puede entenderse como homónimo de dos cosas distintas. Por un lado, puede entenderse como el sistema económico de una sociedad. El sistema económico de una sociedad es el sistema que elige una sociedad para satisfacer sus necesidades económicas más relevantes. El sistema económico que posee una sociedad, depende de cuáles sean su organización material y su Constitución. Por otra parte, economía puede significar la teoría que describe y analiza el sistema de actuación económica. En cualquier economía es un axioma teórico que en cada sistema económico, en cualquier momento y lugar, los recursos son limitados. La finalidad de gestión teórica de cada sistema económico es la distribución óptima de la riqueza mediante la explotación más acertada y socialmente adecuada de los recursos limitados *ubiquiter*.

A. Como modelo ideal se distinguen dos grupos de sociedades y de sistemas económicos.

a) La *sociedad no intervencionista* o como también puede denominarse, *sociedad "libre"*, considera a sus miembros capacitados y autorizados para definir autónomamente sus intereses y articularlos como deseen. Esta sociedad también

mantiene este punto de vista, en relación con los intereses económicos. Su sistema económico más adecuado es el mercado como sistema económico de una sociedad libre. En una sociedad libre sus miembros están facultados para apoderarse del sistema político –en el sentido de definir sus intereses sin la tutela estatal–, determinarse económicamente y ajustarse a su arbitrio en el marco jurídico conforme al principio *do ut des*. Semejante apoderamiento es una característica del sistema económico llamado mercado, que exige la libertad de los ciudadanos en una sociedad libre para la libertad de acción económica. Requiere competencia de intereses y exige la competencia de los participantes en el mercado. En él se produce el ajuste de intereses a través de la oferta y la demanda, pagando los bienes producidos y vendidos y los servicios prestados, siendo la remuneración perfectamente posible, cuando con el dinero se propicia un medio de valoración y de ajuste de valores como instrumento de pago. El dinero gobierna, así cree que funciona el mundo, la sabiduría popular. Moderadamente formulado: el dinero es prácticamente el gobierno (*Geld ist dem Gelten nah*). El dinero tiene valor en el mercado, gobernando todo aquello que es comerciable y está comercializado. Quien tiene dinero y puede disponer de su dinero, tiene poder en el mercado. Tiene, en el ámbito de su patrimonio, la posibilidad de medir monetariamente sus intereses según le convengan, expresar éstos en dinero y llegar a un acuerdo sobre el precio de la satisfacción de sus intereses. El dinero actúa como medio para representar en el mercado el valor de intercambio de la prestación de servicios y la transferencia de bienes. Esto permite a los participantes en el mercado, no sólo articular sus intereses autónomamente en la recepción de bienes y servicios, sino también cuantificarlos en dinero. Se faculta a aquellos participantes en el mercado que poseen dinero, a

1. Traducción realizada por SOLEDAD ARROYO ALFONSO (Universidad de Huelva) y TERESA AGUADO CORREA (Universidad de Sevilla).

ajustar sus intereses en la oferta y la demanda de bienes y servicios, sobre el precio como valor de intercambio del mercado. Sin dinero, la remuneración de las prestaciones de servicios y de las transferencias de bienes del mercado no sería posible, o no lo sería tal y como lo exige un mercado desarrollado. El dinero posibilita la optimización de la distribución de bienes en el mercado y la prestación de servicios. El dinero está presente, en primer lugar, como dinero en efectivo. Dinero en efectivo son todos aquellos medios de pago que las instituciones u órganos autorizados para ello han determinado como instrumentos de pago fidedignos y de circulación en el mercado. Dinero en efectivo son los instrumentos de pago oficialmente aprobados, que tienen licencia estatal. Pero también son valores monetarios las operaciones bancarias y otros objetos que en el mercado actúan como probados instrumentos de pago². En el sistema económico de una sociedad libre, sus miembros no están circunscritos al dinero en efectivo, sino que en tanto que participantes en el mercado, tienen el poder de configurar instrumentos de pago que sirvan en el mercado como medios de ajuste de intereses. Como instrumento de pago es útil todo aquello que tenga un valor económico monetario. Un instrumento de pago es un objeto, es decir, una cosa o un derecho, que sin ser dinero en efectivo, es fácilmente liquidable en el mercado, y en última instancia, canjeable por dinero, por lo tanto, tiene valor monetario. Aunque virtual, también es dinero en efectivo, ya que actúa como si lo fuera. Además, desde antiguo se considera que el dinero, incluso cuando procede de fuentes de moralidad dudosas o delictivas, no apesta: *pecunia non olet*. No se miraba ni se mira su procedencia ni la tacha resultante de una procedencia dudosa. También el dinero de procedencia dudosa sigue siendo fácilmente transferible. Justamente por eso era y es apropiado, para ser un excelente medio de intercambio de valor en el mercado.

b) La *sociedad intervencionista* maneja los intereses privados de sus miembros. Esta sociedad hace uso del poder para definir sus intereses frente a sus miembros. Su sistema económico más adecuado es la economía planificada. No necesita ni mercado ni precisa para su economía de la competencia, ni del dinero, ni de un sistema monetario en funcionamiento.

B) En la realidad, en las sociedades nacionales que conocemos, se encuentran formas mixtas de las economías libres y planificadas. Éste es también el caso en los países de la Unión Europea. No

obstante, el sistema económico de estos países puede ser calificado de *mercado*. En los países de la Unión Europea los miembros de la sociedad son contemplados de un modo general, como dotados y legitimados para definir autónomamente sus propios intereses. Se les considera también dotados y legitimados, para articular sus intereses económicos según les convenga y ajustarse sobre el precio de mercado. Semejante ajuste se produce bajo competencia, por la oferta y la demanda, según la producción o la venta remuneradas de bienes, así como por el pago de prestaciones de servicios. Así es el mercado común de la Unión Europea que, como cualquier otro, se desarrolla y al mismo tiempo se caracteriza, porque del lado de quienes ofrecen los bienes y servicios, cada vez es mayor el colectivo de participantes en el mercado que actúan como las empresas. Las empresas son participantes colectivos del mercado que, de distinta manera a las unidades de explotación, se ocupan esencialmente de la obtención de beneficios económicos.

2. Criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial. La criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada «Industrial»; su lema es: «Delinquir merece la pena en el mercado». Así como el mercado rebasa progresivamente las fronteras del Estado nacional e incluso se «globaliza», también el elemento de la criminalidad organizada es la transgresión de las fronteras de los Estados nacionales. Teóricamente, los sectores comerciales de la criminalidad organizada son todos los ámbitos de la actividad lucrativa. Donde en el mercado exista demanda de bienes y servicios hay oferta. Donde la demanda reclama a la oferta con dinero, la disposición a ofertar hace acto de presencia fácilmente. También la demanda de bienes y servicios, que son ilegales o desacreditados socialmente, encuentra predisposición a ser ofertada, si prometen grandes beneficios según la relación gastos-ingresos. Los sectores comerciales de la criminalidad organizada son, sobre todo, la producción y distribución de estupefacientes, adquisición de material humano para prestación de servicios ilegales o socialmente desacreditados (por ejemplo en la forma de trata de blancas para la obtención de prostitutas), explotación (por ejemplo mediante chantaje), así como el comercio con *producta sceleris*, por ejemplo, con vehículos robados. El beneficio económico de la criminalidad organi-

2. Naturalmente, el dinero tiene también otras funciones aparte ser instrumento de pago. Sobre la teoría del dinero, cfr. ISSING, *Einführung in die Geldtheorie*, 10. Ed., Munich, 1995.

zada es poder económico para quien pueda disponer de él. Especialmente, cuando representado por dinero en efectivo, o por transacciones bancarias o cualquier otro instrumento de pago es reinvertible en la economía legal. Es reinvertible, tan pronto como pierde su mancha de proceder de una fuente delictiva. De esta manera es útil como medio generador de demanda en el mercado, cuando el riesgo de ser descubierto es pequeño y pequeño es también el peligro de que una persecución penal estatal pueda seguir el rastro del beneficio. Esta utilidad tiene un valor para la criminalidad organizada, quien logra el beneficio económico a través del blanqueo de dinero. Al blanquearlo queda limpio de manchas, queda privado de toda mácula. El blanqueo de dinero —entendido en sentido amplio—, incluye no sólo los actos dirigidos a enmascarar el dinero en efectivo procedente de fuentes delictivas y dado el caso dirigidos a ponerlo de nuevo en circulación— que pierde de esta forma su mácula y es considerado como un instrumento de pago aprobado para generar demanda de bienes y servicios. Semejante «blanqueo» de dinero en efectivo sería blanqueo de dinero en sentido (muy) estricto. Blanqueo de dinero en sentido amplio es también el blanqueo de instrumentos de pago, es decir, de dinero virtual. El blanqueo de dinero en sentido amplio incluye también el encubrimiento o posterior puesta en circulación, de otros instrumentos de pago (como por ejemplo transacciones bancarias) para hacerlos aprovechables en orden a su empleo legal en el mercado o para conducirlos a tal aprovechamiento. Cuando se habla de blanqueo de dinero, se entiende fundamentalmente tanto en sentido estricto como amplio³. Si no existiera el blanqueo de dinero, no merecería la pena la criminalidad organizada, como debe de merecer según su cálculo empresarial, de manera que sería menos, o incluso, nada atractiva. Quien habla de «economía y criminalidad organizada», debe tener conocimientos sobre el blanqueo de dinero porque sin éste no sería posible ni la lucratividad de la criminalidad organizada, ni sería tan peligrosa para la economía de la sociedad, como lo es ahora. El blanqueo de dinero a gran escala hace peligrar el resultado, que un mercado que sirve a la libertad de los miembros de la sociedad, obtiene en relación con la prosperidad de sus miembros y el mantenimiento de la sociedad. El blanqueo de dinero puede ser incluso ruinoso para una sociedad libre. De entender que tal resultado es una función de la sociedad, el blanqueo de dinero sería disfuncional.

