

FERNÁNDEZ, José Ángel. “Fraude fiscal y lavado de capitales”
Polít. crim. Vol. 4, N° 7 (Julio 2009), Art. 5, pp. 151-170 (1-20).
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A5.pdf]

Fraude fiscal y lavado de capitales*

José Ángel Fernández Cruz

Prof. de Derecho Penal en la Universidad Austral de Chile

josefernandez@uach.cl

Resumen

El lavado de capitales no puede comprenderse en su totalidad como fenómeno jurídico-social si no se relaciona con el fraude fiscal. De hecho, una aproximación a la fiscalidad internacional nos permite afirmar con rotundidad que, mientras subsistan los denominados paraísos fiscales, la efectividad de cualquier medida contra el lavado de dinero quedará circunscrita a los meros efectos simbólicos. No obstante, a pesar de las estrechas relaciones entre el lavado de dinero y el fraude fiscal, la comisión de un delito tributario no reúne las características político-criminales para pertenecer a la categoría de delito previo, salvo el supuesto de una organización dedicada exclusivamente a la comisión de fraudes fiscales.

Palabras clave: Fraude fiscal, lavado de capitales, delito previo.

Abstract

Money laundering cannot be fully understood as a legal-social phenomenon if not related to tax fraud. In fact, an approach to international taxation allows the assertion that, as long as what are known as tax havens exist, the effectiveness of any measure against money laundering will be circumscribed to mere symbolic effects. However, in spite of the close relation between tax fraud and money laundering, the execution of a tax offense does not gather the political-criminal characteristics required to assign it to a category of predicate offenses (“specified unlawful activity”), except for assuming the existence of an organization exclusively dedicated to carrying out criminal tax frauds.

Key words: Tax fraud, money laundering, specified unlawful activity.

Introducción

En la actualidad el lector, lego o no en derecho, que pretenda profundizar en el fenómeno del lavado de capitales, fuera de relacionarlo con el tráfico ilícito de drogas, tendrá dificultades en delimitar qué conductas se pretenden desvalorar penalmente, así como en establecer una definición que aporte unos criterios cualitativos que permitan diferenciarlo respecto de otras figuras penales asentadas en la cultura jurídica, como son el encubrimiento, la receptación y, como veremos, el delito fiscal.

* La presente investigación desarrolla el 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 los límites al *Ius puniendi*” (DID S-2005-59).

La razón quizá estribe en la reciente y, en cierto modo, parcial desvaloración que han sufrido estas conductas. La atipicidad del lavado de dinero hasta fechas relativamente recientes tiene estrecha relación con la evolución del tratamiento penal del denominado “derecho penal económico”. La comisión del tipo objetivo en estos delitos generalmente por sí solo aporta pocos elementos a la desvaloración del injusto –ya que tiene como referencia el propio orden económico–; a diferencia de los delitos previos, ya sea tráfico de drogas, extorsión o secuestro, donde resulta más factible percibir su dañosidad. Además, hay que añadir a esta falta de reproche social el materialismo económico de nuestra sociedad y la escasa conciencia de victimización de esta clase de delincuencia. De hecho, la dificultad de demostrar convincentemente el daño ocasionado por el lavado de dinero ha sido causa de demoras y dudas a la hora de tipificarlo como delito.

Al encontrarnos ante un delito de reciente creación, cobra especial importancia para el desarrollo de esta investigación saber cuáles han sido los factores que han influido en la desvaloración penal del lavado de dinero. El delito de legalización no puede configurarse a partir solamente de criterios jurídico-penales; si queremos establecer unas conclusiones válidas en el ámbito político criminal y dogmático, debemos acudir inexorablemente a un planteamiento donde sus orígenes, antecedentes, implicaciones sociales y económicas sean elementos de interpretación de primer orden.

Entre los factores que han influido en la génesis y configuración de la nueva delincuencia organizada y del fenómeno del lavado de capitales destacan: la globalización de los delitos previos que designaremos como “delitos de comercio ilícito” que conllevan la generación de inmensos beneficios; el proceso de desregularización y globalización producido en el sistema financiero, el cual ha favorecido el lavado de los beneficios forjados por estos delitos; y, por último, el fenómeno del fraude fiscal y la economía sumergida. El presente estudio se centrará en éste último.