Por lo tanto, la sociedad libre no es posible sin el mercado. El mercado no es realizable sin la libertad de comercio económico de todos los participantes en el mercado. En efecto, ello es así porque la libertad verdaderamente realizable depende también de la situación económica de cada uno. La libertad real como riqueza, la formación de la propia voluntad y poder realizarla, también depende de los datos económicos. Es igualmente dependiente del patrimonio monetario, es decir, del patrimonio que puede ofrecer dinero como valor de intercambio. Como participante en el mercado es necesario tener dinero para que su libertad jurídica, la expresión de sus intereses en dinero y la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre el precio con los demás participantes en el mercado, sea una realidad practicable. Incluso, y aun cuando no era costumbre hablar sobre el patrimonio monetario, el hombre, como participante en el mercado, ha tenido en la sociedad burguesa desde siempre dinero. Si no se tiene, se es pobre en relación al patrimonio del mercado. El mercado fomenta la misma libertad real para todos si así se deriva del sistema político de la sociedad. El mercado exige la competencia entre sus participantes. El mercado útil a la libertad reclama un reparto limpio de oportunidades entre todos los ciudadanos que concurren en el mercado como demandantes u oferentes de bienes o servicios a la búsqueda de una concurrencia con otros en base a sus intereses definidos autónomamente. El mercado útil a la libertad reclama ingreso de dinero para poder actuar. Exige fuentes dinerarias que al acrecentar de forma poco limpia el poder económico de algunos no graven las idénticas oportunidades de partida. El dinero que procede de delitos no es conveniente para la libertad general, puesto que existe una realización parcial de la demanda. Cuando se acumula obstaculiza el inicio, las posibilidades y las necesidades de una competencia limpia del libre mercado. El blanqueo de dinero posibilita acumular dinero procedente de delitos y reinvertirlo en el mercado. El dinero blanqueado dota de mayor poder social poco limpio. Es útil para facilitar las ventajas del juego sucio en la competencia. También es apropiado para comprar la influencia política y conduce a la corrupción.

II. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Por otro lado, el tema «economía y criminalidad organizada» requiere de una delimitación. Aquí,

3. La descripción alemana del tipo del "blanqueo de dinero; encubrimiento de valores patrimoniales", en lugar de emplear las expresiones "dinero" e "instrumento de pago", emplea solamente la expresión "bien" (Gegenstand). Esto puede ser entendido, como si renunciara a una concepción del bien jurídico orientada al mercado. Ciertamente podría pensarse también, que en el contexto de la rúbrica de la Ley, por "bien" se entienden solamente, el dinero o los valores patrimoniales, es decir, los instrumentos de pago que están de hecho u oficialmente aprobados en el mercado.

en un país de la Unión Europea y tratado por un penalista alemán, se restringe al tema «mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania». Ya que el sistema económico que *hic et nunc* viene dado es el mercado común de la Unión Europea, la criminalidad organizada que aquí y hoy es tratada por la ciencia del Derecho penal, es la criminalidad organizada que actúa en ese mercado. Los tipos penales que criminalizan el blanqueo de dinero intentan *prima vista* contrarrestar su atractivo económico. Quien es requerido para manifestarse sobre el blanqueo de dinero y su punibilidad en Alemania, puede convertir su encargo en fácil y difícil. Lo hará fácil, si sólo informa sobre tres cuestiones: ¿Hay en Alemania normas jurídicas, incluso penales, contra el blanqueo de dinero?. ¿Qué eficacia tienen?. ¿Qué se hace contra su posible escasa eficacia y con qué perspectivas de éxito?. Por el contrario, lo complicará, si pretende dar una explicación a la criminalidad material del blanqueo de dinero acudiendo a la jurisprudencia, o bien, si pretende dar respuesta a la cuestión del bien jurídico protegido.

B. RESPUESTAS CONCISAS A PREGUNTAS SENCILLAS

Para dar en primer lugar respuestas concisas a «preguntas de partida fáciles»:

I. EXISTENCIA DE NORMAS CONTRA EL BLANQUEO DE DINERO

Desde la Ley de Blanqueo de Dinero, existen en Alemania normas jurídicas prepenales contra el blanqueo de dinero⁴. Pero también tenemos, como en otros países de la Unión Europea, un tipo penal de blanqueo de dinero. La rúbrica del tipo penal de blanqueo de dinero incluye también la expresión «encubrimiento de valores patrimoniales ilegales»⁵. Ello conduce al modismo legal, de entender por dinero sólo el dinero en efectivo⁶. Valor patrimonial no significa aquí la cualidad de una facultad, es decir, la de poder administrar de forma autónoma lo que a uno le pertenece. El valor patrimonial responde aquí como un instru-

mento de pago que, por su capacidad de empleo en el mercado es virtualmente dinero en efectivo. Por ilegales se entienden aquellos valores patrimoniales que derivan de un hecho delictivo, ya que éstos, como hechos injustos que son, no crean un bien que deba prosperar, ni hay motivos dignos de reconocimiento jurídico de las ventajas del hecho delictivo, en orden a conservar el lucro *ex crimine*. El § 261 StGB es la norma penal del «blanqueo de dinero; encubrimiento de valores patrimoniales ilegales», siendo comparable, pese a sus diferencias, con los tipos penales que al respecto existen en otros países de la Unión Europea.

1. Respecto de algunos presupuestos del tipo penal:

El objeto material del delito del § 261 StGB es cualquier bien, que proceda de un delito cualificado. Un «bien» (*Gegenstand*) no es sólo una cosa material, sino cualquier cosa que puede ser incorporado a un derecho transmisible. En consecuencia, un bien es todo aquello que sirve de «objeto de derecho» (*Rechtsobjekt*), porque al ser objetivado en un derecho transmisible puede adquirir valor de cambio en el mercado. También pueden ser considerados bienes aquellas situaciones que susciten apariencia de derechos con valor patrimonial⁷. Su encubrimiento también puede ser útil en orden a conseguir, para sí mismos o para terceros, un aumento ilegítimo del poder de demanda en el mercado, en comparación con otros participantes en el mercado, que obtienen su poder de demanda de fuentes financieras legales.

Como procedencia delictiva cualificada para penalizar el «blanqueo de dinero; encubrimiento de valores patrimoniales ilegales», el § 261 StGB sólo contempla cualquier hecho antijurídico que tenga prevista una pena mínima privativa de libertad superior a un año⁸ (*Verbrechen*) y concretos hechos antijurídicos que están amenazados con una pena privativa de libertad mínima inferior a un año o con pena de multa (*Vergehen*). Estos *Vergehen* son los que se mencionan en el § 261 párrafo 1, 2.^a, números 2 a 4 StGB. Según el número 2 serán delitos de referencia, entre otros, los *Vergehen* contemplados en el § 29 párrafo 1, 1.^o, número 1 de la Ley de Estupefacientes, o sea, el tráfico ilícito de

4. Cfr. en relación con la Ley de Blanqueo de Dinero de 25.10.1993 (Boletín Oficial Federal, I, pp. 1770 y ss.), entre otros, BOTTKE, *Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche*, en *wistra* 1995, pp. 87 a 91, y 121 a 130; HETZER, *Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche*, en *NW* 1993, pp. 3298; FREY, *Geldwäsche - Die Achillesferse der Organisierten Kriminalität*, en *Kriminalistik* 1994, pp. 337 y ss.

5. Cfr. la rúbrica del § 261 StGB en la redacción de la Ley de lucha contra el delito de 28 oct. 1994 (Boletín Oficial Federal, I, pp. 3186 y ss., pp. 3188).

6. Cfr. §§ 146 y ss. StGB.

7. Cfr. LACKNER/KÜHL, StGB, ed. 22, Munich 1997, § 241, marginal 3.

8. § 261.1.2.^a, n.^o 1 StGB.

estupefacientes. Según el número 3, son delitos de referencia válidos: la apropiación indebida, la estafa, el fraude de subvenciones, administración desleal, falsificación de documentos, cohecho pasivo y cohecho activo. Estos delitos serán delitos de referencia cualificados, cuando sean cometidos profesionalmente por un miembro de una banda, a la cual se ha unido para la perpetración reiterada de esos hechos. En virtud del número 4, será delito de referencia, cualquier *Vergehen* que sea cometido por un miembro de una asociación ilícita en el sentido de lo dispuesto en el § 129 StGB. Es de destacar su cercanía a la criminalidad organizada. Expresamente se menciona el blanqueo de dinero por profesionales o por bandas como ejemplo de caso especialmente grave de «blanqueo de dinero; encubrimiento de valores patrimoniales ilegales»⁹.

La conducta típica del delito del § 261 StGB es la ocultación o el encubrimiento de la procedencia de tales bienes. La conducta típica consiste también en la puesta en peligro o la frustración de la indagación de su procedencia, de su hallazgo, del comiso de efectos e instrumentos, del comiso de ganancias o del aseguramiento de tales bienes. También actúa antijurídicamente según el párrafo 2.º del § 261 StGB, quien procura o custodia, para sí o para un tercero, un bien que tenga su origen en un delito de referencia cualificado, o quien lo utiliza para sí o para un tercero. El hecho no es punible conforme al § 261 párrafo 2.º StGB, cuando un tercero ha obtenido previamente el bien sin haber cometido un delito. En principio, para la punibilidad del blanqueo de dinero y del encubrimiento de valores patrimoniales ilícitos se exige dolo, pero en determinadas circunstancias es suficiente, conforme al párrafo 5.º del § 261 StGB, el actuar doloso por desconocimiento imprudente grave de que el bien deriva de un delito de referencia cualificado, cometido por un tercero. El sujeto activo viene designado en el § 261 StGB con la expresión "quien". Ese "quien" es, según la tradición penal alemana, una persona física sin que el § 261 StGB exija otros elementos especiales para configurar al sujeto activo, por lo que se trata de un delito común. No pueden ser sujeto activo ni las personas jurídicas ni las asociaciones. Son portadores de derechos (*Rechtsträger*) y entes jurídicos (*Rechtssubjekte*), incluso pueden ser los dueños de bancos o de otras instituciones de carácter financiero, en las que se puede blanquear dinero. Tras ellas pueden ampararse entidades de la criminalidad organizada. Sus miembros pue-

den utilizar las empresas o unidades de explotación de esas personas jurídicas o de esas asociaciones para el blanqueo de dinero. Los empleados de bancos, etc., pueden ser estimulados a tal fin. Pero las personas jurídicas o las asociaciones no pueden, por sí mismas, ser el "quien" del § 261 StGB. La tentativa es punible conforme al párrafo 3.º del § 261 StGB.

2. No debe extrañar el parecido existente entre el § 261 StGB y la configuración de este delito en el Derecho penal nacional de otros países de la Unión Europea. Esto se debe a que todos los Estados de la Comunidad, en virtud de una Directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 28 de junio de 1991, se vieron obligados a adoptar medidas penales dirigidas a evitar la utilización del sistema financiero para blanqueo de dinero¹⁰. El motivo político fue la generalización de la criminalidad organizada, la cual actuaba como parásito en el mercado y controlaba el patrimonio monetario obtenido de fuentes delictivas. Esa Directiva ofreció un marco a los legisladores penales nacionales, marco que debían colmar siguiendo el modelo jurídico europeo. Así se hizo en los países de la Unión Europea, y también en Alemania, a través del § 261 StGB. Igualmente Suiza posee, como país no miembro de la Unión Europea, y debido a su importante puesto en el mercado financiero, disposiciones jurídicas contra el blanqueo de dinero¹¹.

II. EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS CONTRA EL BLANQUEO DE DINERO

La investigación sobre la situación real puede enfocar la eficacia de las normas contra el blanqueo de dinero. La eficacia de las disposiciones penales alemanas contra el blanqueo de dinero es, dicho con cautela, muy limitada. Su eficacia es tan limitada como la eficacia de las disposiciones jurídicas contra el blanqueo de dinero de los demás países de la Unión Europea y de Suiza. La tesis según la cual todos los tipos penales de los países europeos son más escasos que eficaces, es *opinio communis*¹². Desde el punto de vista de la defensa estatal frente al blanqueo de dinero, su limitada eficacia no es el caso correcto sino el incorrecto. Esto es válido al menos, cuando con la eficacia se alude a una contribución cuantificable contra la extensión real del blanqueo de dinero que se obtiene con el § 261 StGB y los correspondientes tipos penales de otros países. No puede fi-

9. § 261 IV StGB.

10. EuABl, 1991 Nr. L 166.

11. Cfr. CARL, en wistra 1991, pp. 288 y ss.

12. 2 Cfr. LACKNER/KÜHL, StGB, 22. Ed., München, 1997, § 261, marginal 2a.

jarse el déficit en el blanqueo de dinero, que sería imaginable de comparar el § 261 StGB y los correspondientes tipos penales de otros países, con el caso hipotético de que no hubiera regulación. Sobre la cifra oscura del blanqueo de dinero tan sólo se puede especular, si bien las especulaciones existentes en torno a la cantidad de dinero que se blanquea anualmente en Alemania son contradictorias, pues van desde dos mil hasta ciento cincuenta mil millones de marcos¹³. Pero estas cifras no pueden ser verificadas. No existe, a tal efecto, una economía criminal con datos seguros. El número anual de los procesos penales auspiciados por la policía y el número de sentencias firmes contra blanqueo de dinero son muy bajos según se desprende de los datos estadísticos¹⁴. Supongo que esto no es esencialmente distinto en los demás países de la Unión Europea y en Suiza.

III. ¿AUMENTO DE LA EFICACIA?

Quien siga la escena político criminal, puede observar continuos intentos de mejoras legislativas. Así, desde su entrada en vigor, en Alemania se han modificado reiteradamente los preceptos penales contra el blanqueo de dinero¹⁵. Actualmente la rúbrica es «Blanqueo de dinero; encubrimiento de valores patrimoniales ilegales»¹⁶. La Ley de blanqueo de dinero, que obliga a las instituciones del sistema financiero, particularmente a los bancos, a adoptar medidas de defensa frente al blanqueo de dinero, complementa el intento del legislador, de atajar el blanqueo de dinero mediante la amenaza penal. También la Ley contra el blanqueo de dinero ha experimentado modificaciones desde su entrada en vigor¹⁷.

No se sabe si las modificaciones de los preceptos legales han aumentado su eficacia. Queda por resolver, si las tendencias a la ampliación del ámbito regulado por el precepto penal son plausibles o censurables. Podría asegurarse, que los preceptos legales contra el blanqueo de dinero contribuyen a la aceptación social de la Hacienda Pública. Estos preceptos justifican más bien el útil obrar del legislador, ya que demuestran la posición económica de Alemania y otros países europeos como plaza financiera fiel al derecho. Generan una contribución no mensurable contra el blanqueo de di-

nero, por cuanto que a través de la ineficacia facilitan las oportunidades de reinversión del capital obtenido ilegalmente. Esto podría parecerles a aquellos que entrevén una correlación solapada entre el blanqueo de dinero de los delincuentes económicos y el avance económico, una contribución eficiente al desarrollo de la totalidad de la economía frente al ineficiente Derecho penal económico. Es tal dialéctica *la ratio legis secreta et vera?*. ¿Es la *window dressing* de las posiciones financieras nacionales la secreta y verdadera función de todas las leyes contra el blanqueo de dinero? ¿Se trata incluso de la conocida política con fines racionales, de la legislación simbólica?

A los escépticos les podría parecer así. Porque es conocido o reconocible: no se realiza un control ininterrumpido y esencialmente receloso de la transferencia en el mercado de los instrumentos de pago (esto es: dinero en sentido amplio y estricto) en cuanto a la averiguación de su (posible) origen delictivo. Ni se realiza a través de la colaboración de los bancos, casas de seguros o de otros órganos del sistema financiero, ni tampoco estatalmente. Este control tampoco puede tener lugar en la sociedad civil con mercado, pues sería contraproducente para la libertad general. Es decir, en una sociedad libre cada uno, como miembro de la sociedad, puede esperar de los demás, y en todo caso suponer en tanto no haya sospechas, que actúan lícitamente. No existe un deber de recelo. Un participante en el mercado no tiene, en una sociedad libre, el deber de mostrarse a sí mismo como autor de un delito y mostrar su dinero como procedente de un delito. Tampoco tiene el deber absoluto de controlar la procedencia delictiva del dinero que le es ofrecido. Aún menos, debe reforzarse penalmente el incumplimiento de ese no-deber. El control preventivo estatal del mercado es prácticamente una contradicción conceptual. Porque el mercado es el sistema económico adecuado para una sociedad libre, por eso es ajeno a la prevención estatal, someter a control el comercio mercantil. Un control absoluto de los actos económicos sólo sería compatible con una economía planificada. La prevención mediante el control es ilusoria (utópica) en tiempos en los que el mercado se globaliza progresivamente y se desacopla del poder estatal. La ayuda de los participantes en el mercado

13. Cfr. ВОРТКЕ, *Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche*, en *wistra* 1995, p. 87 a 91, 121 a 130, p. 87 con referencia al cálculo del Ministerio de Justicia.