La magnitud y perpetración social del fraude ha contribuido, en mayor o menor medida, a la aparición, junto con la economía legal, de una economía procedente de la elusión de las obligaciones fiscales y sociales, denominada “economía sumergida”. Esta parte de la riqueza de un país necesariamente debe someterse a un proceso de lavado para reinvertirlo a la economía legal. Pues bien, estos mecanismos, como veremos a lo largo de esta investigación, coinciden con los procesos de lavado derivados de los fondos procedentes de la delincuencia organizada, que denominamos como “economía criminal”. Pero, las relaciones no terminan en la utilización de procesos similares, sino que existe una relación mucho más estrecha, que hace que en ocasiones, resulte difícil establecer límites entre estos dos fenómenos, hasta tal término, que el fenómeno del lavado de capitales no puede comprenderse en su totalidad si no se relaciona, y se diferencia a la vez, con el fraude fiscal.

El presente estudio expondrá alguna de las relaciones criminológicas, político criminales y dogmáticas de estos dos fenómenos sociales en tres apartados: el primero, afrontará la principal conexión jurídico-fáctica entre el lavado de dinero y el fraude fiscal (los denominados paraísos fiscales); el segundo de ellos, mencionará las principales similitudes y diferencias entre el lavado de dinero y el fraude fiscal; y como colofón de los dos

anteriores, el tercer apartado abordará la plausibilidad político criminal de incluir el delito fiscal como delito previo del tipo de legalización de capitales.

1. Aspectos internacionales del la evasión fiscal y el lavado de dinero: los denominados paraísos fiscales.

Aunque no existan datos fehacientes, los expertos estipulan que una gran parte de la inversión extranjera en mercados de capitales, son realmente capitales “repatriados”; capitales nacionales, que previamente han salido, regresando a través de entidades constituidas en el exterior¹. La soberanía tributaria fomenta diferentes cargas impositivas para un mismo hecho; incide en una heterogénea delimitación entre el fraude fiscal y la “economía de opción”; y conlleva también a un heterogéneo catálogo de medidas y sanciones, situación que dificulta la necesaria armonización, colaboración y asistencia mutua entre los Estados para combatir el fraude fiscal.² De esta manera, la planificación fiscal, en especial de empresas de cierta entidad económica, utiliza no sólo la normativa interna de un determinado territorio sino también la de otros, junto con la normativa internacional, principalmente en relación con los convenios internacionales de doble imposición.

La Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 10 de febrero de 1975, sobre fraude y evasión fiscal internacionales, puso ya de relieve las principales razones que obligan a regular este fenómeno social. En concreto, el Consejo señaló que el fraude fiscal internacional causa importantes pérdidas presupuestarias que inciden en el cumplimiento del principio de justicia fiscal, genera importantes distorsiones económicas en los movimientos internacionales de capital y fomenta una competencia desleal entre las empresas.

El informe del Comité de expertos (*Informe Ruding*) ha establecido tres zonas consideradas de baja tributación: los *paraísos fiscales clásicos*, las *áreas de baja tributación* y los territorios con servicios desarrollados.³ No obstante, debemos advertir que en la práctica no existe un consenso a la hora de encuadrar a una plaza financiera extraterritorial en alguna de las categorías mencionadas.⁴

¹ *Informe sobre el fraude en España*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 203.

² CALDERÓN CARRERO, José Manuel, “Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal” en: *Temas de Derecho penal tributario*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p.195. El autor cita el conocido informe *Ruding* emitido en el seno del Comité Europeo de Expertos sobre la Tributación Empresarial, que llegó a las siguientes conclusiones:

- a) Reconocimiento del *principio de autonomía de la voluntad* de cada contribuyente en organizarse fiscalmente de la manera más provechosa, con la exclusión de las conductas fraudulentas y la evasión fiscal.
- b) Falta de uniformidad y claridad del concepto de fraude fiscal: las líneas divisorias entre “*tax avoidance*” (disminución de la carga fiscal empleando medios lícitos), “*tax evasión*” y “*tax fraud*” no sólo difieren sustancialmente entre los Estados miembros de la Unión Europea, sino también integran conceptos vagos e inciertos dentro de cada uno de ellos.
- c) Falta de uniformidad a nivel internacional sobre las conductas fraudulentas.