14. Así, por ejemplo, la tabla 2.1 de la estadística de procesos penales, muestra que en 1996 fueron sentenciadas en total treinta personas con base en el § 261 StGB.

15. Pueden mencionarse las siguientes leyes de reforma: Ley Orgánica sobre la Convención de 1988, de sustancias adictivas, de 2.8.1993, Boletín Oficial Federal I, pp. 1407 y ss.; Ley de control de materia prima de 7.10.1994, Diario Oficial Federal de 7.10.1994, págs. 2835 y ss.; Ley de lucha contra el delito de 28.10.1994, Boletín Oficial Federal I, pp. 3186 y ss.

16. § 261 StGB en la redacción dada por la Ley de lucha contra el delito de 28.10.1994, Diario Oficial Federal I, pp. 3186 y ss, p. 3188.

17. Por ejemplo, la Ley de reforma de 22.10.1997, Diario Oficial Federal I, pp. 2567 y ss., p. 2578.

para controlar los actos que pertenecen al *money laundering*, puede ser moralmente loable, pero en general no es exigible. El ciudadano no es un esbirro del control estatal sobre los actos mercantiles en relación con posibles delitos. Él y los otros ciudadanos pueden esperar ser considerados como participantes leales en el mercado. El ciudadano debe considerar a otro ciudadano y participante en el mercado, en principio, como sujeto de derecho que actúa lícitamente. Un control absoluto de los actos que transfieren los instrumentos de pago en el sistema financiero prometería, en efecto, una eficacia constitutiva de sospecha. Sin embargo, sería disfuncional ya que el dinero (en sentido amplio y estricto) puede revestir rápidamente otra envoltura, y de esta forma seguir siendo extendido sin control. Su función de ser un óptimo instrumento de pago, se dañaría si la transferencia de dinero tuviera que superar los obstáculos de un control eficaz. En todo caso, sí son imaginables deberes especiales para determinados participantes en el mercado. La Ley sobre el blanqueo de dinero (GWG) actualmente vigente en Alemania, establece especiales deberes de identificación, registro, asiento y notificación¹⁸, dirigidas a determinados órganos de entidades de crédito, financieras, de seguros y de casas de juego. Pero o bien éstas presuponen un «límite» tipificado de sospecha (a la sazón de 20.000 marcos), o bien exigen la sospecha, de que la transacción tiene por objeto blanquear bienes. Así concuerdan los presupuestos de punibilidad del dolo o de la imprudencia con la procedencia delictiva del dinero blanqueado del § 261 StGB. Un deber de sospecha reforzado penalmente, que pudiera dar lugar a un reproche por imprudencia debido a la defectuosa perspicacia de quien debió sospechar, no se sostiene. En una sociedad libre, tampoco puede sostenerse frente a entidades de crédito, financieras, de seguros y de casas de juego. En tanto esto sea así, quedará fragmentada y será ineficaz cualquier criminalización de los actos de blanqueo de dinero. La ilegalidad o la proscripción social de determinados bienes o prestaciones de servicios, junto con la predisposición a la demanda y las oportunidades de beneficio de la oferta, constituyen el caldo de cultivo de la criminalidad organizada. Esto no puede desmantelarse a través del tipo penal de blanqueo de dinero. Ésta podría ser la razón, de que el legislador intente dirigir la por él proclamada lucha contra la criminalidad organizada, a través del aumento de las posibilidades de aproximarse a la información de carácter procesal penal utilizable

sobre los actos de la criminalidad organizada. Las claves para ello en Alemania son el empleo de investigadores encubiertos¹⁹ y la gran "ofensiva de escuchas"²⁰, entre otras. El inquietante coste de las estrategias de obtención de información clandestina es el menoscabo de la libertad ante el control estatal. Si este coste quiere pagarse, es en última instancia una decisión política. Si no se está dispuesto a pagar estos costes, por ejemplo por razones derivadas del Estado de Derecho, se asocia el no-deber de sospechar de la procedencia delictiva del dinero de los participantes en el mercado, en tanto que ciudadanos, con la no sustitución del deber de sospechar a través de la adquisición de información estatal.

C. RESPUESTAS ARDUAS A PREGUNTAS COMPLICADAS

El dilema de cualquier tipo penal contra el blanqueo de dinero está delimitado. Por una parte, los instrumentos de pago mercantiles (como por ejemplo el dinero en efectivo y las transferencias bancarias) deben poder fluir fácilmente, sin grandes controles; en caso contrario perderían su fungibilidad en el mercado. Por otro lado, los instrumentos de pago que proceden de origen criminal, no llevan esa tacha en la frente. Particularmente el dinero y las transferencias bancarias son aptos para ser blanqueados y ser utilizados en el circuito económico legal. El dinero blanqueado puede, a la larga, acumular el poder económico y arruinar la libre competencia, si se le dota de una indefinida y continuada imitación o repetición. ¿Qué debe hacerse?. Las directivas comunitarias originan deberes para los Estados socios, pero está permitido preguntar: ¿Se debería volver a la situación jurídica anterior, caracterizada por la no criminalización del blanqueo de dinero?. ¿Es apto el blanqueo de dinero para ser criminalizado y está necesitado de criminalización?, ¿es «materia criminal»?.

I. EL BLANQUEO DE DINERO COMO INSTRUMENTO CONTRA LA FUNCIÓN DEL MERCADO DE SERVICIO A LA LIBERTAD.

Sólo los que se oponen a la sociedad burguesa caen en una fácil defensa de la despenalización del blanqueo de dinero. Sin un sistema financiero que funcione, la sociedad burguesa no tiene un mercado que funcione. El consejo de Lenin a los enemigos de la sociedad burguesa era: "si quieres

18. Cfr. BOTKE, *Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche*, en *wistra* 1995, pp. 87 a 91, pp. 121 a 130, especialmente pp. 125 y ss.

19. Cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 24ª ed., München, 1995, § 10 B II, marginal 25 y ss..

20. La «gran ofensiva de espionaje (escucha)» se discute intensamente en Alemania. Entre tanto, la discusión ha conducido a una reforma del artículo 13 de la Ley Fundamental de Bohn.

destruir la sociedad burguesa, destruye su sistema financiero". La cuestión de si Lenin también previó como medio de la destrucción el encubrimiento del origen criminal del dinero en efectivo y otros instrumentos de pago idóneos para ser utilizados en el mercado legal, llegando a acumular poder de demanda, es decir, blanqueo de dinero a gran escala, queda por ver. Los apologistas de Lenin podrían fomentar hoy día el blanqueo de dinero como medio de lucha y oponerse a su criminalización. La moderna consigna de lucha podría ser: «Si quieres destruir el mercado de la sociedad burguesa y por fin a esta última, fomenta el blanqueo de dinero a gran escala». Justo lo contrario deberá decir, quien esté a favor de la sociedad burguesa y de su mercado.

Las sociedades nacionales burguesas establecen su sistema económico como mercado y su sistema político como Estado social de derecho. Su mercado no se legitima por sí mismo o por el poder de los más fuertes en el mercado, sino que se legitima a través de su misión en orden a la prosperidad general y de esta forma, sirve para ofrecer a todos una libertad realmente practicable. Sólo puede cumplir esta misión, cuando las oportunidades de acceso y las oportunidades de los agentes productivos en el mercado, se reparten de una manera equitativa y limpia. Las posibilidades de perseguir con éxito sus intereses, se reparten en todo caso equitativa y limpiamente, cuando el patrimonio de todos los participantes en el mercado, la expresión en dinero de sus intereses y el ajuste sobre el precio de mercado, se sustentan solamente en instrumentos de pago que proceden de fuentes legales. Las oportunidades de una intervención libre en el mercado son repartidas injustamente, cuando el patrimonio monetario procede en gran medida de fuentes delictivas. Quien puede introducir en el mercado dinero obtenido ilegalmente, a causa de su aparente pureza, distorsiona la competencia del mercado, y actúa gravando a los demás participantes en el mismo. Merma sus oportunidades de ajustar sus intereses sobre el precio de mercado junto a los demás intereses concurrentes, un precio de mercado que todos configuran mediante una competencia no distorsionada basada en una demanda organizada con igualdad de oportunidades. La criminalidad organizada es una actividad cuasi empresarial, que atesora dinero de fuentes ilegales y lo reinvierte. Al introducirse el dinero así obtenido, y por ello incontrolado en la economía legal, se distorsiona el mercado y su competencia basada en la igualdad de oportunidades. El blanqueo de dinero hace peligrar la

actuación del libre mercado y el servicio que presta a la sociedad burguesa. Puede desembocar en poder político, a través del poder obtenido en el mercado.

II. CRIMINALIDAD MATERIAL

La doctrina penal, que se cuestiona los fundamentos de la punibilidad, está acostumbrada a discutir el *Fiat* de la criminalización legal, desde la perspectiva de la criminalidad material. Esto ocurre también en relación con el blanqueo de dinero, en principio y de forma radical.