³ CALDERÓN CARRERO, “Aspectos internacionales”, cit. nota nº 2, p. 207.

⁴ VAN DEL LAAT, Diego, “Los paraísos fiscales como escenarios de la elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”, *Crónica Tributaria*, núm. 3 (2000), p. 51.

1.1. Paraísos fiscales clásicos o tradicionales.

Estamos ante territorios que tratan de atraer la inversión extranjera ofreciendo opacidad fiscal y/o regímenes tributarios extremadamente ventajosos en relación con la tributación de otros países considerados de carga fiscal normal o elevada. Estamos ante países escasamente industrializados, que tratan de allegar recursos financieros empleando casi exclusivamente sus incentivos fiscales.

1.2. Áreas de baja tributación.

Aquí nos encontramos con territorios o países desarrollados que establecen incentivos y opacidad fiscal en relación con determinado tipo de operaciones o personas que obtengan rentas foráneas. Se trata de países de alto nivel impositivo que establecen regímenes tributarios especiales para atraer capital extranjero.

1.3. Países con servicios altamente desarrollados.

Por el contrario, estos países no ofrecen tipos de gravamen bajos o exenciones, sino secreto tributario y bancario, una amplia red de convenios de doble imposición y un alto nivel de sofisticación de asesores legales, financieros y contables.

Una característica común a todas estas zonas consideradas de *baja* tributación estriba en su mayor dependencia de corredores y agentes para conseguir clientes y de intermediarios financieros y abogados para en la creación y gestión de cuentas, *trust* y otros servicios, actuando como una pantalla suplementaria del anonimato de los titulares de los fondos. Se pueden distinguir tres niveles de agentes: a) el primer nivel, consiste en supuestos consultores financieros que escriben libros y organizan seminarios sobre los beneficios de la banca extraterritorial, y que pueden prestar servicios concretos de asesoramiento; b) en el segundo nivel, figuran los abogados y contables, así como las empresas financieras y de corretaje que ofrecen una amplia gama de servicios a sus clientes, algunos legítimos y otros relacionados con alguna forma de delincuencia; c) por último, un tercer nivel de gestores financieros que prestan servicios especializados a clientes relacionados claramente con la delincuencia organizada. Con independencia del nivel en el que nos encontremos, los agentes y abogados facilitan de modo notable el anonimato de sus clientes, así como la efectividad de las operaciones.⁵

A continuación, destacamos las características de un típico territorio o área de baja tributación –comúnmente denominado paraíso fiscal- que se encuentran en una relación más directa con el crimen organizado.

⁵BLUM, Jack A. *et al*, *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, Serie Técnica del PNFID, 1999, p. 39.

2. Los paraísos fiscales.

El término paraíso fiscal proviene del término anglosajón *Tax Haven*, también traducido como refugio fiscal. Si bien, existe consenso sobre la imposibilidad de dar un concepto universal de paraíso fiscal o áreas de baja tributación, puesto que depende de las diferencias fiscales existentes con otros países,⁶ el Informe del Comité Europeo de Expertos sobre Tributación Empresarial establece unas características típicas de estos territorios.⁷

En primer lugar, la presencia en su ordenamiento de un régimen fiscal especialmente ventajoso. Este régimen se puede instrumentar a través del establecimiento de una exención o de un tipo de gravamen muy reducido para una categoría de rentas (incrementos de patrimonio, intereses, dividendos, pensiones, propiedad industrial o intelectual); para una determinada categoría de personas (no residentes, artistas y deportistas, escritores); o a favor de determinados sectores empresariales (navieras, sector bancario o aseguradoras). En general, debe destacarse una fuerte tendencia a la especialización de los *paraísos fiscales* en función de los sujetos y rentas que pretenden atraer a sus confines.