1. Los CONCEPTOS se definen de forma radical. El mundo se basa en posibles sucesos. Expresado de forma menos estática: el mundo se basa en posibles procesos. Los procesos son secuencias de sucesos. Las reglas son las expectativas generalizadas de sucesos. Las normas son expectativas no descriptivas de sucesos. Las normas solamente regulan sucesos organizables. Los sucesos organizados son actos. Éstos tienen, si se les regula mediante leyes permisivas o prohibitivas, un claro sentido social. Si tales actos tienen relevancia externa, son *contactos sociales*. Las reglas que tienen un especial sentido para la organización de contactos sociales son las jurídicas. El Derecho es, en esencia, un conjunto de reglas reconocidas, distributivas, permisivas, imperativas y prohibitivas, que reclama el respeto de los contactos sociales, y en tanto son prescriptivas, son reafirmadas estatalmente o con ayuda estatal, en los casos en que se decepciona la posibilidad de validez general. El quebrantamiento de la norma es la inobservancia por parte de los destinatarios de la norma, de los mandatos de las normas prescriptivas. Las violaciones de la normas son el manifiesto quebrantamiento de la mismas. Toleran el aprendizaje social del quebrantamiento de la norma y de la predisposición al quebrantamiento de la norma. Cada reafirmación de hecho de la norma contra el manifiesto quebrantamiento de la misma, revalida la norma violada. Mantiene la identidad normativa de la sociedad. Éste es el sentido general de todos los actos estatales de reafirmación de la norma tras una violación de la misma. Su especial finalidad es el mantenimiento de la predisposición común al cumplimiento de la norma por parte de los destinatarios de la misma. Titular de derechos puede ser cualquier entidad, al que pertenece algo reconocido jurídicamente o que en parte puede gestionar²¹. Ese «algo» puede ser también la cualidad, de poder llegar a ser portador de un dere-

21. Así, es titular de derechos cualquier persona, también el que está en coma, que ni puede percibir nada ni puede dar forma a su voluntad. Es titular de derechos, en tanto en cuanto tenga dignidad humana. Le pertenece algo, por ejemplo su no liquidabilidad en el mercado, que pertenece a su propia gestión.

cho²². Los derechos pierden su función sin la obligación jurídica de los demás, de respetar el derecho ajeno. En tanto un titular de derechos esté sometido («subjetivado») a las normas jurídicas, que le obligan, como destinatario de la norma, al respeto en el contacto social a los derechos de otros titulares de derechos, será sujeto de derechos.

2. La cuestión de qué quebrantamientos de normas (qué lesiones de qué deberes jurídicos) y bajo qué condiciones son materia criminal, se puede contestar, en principio, tan sólo atendiendo a la Constitución que tiene la sociedad de una nación²³. En particular se puede contestar únicamente, atendiendo a la correspondiente Constitución penal. En el caso de que la sociedad de la nación haya configurado su sistema político como un Estado de Derecho en el que el legislador se halle ligado al más alto rango jurídico, la Constitución penal expresa la esencia de cada norma jurídica y vincula al legislador penal a la hora de criminalizar y penalizar cada acto que contradice una norma. A la Constitución penal pertenece, en las sociedades de las naciones de la Unión Europea, siempre que sean vinculantes, cada *constitutio scripta domestica*. En Alemania es la Ley Fundamental de Bonn (art. 74.Nr.1.GG.). A la Constitución penal pertenece también el derecho de la Unión Europea, siempre que sea vinculante, sea el derecho europeo primario, sea el derecho europeo secundario. Porque también este derecho obliga a los legisladores nacionales en los países de la Unión Europea. Sí y en qué medida la *constitutio domestica* cuenta con la complacencia del derecho internacional, depende de la Constitución penal nacional y de las reglas generales del derecho internacional y, de manera problemática, también del derecho que surge de las convenciones internacionales multilaterales.

3. Como principio penal constitucional de la legislación penal propia de un Estado de Derecho se podría afirmar: Materia criminal y por ello criminalizable puede ser únicamente la lesión de bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son prerrogativas reconocibles o concedidas jurídicamente por la Constitución penal para la administración de realidades sociales dadas. La lesión del bien jurídico es la usurpación (quebrantando la norma), por los destinatarios obligados por las normas jurídicas (prohibitivas o permisivas), de estas prerrogativas. La así definida lesión del bien jurídico es condición necesaria de la criminalidad material de un contacto social organizado. Pero esta condición

no es suficiente. Como condición necesaria, pero no suficiente debe darse, además, la puesta en peligro del objeto del bien jurídico. Se denomina objeto del bien jurídico, a la condición necesaria para que el bien jurídico pueda percibirse realmente. El objeto del bien jurídico puede, pero no tiene que ser representado por realidades materiales.

a) Los bienes jurídicos pueden ser, por una parte, bienes jurídicos individuales. Los bienes jurídicos individuales son las prerrogativas reconocibles o concedidas jurídicamente a los titulares individuales de derechos para su exclusiva administración, que les pertenece como patrimonio. Los titulares de derechos, que son personas, pueden de *constitutione lata* administrar con carácter exclusivo aquellos bienes que les pertenecen como por ejemplo su vida, su cuerpo, su sexualidad, su propiedad, su voluntad, etc. Tales realidades son condiciones de los particulares reconocidas jurídicamente por la Constitución penal, para que éstos puedan organizar de una forma autónoma y óptima su vida interna y su participación en la vida social. Son, en tanto, condiciones para una practicable y óptima seguridad individual del patrimonio, es decir, de libertad real, *objetos individuales del bien jurídico*.

b) Los objetos del bien jurídico y los bienes jurídicos pueden, por otra parte, ser colectivos. Los objetos colectivos del bien jurídico son las condiciones de funcionamiento del sistema social jurídicamente reconocido por la Constitución penal. Por función se entiende el rendimiento que genera el sistema social. Es el sistema querido jurídicamente por la Constitución penal, esto es, lo que la sociedad debe realizar, su finalidad o, en caso de un rendimiento aproximativo posible, su meta. El Estado vela por el mantenimiento de las condiciones de funcionamiento del sistema reconocido jurídicamente por la Constitución penal. Tiene casi el desempeño fiduciario de las prerrogativas de administración sobre los objetos colectivos de bienes jurídicos. Sus prerrogativas se llaman bienes jurídicos colectivos o bienes jurídicos de la colectividad.

4. En el Estado de Derecho, sólo pueden ser criminalizados de *constitutione lata*, en consideración al principio de proporcionalidad, las lesiones a los bienes jurídicos. Por ello hay que mencionar los otros tres requisitos: las lesiones de bienes jurídicos tienen que ser, al menos, socialmente intolerables. Además, tienen que necesitar el reforzamiento de la producción de costes jurídico pena-

22. También las personas jurídicas y las asociaciones de personas pueden ser titulares de derechos.

23. Así ocurre en sociedades libres, cuya Constitución prohíbe al Estado gobernar en la organización del interior de los titulares de derechos, en los pensamientos y sentimientos de las personas libres. También están libres de normas jurídicas y de criminalización.

les²⁴ derivados de la lesión al bien jurídico, en interés de la común predisposición a la observancia de la norma. Por último, tienen que hacer peligrar suficientemente el objeto del bien jurídico. Las dos primeras exigencias, intolerabilidad social y necesidad de criminalización del quebrantamiento de la norma, conceden al legislador, en tanto no esté obligado a criminalizar una conducta determinada (por ejemplo, por el Derecho europeo), una prerrogativa de valoración y regulación. Esta prerrogativa exige una ulterior decisión política dejándose ver en tales decisiones, la cultura político criminal del legislador.

La tercera exigencia, la suficiente puesta en peligro del objeto del bien jurídico, debe ser precisada. Suficiente puede ser incluso una puesta en peligro abstracta cualificada. Una puesta en peligro abstracta cualificada es un contacto social organizado, cuyo efecto de peligrosidad podría dar lugar, en caso de una indefinida y continuada repetición o imitación, a una puesta en peligro concreto, y finalmente a la paralización de las condiciones de la propiedad individual o de una condición de funcionamiento. La medida así delimitada de la puesta en peligro abstracto cualificado de un objeto de un bien jurídico se llama «*Hasardierung*»²⁵. El criterio de la puesta en peligro abstracto cualificado se vale de un argumento general. En una sociedad libre cabe preguntarse, a dónde irían a parar los subsistemas sociales, la sociedad y, por último, la efectiva libertad igual para todos, si no se llevara a cabo la criminalización contra la imitación o repetición de las lesiones a los bienes jurídicos. Al peligro concreto se le llama *Perilierung*. Para la criminalización de las lesiones a los bienes jurídicos es indispensable y, también suficiente, en caso de intolerabilidad social y necesidad de criminalización, un peligro abstracto cualificado del objeto del bien jurídico que lleve a la lesión del bien jurídico. Esto permite la delimitación jurídico criminal de los *Hasardierungsdelikten*.