En segundo lugar, la protección de la confidencialidad de la información económico-financiera desde dos ámbitos diferentes: por una parte, la mayoría de las áreas de baja tributación garantizan el secreto bancario y niegan la asistencia a las administraciones y tribunales de otros Estados; y por otra, el Derecho comercial de ese tipo de territorios está configurado con frecuencia a los efectos de garantizar la confidencialidad de los inversores foráneos.

En tercer lugar, poseen una legislación mercantil y financiera flexible: el término “flexible” se utiliza para adornar la realidad de estos sistemas, cual es la carencia de controles y la poca rigidez de sus ordenamientos jurídicos. Así, ofrecen una escasa publicidad contable y poseen formas societarias muy flexibles en lo concerniente a la constitución, funcionamiento y liquidación y, en especial, respecto de bancos y compañías de seguros.⁸

En cuarto lugar, poseen una escasa o nula red de convenios internacionales en materia fiscal, y sobre todo aquellos en los que se establecen mecanismos de cooperación entre las Administraciones Tributarias con relación al intercambio de información.⁹

Por último, los aspectos fiscales no son los únicos que favorecen la inversión de capital extranjero, tanto lícito como ilícito, sino que también cuentan con otras características

⁶ Comisión Europea, *Informe del Comité Ruding de Expertos Independientes sobre la tributación empresarial*, Luxemburgo: Oficina para Publicaciones Oficiales, 1992, citado por CALDERÓN CARRERO, “Aspectos internacionales”, cit. nota n° 3, p. 206.

⁷ CALDERÓN CARRERO, “Aspectos internacionales”, cit. nota n° 2, p. 206. No obstante, estas características no concurren en todos los territorios considerados como *paraísos fiscales*, ni se manifiestan de la misma manera. PÉREZ RODILLA, Gerardo, “Los paraísos fiscales. Su regulación en la actual normativa fiscal”, *Información Comercial Española*, núm. 741 (1995), p. 102.

⁸ DE LA MOTA, Ignacio, “Los paraísos fiscales, las mejores tintorerías”, *Banca Española*, núm. 278 (1996), p. 42.

⁹ VAN DEL LAAT, “Los paraísos fiscales”, cit. nota n° 4, p.56.

extrafiscales, entre las que destacan: la estabilidad política, económica y social, una extensa red de comunicaciones y un desarrollado sistema bancario y financiero.

Aunque las operaciones son variadas y cambian o mutan con cierta frecuencia, podemos englobarlas en alguna de las dos siguientes categorías: a) Constitución de sociedades para que reciban determinadas rentas que, de otro modo, estarían sujetas a un impuesto sobre sociedades notablemente más elevado. Como ejemplos más típicos pueden citarse las *sociedades base*;¹⁰ b) Residencia de personas físicas o desplazamientos de domicilio. No obstante, los beneficios de este tipo de operaciones a través de paraísos fiscales han disminuido en los últimos tiempos, debido, por una parte, a la proliferación de medidas contra los paraísos fiscales; y por otra, a los escasos convenios de doble tributación que suelen tener estos territorios.¹¹

La mayoría de los países denominados de alta tributación, como los países europeos y los integrantes de la OCDE establecen listas de países o territorios que tienen la consideración de *paraísos fiscales*, de forma que toda operación financiera o comercial con algunos de ellos está sujeta a un régimen especial de control. No obstante, debe tenerse claro que cuando se presiona a algún refugio bancario extraterritorial para que aplique eficazmente una reglamentación adecuada, los demás refugios financieros suelen ser los principales beneficiarios.¹² De hecho, existe una feroz competencia entre las diversas plazas financieras para captar los fondos internacionales, y a la vez, aparecen continuamente nuevos miembros, entre las que figuran islas remotas del Pacífico Sur, e incluso, ha existido la tentativa en el Estado de Montana de Estados Unidos -paradigma de la lucha contra la delincuencia organizada- de convertirse en una plaza financiera extraterritorial.¹³