Todos los actos, que nunca podrían desembocar en una puesta en peligro concreto o parálisis de

un objeto de un bien jurídico, no son aptos para ser criminalizados en un Estado de Derecho. Tampoco son aptos para ser incriminados aquellos comportamientos en los que el actor cree erróneamente poder crear un peligro abstracto cualificado para el objeto del bien jurídico. Puesto que la tentativa absolutamente inidónea no crea un peligro abstracto cualificado, no es válida para ser criminalizada. En cambio, sí son válidos a tal efecto, los contactos sociales, cuya organización lesiva de bienes jurídicos, suponen un peligro abstracto cualificado del objeto de un bien jurídico. Valen para ser criminalizados tanto en caso de bienes jurídicos individuales como colectivos.

5. El peligro abstracto cualificado que lesiona el bien jurídico también es suficiente para el legislador en orden a la criminalización del blanqueo de dinero. Para ello son indispensables cuatro cosas: Tiene que verse el libre mercado como el sistema caracterizado por las normas de la Constitución penal por la correspondiente sociedad nacional. Tiene que ser reconocida la soberanía fiduciaria del Estado sobre las condiciones de funcionamiento de ese sistema libre como bien jurídico colectivo. Se han de examinar los efectos de puesta en peligro abstracto cualificado sobre la aptitud/idoneidad de la función del mercado útil a la libertad, en caso de incumplimiento de las normas de blanqueo de dinero. Y se tiene que afirmar la intolerabilidad social y la necesidad de pena del blanqueo de dinero. Es evidente que tales condiciones no tienen *more geométrico*.

a) La economía es un sistema social. A la libertad efectiva y practicable de todos los mercados que sirven a la misma se le ha llamado, preconstitucionalmente, en el sentido de un pensamiento progresivo, «mercado económico social»²⁶. El derecho de la Unión Europea quiere como economía el mercado. Especialmente, quiere un mercado que sirva para la prosperidad de todos y que permita la libertad efectiva y practicable de los particulares²⁷. Este mercado también es perfectamen-

24. Los costes jurídico penales suponen para el quebrantador de la norma más que la mera pérdida de las ventajas que obtiene con el quebrantamiento de la norma. También le cuestan algo más que los obstáculos, que le puedan ser impuestos para el restablecimiento de las consecuencias subsanables derivadas de su quebrantamiento de la norma. Estos son costes adicionales. Pretenden evitar, bien el peligro de que quien quebrantó la norma vuelva a hacerlo, en cuyo caso van orientados a la prevención del peligro, o bien hacen pagar la culpabilidad según la medida individual del reprochable desacato a la norma. En este último caso son retributivos. Pueden ser penalizadas aquellas lesiones de bienes jurídicos, que son socialmente intolerables y que están necesitadas de pena, especialmente, para reforzar la apelación normativa a los destinatarios de la norma. La pena es el resultado retributivo de costes adicionales en orden a reforzar la apelación normativa a los destinatarios de la norma que, pese a su asequibilidad normativa, es decir, culpablemente, lesiona bienes jurídicos ajenos.

25. *Hasardieren* significa arriesgar. Procede del juego de cartas «Hasard» y se emplea para expresar que los sujetos se lo juegan todo a una carta, es decir, asumen el máximo riesgo (N. d. T.).

26. Cfr. MÜLLER-ARMACK, *Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft, Frühschriften und weiterführende Konzepte*, Stuttgart, 1974.

27. Cfr. al respecto en particular BOTTKE, *Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen «stramündig» werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, en *wistra* 1997, pp. 241 a 253; El mismo, *Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland nach der Wiedervereinigung*, en Schünemann (coord) *Deutsche Wiedervereinigung*.

te compatible con la Constitución²⁸. Respecto del mercado existente en Alemania y en otros países de la Unión Europea, se puede hablar ya de mercado económico social, en el sentido de que al Estado se dirigen ofertas de optimización²⁹. Este tipo de mercado viene dado jurídicamente por la Constitución penal. El Estado también tiene soberanía de administración sobre las condiciones de funcionamiento del mercado, según como se configure en los países miembros de la Unión Europea.

b) Para las condiciones de funcionamiento de un mercado que sirva a la libertad general, hay que contar con una competencia no distorsionada. El encubrimiento del origen delictivo de los instrumentos de pago en el mercado distorsiona la competencia, en pocas palabras: el blanqueo de dinero, distorsiona la competencia. Ello ocasiona un poder de demanda unilateral, en detrimento de la igualdad de oportunidades de los demás intervinientes. Es disfuncional para el mercado económico social suponiendo un peligro abstracto cualificado de una condición de funcionamiento del mercado económico social. Si un acto de blanqueo de dinero fuera indefinidamente repetido o imitado, esto sería ruinoso para una competencia libre y para un reparto libre del poder de demanda. Se han de afirmar la intolerabilidad social y la necesidad de pena.

Por todo ello es materia criminal —desde la perspectiva de las condiciones de funcionamiento del mercado que sirve a la libertad— la transferencia de dinero o de otros instrumentos de pago en la economía legal. Semejante actuación supone un peligro abstracto cualificado para la libre competencia en el mercado. Es apto, en caso de repetición o imitación indefinida y con-

tinuada, para arruinar el mercado que sirve a la libertad y, a gran escala, es socialmente intolerable. Es idóneo para ser criminalizado por la incitación al quebrantamiento de normas y es penalizable cuando hay un *quantum* de culpabilidad relevante. De la misma manera, material criminal es cada encubrimiento de la fuente delictiva del dinero y de otros instrumentos de pago del mercado, que superan cuantitativamente mínimos despreciables (por ejemplo, montantes en céntimos), en tanto en cuanto sean apropiados, para servir a la transferencia en el sistema económico o para preparar hechos similares.

6. Los tipos penales del blanqueo de dinero, así considerados, se han dictado contra el efecto de peligro abstracto cualificado que provoca el blanqueo de dinero en perjuicio de la competencia en el mercado. Su bien jurídico y su objeto del bien jurídico se formulan en cierto modo de una manera «monofocal», con referencia a la aceptación jurídico-constitucional-criminal del mercado y de su función de servicio a la libertad³⁰. Semejante concepción del bien jurídico, orientada al mercado, tiene posibles y reales competidores en el foro de la teoría del bien jurídico. Éstos pueden disputar con aquél su derecho de ser los únicos, pero también pueden considerar que tan sólo tienen un derecho a complementarlo, con lo cual sería posible realizar combinaciones. La teoría del bien jurídico y del objeto del bien jurídico sería entonces en cierto modo «polifocal». Aquello a lo que se llama blanqueo de dinero merece, la verdad sea dicha, pronto otro nombre, en caso de complementación o sustitución del punto de vista orientado al mercado.

Die Rechtseinheit, Arbeitskreis Strafrecht, Band III, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1996, pp. 73 a 97; El mismo, *Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche*, en *wistra* 1995, pp. 87 a 91, y 121 a 130; El mismo, *Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, pp. 109 a 123; El mismo, *Freiheit durch Wirtschaftsstrafrecht*, en BOTTKE/LAMPERT/RAUSCHER, *Freiheit als zentraler Grundwert demokratischer Gesellschaften, Interdisziplinäre gesellschaftspolitische Gespräche an der Universität Augsburg*, Band 2, 1992, pp. 197 a 212; El mismo, *Empfiehlt es sich, einen Tatbestand der Wirtschaftsschädigung in das Strafgesetzbuch aufzunehmen?*, en *wistra*, 1991, pp. 80 a 91; El mismo, *Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite*, primera y segunda parte, en *wistra* 1991, pp. 1 a 10 y 52 a 56.

28. BOTTKE, *Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite*, Primera y segunda parte, en *wistra* 1991, pp. 1 a 10, 52 a 56, especialmente pp. 4 y ss.; El mismo, *Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, pp. 109 a 123.

29. Cfr. en general sobre mercado económico social, MÜLLER-ARMACK, *Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft, Frühschriften und weiterführende Konzepte*, Stuttgart, 1974.

30. Para subrayar esta idea: El objeto del bien jurídico de un tipo penal del blanqueo de dinero es pues, el reparto de las mismas oportunidades para obtener poder de demanda en el mercado, mediante la adquisición legal de dinero. Expresado de otra manera: el objeto del bien jurídico siguiendo la definición general, es la competencia del mercado como su condición de funcionamiento. El bien jurídico es la fiduciaria soberanía administrativa del Estado nacional, sobre esa condición de funcionamiento del mercado que sirve a la libertad. Una premisa de que semejante teoría del bien jurídico está formulada y aceptada de *constitutione lata*, es el correspondiente acatamiento del mercado en conjunto, su función y sus condiciones de funcionamiento, así como la soberanía administrativa estatal obtenida del derecho constitucional penal.

A) La teoría del bien jurídico orientado al mercado tiene en teoría al menos dos competidores principales.

a) El primer competidor es una concepción del bien jurídico orientada al proceso penal y a las consecuencias del delito. Para esta concepción, la idoneidad gradualmente acrecentable de los bienes procedentes de delito, para actuar como instrumentos de pago mediante actos de encubrimiento o de transferencia en el mercado, es secundaria o absolutamente irrelevante. Esta teoría ve a estos bienes como objetos, que al proceder de delitos, sucumben o pueden sucumbir, a las medidas de carácter procesal penal del comiso de efectos e instrumentos, comiso de ganancias y a las de aseguramiento. Los actos de encubrimiento, los cuales se frustran o se ponen en peligro a través de la adopción de tales medidas, son criminales porque ponen en entredicho la persecución penal del hecho, más exactamente, la producción procesal penal de medidas³¹. El blanqueo de dinero pasa de ser un delito contra la competencia en el mercado que sirve a la libertad, a ser un delito contra la persecución y recriminación penales por el Estado. Así es como lo ha concebido la sociedad, y lo ha querido la Constitución.

La correspondiente Constitución penal quiere la persecución material y jurídica y la recriminación de los delitos de los que proceden dinero y valores patrimoniales o de aquellos delitos en los que han sido el medio empleado para cometerlos. La expresión «crime should not pay» es la mínima oferta en relación con las consecuencias materiales y jurídicas del delito. Lo justo es que el bien procedente de un delito, no quede y se desarrolle en el ámbito del autor. Si el delito no debe merecer la pena, el *lucra et crimine* y el *producta sceleris* no pueden permanecer como beneficio o provecho. Tienen que ser decomisados a los autores o partícipes del delito. Si vale la expresión «crime should be expensive», entonces hay que quitar a los autores y partícipes culpables del hecho, el dinero u otros valores patrimoniales, que hayan sido utilizados como medio de comisión del hecho. Es casual el hecho de que los beneficios, productos y medios delictivos no sólo sean objetos de aseguramiento procesal penal, y de eventuales decomisos de la misma índole, sino que también tengan valor patrimonial como instrumentos de pago. Esto es secundario. Lo prioritario es su disposición penal, a ser objeto de las medidas antes mencionadas. Igualmente secundario es que los bienes objeto de aseguramiento, comiso de efectos o instrumentos o comiso de ganancias, se empleen en el mercado

a consecuencia de actos de encubrimiento o transferencia. Prioritario es el concreto peligro o fracaso de una medida. El bien jurídico del precepto penal que se dirige contra tales peligros o fracasos, es la soberanía administrativa del Estado sobre el sistema que lleva a cabo la prevención y represión penal de los quebrantamientos de normas, en favor de una libertad real y practicable de todos los miembros de la sociedad. Objeto del bien jurídico son las condiciones de funcionamiento útiles para la libertad general, y de la persecución y recriminación penales conforme a derecho. Una de las condiciones de funcionamiento es que los objetos del comiso de efectos o instrumentos o del comiso de ganancias sigan siendo accesibles para los órganos de persecución penal. El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de *producta et instrumenta sceleris*. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal.

b) El segundo competidor es una concepción del bien jurídico orientada al derecho individual. Según esta concepción, el bien jurídico es el derecho individual de los verdaderamente autorizados a recuperar su bien valorable en dinero, que otro se ha agenciado delictivamente. El motivo es que ese otro, a causa del delito, no ha adquirido ningún título legal que le permita quedarse con el bien valorable en dinero; no debe quedarse con el dinero ni con los valores patrimoniales no conformes a derecho. Los actos que encubren el dinero frente al derecho de adquisición de los autorizados, entorpecen la devolución efectiva del bien a su patrimonio. Este patrimonio es un objeto de bien jurídico individual. El blanqueo de dinero se convierte entonces en un delito parecido a la receptación. Se convierte en un intercambio de cosas receptadas mediante bienes de valor monetario, y por tanto, en una receptación de bienes que no sean cosas.

B) En la génesis histórica de los tipos penales jurídico nacionales, prácticamente no se formulaba originariamente una teoría del bien jurídico orientada al mercado. *Re vera* los padres de la ley no se preocuparon de formular eventuales reservas jurídico dogmáticas sobre la cuestión del bien jurídico. La Directiva europea reaccionó pragmáticamente frente a la criminalidad organizada y su

31. El § 11.1 Nr. 8 StGB ordena, como medidas de seguridad, las medidas curativas y de aseguramiento junto con el comiso de efectos en instrumentos, el comiso de ganancias y la inutilización.

actuación parasitaria en el mercado. Los legisladores penales nacionales la trasplantaron. Estaban a favor de privar a la criminalidad organizada de una parte de sus incentivos económicos. A tal efecto enlazaron la puesta en peligro abstracta de la función del mercado a través del blanqueo de dinero, con el peligro concreto o la frustración de los actos procesales penales que se dirigen contra los incentivos económicos del hecho a través del decomiso de beneficios, productos y medios utilizados en el hecho. Semejante génesis permite que los bienes jurídicos y objetos de bienes jurídicos de los tipos penales de blanqueo de dinero de los respectivos países lleguen a ser muy discutibles.

a) El bien jurídico y el objeto del bien jurídico son *de lege domestica* particularmente discutibles cuando, como es el caso de Alemania, el tipo penal del blanqueo de dinero no se encuentra en una compilación legal consagrada al derecho penal económico, que busque la protección de las condiciones de funcionamiento del mercado, sino que se incardina en los delitos «favorecimiento y receptación»³².

Esto permite afirmar, que los padres de la ley alemanes habrían visto y querido una analogía entre el blanqueo de dinero y la receptación. El bien protegido no es, o al menos no es únicamente, el mercado y su competencia o el flujo económico y financiero³³. Como bienes protegidos también encontramos los intereses individuales lesionados mediante el hecho precedente³⁴, así como la Administración de Justicia en su función de eliminación del efecto del delito³⁵. Semejante teoría de protección del bien está apoyada *de lege lata* en la criminalización a través del § 261 párrafo 1 StGB, en el que también se explicita como modalidad comisiva la puesta en peligro o frustración del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y aseguramiento de cualquier bien precedente de un delito. Este punto de vista también se apoya *de lege lata* en el hecho de que el antiguo § 261 StGB, que llevaba por rúbrica solamente la expresión «blanqueo de dinero», pasó a llamarse, tras una reforma legal, «blanqueo de dinero, encubrimiento de valores patrimoniales ilegales»³⁶. Esto puede ser interpretado como un cambio obligado desde un punto de vista «monofocal» hacia un punto de vista «polifocal».

b) De todo lo anterior puede derivarse, que el le-

gislador penal alemán ha combinado los tres aspectos de protección. El tipo penal vigente en Alemania del «blanqueo de dinero; encubrimiento de valores patrimoniales ilegales», no ha sido abarcado por el legislador histórico solamente desde la perspectiva de la puesta en peligro abstracto cualificado (*Hasardierung*) de una condición de funcionamiento del mercado útil a la libertad. También es abarcado desde la perspectiva de la entidad del daño que un delito de referencia pueda producir en un patrimonio individual. Igualmente es abarcado desde la perspectiva de la puesta en peligro de una condición de funcionamiento de la recriminación penal por parte del Estado. Criminaliza, en tanto se trata de la puesta en peligro o fracaso del comiso de ganancias, del de efectos o instrumentos o del aseguramiento, una forma especial de sabotaje de la persecución penal. La redacción actual del § 261 StGB contempla una mezcla combinada. Combina tres orientaciones de protección. Baraja objetos de protección colectivos e individuales, siendo éstos heterogéneos. Semejante mezcla es contraproducente para la seguridad jurídica. Cada tipo delictivo de puesta en peligro de medidas, que esté ligado al de blanqueo de dinero, produce un efecto difusor. Una interpretación orientada al bien jurídico posibilita, en caso de bienes jurídicos diversos, la concurrencia de varios resultados. Una regla que solucionara tal concurso, no existe para un tipo penal global con mezcla de bienes jurídicos. Un tipo penal de «blanqueo de dinero, puesta en peligro de bienes jurídicos» no tiene contornos claros, por lo que la taxatividad del tipo se resiente. *De lege lata*, es este el caso del § 261 StGB, «blanqueo de dinero, encubrimiento de valores patrimoniales ilegales».

c) La mezcla de bienes protegidos heterogéneos no es necesaria. *De lege ferenda* podría pensarse en un tipo penal, que ligara el «clásico» fracaso penal con la «puesta en peligro o frustración de las medidas. También podría regularse esa puesta en peligro de las medidas a través de un tipo penal al efecto. La disociación del blanqueo de dinero y de la puesta en peligro de tales medidas favorecería la taxatividad del tipo. Un tipo penal del blanqueo de dinero orientado al mercado describiría un delito de peligro abstracto. Un tipo penal de puesta en peligro orientado a la persecución penal, des-

32. Título de la sección veintiuna de la parte especial StGB.

33. Cfr., por un lado LAMPE, *Der neue Tatbestand der Geldwäsche* (§ 261 StGB), en JZ 1994, pp. 123 y ss., p. 125. Por otra parte HASSEMER, *Vermögen im Strafrecht - Zu neuen Tendenzen in der Kriminalpolitik*, en WM Sonderbeilage 3 zu Heft 14 vom 8.4.1995, pp. 1 y ss., p. 14.