3. Relaciones entre el fenómeno del crimen organizado y el fraude fiscal.

3.1. Similitudes entre el fenómeno del lavado de dinero procedente del crimen organizado y del fraude fiscal.

3.1.1. Similares técnicas de lavado de capitales.

El primer punto en común reside, precisamente, en que el crimen organizado y el fraude fiscal generan rentas necesitadas de un proceso de lavado para reinvertirlas en la economía legal: las técnicas o procesos coinciden tanto en los delitos de tráfico de drogas y otras

¹⁰ Este tipo de sociedad abarca un heterogéneo grupo de supuestos, pero podríamos afirmar que una *sociedad base* es aquella sociedad extranjera que está ubicada en un territorio fiscalmente beneficioso, y es controlada por personas físicas o jurídicas domiciliadas en el territorio de donde proceden las rentas. Si la sociedad decide no distribuir directamente los beneficios obtenidos entre los verdaderos propietarios, ya sea a raíz de que éstos residen en territorios de alta tributación o por cualquier otra motivación, se podrá recalificar la renta obtenida de muy diversas formas y eludir las cargas fiscales. Así, podrá reinvertir dichos beneficios en forma de préstamo en el país de residencia de los beneficiarios o declarar las ganancias de capital, entre otras posibilidades. VAN DEL LAAT, “Los paraísos fiscales”, cit. nota nº 4, p. 61.

¹¹ CALDERÓN CARRERO, “Aspectos internacionales”, cit. nota nº 2, p. 206.

¹² Un claro ejemplo es la reciente normativa antilavado aprobada en Suiza que ha hecho que hasta los propios suizos blanqueen sus fondos ilícitos en Liechtenstein. BLUM, *Refugios financieros*, cit. nº 5, p. 42.

¹³ BLUM, *Refugios financieros*, cit. nota nº 5, p. 42.

formas de criminalidad organizada, como en el fraude fiscal.¹⁴ En la actualidad, los delinquentes organizados de todo tipo, ya sean traficantes de drogas o estafadores bursátiles, contrabandistas o defraudadores fiscales se ven obligados a blanquear el producto de su delito por dos razones: la pista del dinero puede convertirse en indicio delator del delito y el propio dinero puede ser objeto de investigación y de incautación. A pesar de enfrentarnos a un proceso dinámico en constante cambio, los principios operacionales son los mismos: en primer lugar, se aleja los fondos de toda asociación directa con el delito; en segundo lugar, se borra cualquier relación con su verdadero origen; y en tercer lugar, se pone de nuevo el dinero a disposición del delincuente o defraudador una vez ocultado su origen geográfico y la actividad que los ha generado.¹⁵

3.1.2. Internacionalización de la criminalidad organizada y el fraude fiscal: los *paraísos fiscales*.

La relación entre el fraude fiscal y la criminalidad organizada que despliega mayores efectos prácticos reside en la utilización de plazas financieras extraterritoriales, donde la mezcla de ambos fenómenos -debido a la protección del secreto bancario y empresarial- dificulta, si no hace imposible, su delimitación jurídica. En el caso de la criminalidad organizada, el *Informe sobre Refugios Financieros* de las Naciones Unidas establece como una de las características de un refugio financiero ideal para el lavado de capitales de origen criminal, la ausencia de todo acuerdo para compartir información fiscal con otros países.¹⁶

No obstante, debemos tener presente que la eficacia de las medidas contra la utilización fraudulenta de los paraísos fiscales depende de que sean aplicadas en la mayoría de los países o territorios que tienen esta consideración. En caso contrario, cuanto más riguroso y escrupuloso sea un país en la aplicación de la normativa de prevención del lavado de capitales o de prevención del fraude fiscal, más probabilidades tienen que sus clientes trasladen sus negocios a otros lugares donde se les hagan menos preguntas y les pongan menos obstáculos. Ahora bien, también puede ser cierto, que si una plaza financiera adquiere *mala reputación* como refugio de fondos criminales, las empresas que evaden impuestos pueden decidir establecerse en otra plaza a fin de salvaguardar su reputación, y a la vez, los delinquentes más *avisados* pueden alejarse para evitar sospechas sobre sus actividades.