34. SALDITT, en Ulsamer (Dir) *Lexikon des Rechts. Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 2ª ed. 1996, p. 390; BURR, *Geldwäsche*, Siegburg, 1995, p. 26. Cfr. también LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., München, 1997, § 261 marg. 1.

35. En relación con el § 261 1 StGB, *BT-Drucks*, 12/989, p. 27; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., München, 1997, § 261 marg. 2.

36. La reforma del § 261 StGB tuvo lugar a través de la Ley de lucha contra el delito de 28.10.1994, Boletín Oficial Federal, I, pp. 3186 y ss., p. 3188.

cribiría un delito de peligro, cuya intensidad de peligro (en relación a la amenaza o persecución efectiva del delito de referencia y su castigo) sería de peligro concreto. La justificación de la criminalización del blanqueo de dinero y/o puesta en peligro de las medidas a través de intereses individuales es renunciabile. El blanqueo de dinero y la puesta en peligro de las medidas no tienen un parecido familiar con la receptación. Ésta tiene un bien jurídico individual, aquéllas, un bien jurídico colectivo.

7. La crítica general y especial a esta elaborada argumentación guarda relación con el hecho de que los críticos de un delito de peligro abstracto de blanqueo de dinero, podrían creer que el escenario descrito por el blanqueo de dinero, en el sentido de que perjudica la función de utilidad del mercado, es exagerado. Además, las condiciones de funcionamiento del mercado serían vagas, no constatables e imprecisas. Los críticos de un delito de peligro de la puesta en peligro de las medidas, podrían censurar que no se comprende por qué tiene que ser penalizada especialmente la puesta en peligro de las medidas; la cantidad de posibles puestas en peligro por parte los agentes de la Administración de Justicia sería mayor. Además, el recurso a los delitos de peligro abstracto en los supuestos delitos contra bienes jurídicos colectivos levanta sospechas en un derecho penal liberal, porque sobrepasan el ámbito de punibilidad legítimo en una sociedad libre. La amenaza legal de punibilidad es legítima en caso de lesiones socialmente insoportables y necesitadas de pena, de bienes jurídicos individuales. Las condiciones de la auto-organización de los particulares y de su intervención en la vida social, como por ejemplo la integridad de la propia vida, la integridad física o de las cosas, se fundamentan principalmente en realidades que cualquiera puede constatar. Se puede ver si alguien está muerto, o su cuerpo está herido, etc. Las condiciones de los agentes del sistema social, como por ejemplo el mercado o la recriminación penal estatal, son siempre invisibles. Sólo pueden presumirse como objeto de un bien jurídico. La protección de la libertad mediante delitos de peligro abstracto para rechazar el peligro de perjuicio de la óptima fungibilidad del sistema social, amenaza con convertirse en una disminución de la libertad³⁷.

Entre tanto, no hay ningún principio en el Derecho constitucional penal del que quepa deducir

que los contactos sociales que son suficientemente peligrosos en abstracto para los bienes jurídicos colectivos, no puedan ser tipificados. Una prohibición jurídica expresa no es deducible del Derecho constitucional penal. *De constitutione domestica lata* no se puede jurídicamente decir no a los delitos de peligro abstracto que no se refieren a bienes jurídicos individuales. La constitución penal alemana otorga o permite al Estado una licencia para la normativización de delitos de peligro abstracto cualificado (*Hasardierungsdelikten*) incluso cuando tienen una mera relación con bienes jurídicos colectivos. Si no permitiera tal licencia, se arriesgaría en último término a una acumulación del potencial de peligro, que daría como resultado la posible ruina para la sociedad, del sistema y de sus agentes. Semejante riesgo no tiene que ser tolerado. *An ounce of prevention is worth a pound of cure*. La libertad real de cada individuo depende en la sociedad moderna, en gran medida, de los agentes del sistema social, por ejemplo, del sistema político y económico. Sería históricamente retrógrado negar su capacidad de protección penal. La renuncia a la normativización de los delitos de peligro abstracto contra la puesta en peligro de objetos de bienes jurídicos colectivos, perjudicaría de verdad la libertad real de los particulares. Quien esperara a que el potencial de peligro abstracto se realizara en un peligro concreto, se arriesgaría a la ruina irreparable del sistema. Esto no es aconsejable. La licencia de normativización de los *Hasardierungsdelikten* no merece, desde el prisma político de la aceptación de la comunidad, una censura. Indudablemente, sí y en qué medida el legislador hace uso de su licencia, son cuestiones que más allá de las obligaciones de criminalización nacionales, europeas e internacionales, son políticas. La criminalización y la no criminalización de las puestas en peligro abstractas son expresión de cada cultura política.

a) El blanqueo de dinero implica un peligro abstracto cualificado de las condiciones de funcionamiento del mercado. Vicia la libre competencia. Distorsiona, unilateralmente, el poder de demanda en perjuicio de la justa distribución inicial del poder en orden a la demanda. Si se quieren excluir de la criminalización los actos referentes al mercado que no tienen relación con bienes jurídicos individuales, se ignora que la libertad real y practicable de todos los particulares también depende directamente de las realidades económicas que proporciona un mercado que funcione. Ade-

37. En Alemania la Escuela de Frankfurt defiende esta visión de los delitos de peligro abstracto sin bienes jurídicos individuales, con buenos y dignos argumentos de política criminal. Cfr. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, 1991, Heidelberg; LÜDERSSEN (dior), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-prinzip*, 1990, Frankfurt am Main, pp. 113 y ss.; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993.

más, puede afirmarse que el particular tiene un derecho fundamental a intervenir en el mercado cuando éste está organizado como sistema económico, y el particular tiene, como miembro de una sociedad libre, el derecho a una libertad general de acción. Sólo podrá disfrutarlo óptimamente, cuando pueda definir autónomamente sus intereses en el mercado y, con una competencia garantizada, llegar a un acuerdo sobre el precio de mercado con los demás. En esta medida el blanqueo de dinero no puede tener lugar sin implicación individual alguna.

b) Muy problemática es la punibilidad de las puestas en peligro de las medidas. Seguramente, la posibilidad de asegurar y dado el caso, retirar de la circulación los beneficios, productos y medios del delito es una condición para la persecución y recriminación penales. Pero también se pueden articular otras condiciones de funcionamiento de la persecución y recriminación penales. El sí a una criminalización de las puestas en peligro de las medidas conlleva el peligro del desarrollo de una tendencia a la criminalización, que perjudique de forma poco limpia las oportunidades de defensa de los adversarios en un proceso penal.

En resumen, para recapitular lo afirmado y aventurar una visión general: la criminalización del blanqueo de dinero es legítima desde la perspectiva del derecho constitucional penal. El bien jurídico y el objeto del bien jurídico de una norma penal, que criminalice el blanqueo de dinero, han de determinarse en referencia a la Constitución penal orientada al mercado. El bien jurídico y el objeto del bien jurídico son colectivos. El bien jurídico es la soberanía administrativa fiduciaria del Estado sobre la función del mercado de ser útil a la libertad en un Estado social de Derecho. El objeto del bien jurídico es la competencia, o más

exactamente, la distribución de oportunidades y puntos de partida justos en relación con el patrimonio y la posibilidad de demandar bienes y prestaciones de servicio. El dinero u otros instrumentos de pago, que proceden de fuentes delictivas y forman parte de la demanda, distorsionan la competencia. Los actos de encubrimiento y de transferencia suponen un peligro abstracto cualificado de aquellas condiciones de funcionamiento del mercado, que sirven a una libertad igual y general para todos. La criminalización del blanqueo de dinero expresa el valor de un mercado útil la libertad y sus condiciones de funcionamiento. La criminalización expresa, además, la prohibición del blanqueo de dinero contrario a la libertad. Podría ser un medio eficaz contra la criminalidad organizada. No obstante, en la realidad una norma penal contra el blanqueo de dinero es poco eficaz. Las razones son de carácter estructural. Éstas se mantendrán, en tanto que los participantes en el mercado no tengan un deber general de sospecha sobre procedencia delictiva de los instrumentos de pago que se ofrecen. En el mercado se puede luchar más fácilmente contra la criminalidad organizada con los medios económicos del mercado, por ejemplo mediante la legalización de los hasta ahora bienes y servicios ilegales, que pese a su ilegalidad son demandados. Con ello se privaría considerablemente a la criminalidad organizada, de su caldo de cultivo comercial. Indudablemente, esta solución tan radical tendría unos costes. Supondría un menoscabo de la libertad real, por ejemplo ante las drogas. El tema general «el mercado y la criminalidad organizada» necesita, por tanto, al menos ser siempre completado con la apostilla: «así como la protección de la libertad». A la larga, permanecerá de plena actualidad en el sistema político de la sociedad y en la ciencia del derecho penal. ●