3.1.3. Similares efectos perniciosos para la economía.

Ambos fenómenos son tributarios de consecuencias perniciosas que afectan a sectores o principios de la economía de mercado. En especial, tanto el fraude fiscal como el crimen organizado, como el posterior lavado de sus beneficios, fomentan la pérdida de confianza

¹⁴ En la doctrina penal, RUIZ VADILLO, ha sido uno de los primeros autores en percibir esta relación, de manera que el lavado de capitales «no es más que reconducir ese capital, obtenido como consecuencia de actividades criminales, incluidas las ocultaciones a la Hacienda Pública, al sistema económico financiero oficial, de tal forma que pueda incorporarse cualquier tipo de negocio como si fuera obtenido de forma lícita y tributariamente correcta». RUIZ VADILLO, Enrique, “El lavado de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641 (1992), p.109.

¹⁵ BLUM, *Refugios financieros*, cit. nota n° 5, p. v.

¹⁶ BLUM, *Refugios financieros*, cit. nota n° 5, p. 26.

en el tráfico mercantil y deforman el equilibrio del mercado y las reglas de la competencia. El retorno de ambas economías ilegales a la economía legal distorsiona el mercado, es decir, tanto la empresa criminal, como la empresa parcial o totalmente sumergida, están en una posición ventajosa respecto al resto del sector empresarial. Esta situación, se ha agravado con el crecimiento, liberalización y expansión del comercio y las inversiones transfronterizas: la denominada “globalización de la economía” ha ampliado las oportunidades de fraude y evasión fiscal, así como la expansión del crimen organizado y lavado de sus fondos.¹⁷

Otros efectos económicos que sustancialmente coinciden en ambos casos, son los siguientes: ruptura del equilibrio financiero y la posible generación o agravamiento del déficit público; desconfianza y apreciación del riesgo de los inversores extranjeros; aumento de la recaudación tributaria, en especial en las clases medias; efectos disuasorios en el ahorro y mantenimiento de un nivel de consumo continuado;¹⁸ distorsión en el desarrollo del sistema financiero, especialmente, en la generación de activos opacos –que incide negativamente en el ahorro y en la creación de riqueza–; el desarrollo de la especulación inmobiliaria, que perturba el precio de la vivienda y su acceso; y el incremento de la demanda del consumo superfluo.¹⁹

Pero tampoco debemos olvidar que, tanto la “economía sumergida” como la “economía criminal”, aumentan considerablemente en situaciones de graves crisis económicas. Un país o territorio con un alto índice de fraude, y con el correspondiente desequilibrio en el reparto de la riqueza entre las clases menos favorecidas, afecta a la financiación de las políticas públicas destinadas precisamente a erradicar la población marginal, y a la implantación de iniciativas empresariales. Así, en esta situación será más fácil que estos ciudadanos se vean abocados a acudir a la economía del crimen. Apreciamos que el denominado “*efecto espiral*” puede acontecer en ambos fenómenos: muchos ciudadanos se verán abocados a defraudar y/o relacionarse con el crimen organizado.

Por otra parte, las causas estudiadas por la Teoría de la Elección Pública sobre las motivaciones racionales y sociales que llevan a un determinado sujeto a pagar o eludir los impuestos, son perfectamente extrapolables a la delincuencia organizada.²⁰

Por último, hay quienes postulan no sólo la inconveniencia de la persecución del lavado de capitales, sino la necesidad de su promoción y favorecimiento en cuanto hace aflorar al control fiscal capitales que, de otra manera, formarían parte de la “economía sumergida”,

¹⁷ OWENS, J., “Curbing Harmful Tax Competition”, *Intertax*, núm. 8-9 (1998), p. 231.

¹⁸ Recuérdese que en el caso del lavado de capitales procedente del crimen organizado, al menos en las primeras fases del proceso, el blanqueador se ve obligado a enmascarar los beneficios al fisco, para evitar cualquier tipo de sospechas sobre la procedencia de éstos.

¹⁹ Compárese con los siguientes estudios sobre los efectos económicos del lavado de dinero: QUIRK, Peter J., “Macroeconomic Implications of Money Laundering” en: *IFM Work Paper*, WP/96/66, 1996. TANZA, Vito, “Money Laundering and the International Financial System” en: *IFM Working paper*, WP/96/55, 1996.

²⁰ Véase: GAMBETTA, Diego, “Fragments of an economic theory of the mafia”, *Archives Europeennes de Sociologie*, núm.24 (1988). SHVARTS, Alexander, “The Russian Mafia: do Rational Choice models apply?” en: www.ksg.harvard.edu/kokkalis/GSW4/ShvartsPAPER.PDF [visitado el 20 de junio de 2009].

libre de todo control.²¹ A este respecto, creemos equivocada esta postura que, en cierta medida, obedece a una aplicación analógica de las denominadas amnistías fiscales. En primer lugar, esta propuesta plantea la legitimidad de extender la amnistía a los autores y partícipes de los diferentes delitos previos. En segundo lugar, estaríamos ante un “matrimonio por conveniencia” destinado irreversiblemente al fracaso y al socavamiento de los pilares del Estado.²² Por el contrario, lo que se debe favorecer es el lavado de capitales por medios legales, a saber, a través del comiso, pero en ningún caso, como parece mantener esta posición doctrinal, por medios de una legitimidad discutible, como puede ser una amnistía fiscal. Ahora bien, una medida eficaz para la lucha contra el lavado de dinero en el sentido de aflorar los capitales y someterlos a la justicia social tributaria, reside en una reconsideración ética, social y democrática sobre la legalización de ciertas conductas incluidas en los delitos previos. El tráfico de drogas constituye el ejemplo paradigmático de criminalización ilegítima de un delito previo.

3.1.4. La percepción social del fraude y su influencia en el lavado de capitales.

Una sociedad carente de valores sociales y con un alto nivel de fraude será más propensa a aceptar los capitales procedentes de la delincuencia organizada, en la medida en que el blanqueador se aprovecha de este clima social para lavar sus capitales de origen criminal, o en otras palabras, el empresario o ciudadano que habitualmente defrauda fiscalmente estará más próximo a participar en el enmascaramiento de los fondos criminales. Así, la justificación de estas conductas puede describirse con estas dos expresiones: a) “Si no tomo ese dinero, alguno de mis competidores lo hará, con lo que saldré perdiendo y la sociedad no habrá ganado nada”; b) “Pensé que sólo se trataba de una hábil jugada de evasión fiscal, por lo que no sentí inquietud”.²³

3.1.5. El fraude fiscal como consecuencia y método del lavado de capitales.

Mientras que los fondos criminales puedan relacionarse con su verdadero origen, los delincuentes tratarán de evitar el escrutinio de todo tipo de autoridades, incluidas las fiscales: la totalidad de los ingresos delictivos que afloran en la economía ilegítima pueden atraer la atención de las autoridades fiscales. El *Informe sobre Refugios Financieros* opina que, aún cuando los criminales paguen impuestos por la porción de sus ingresos ilegales que blanquean, en conjunto tratarán de evitar el pago de impuestos por la mayor parte posible de sus ingresos.²⁴

Por el contrario, también resulta plausible entender que el *empresario criminal* intentará pagar los impuestos atribuibles a los bienes enmascarados para, de esta forma, evitar el control fiscal. El fraude concurrirá cuando debido a las características del proceso de lavado se vea abocado a ocultarlos al Fisco. Así, normalmente, deberá evadir los impuestos hasta

²¹BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales” en: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: BOE, 1995, p. 75.

²² En contra también de esta postura, pero con diferentes argumentaciones, PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa, 2000, p. 273 y ss.

²³ BLUM, *Refugios financieros*, cit. nota n° 5, p. 87.

²⁴ BLUM, *Refugios financieros*, cit. nota n° 5, p. 7.

que se haya *camuflado* el verdadero origen criminal de sus bienes, es decir, la evasión fiscal en la delincuencia organizada es más una necesidad que una finalidad. Los delincuentes en las primeras fases del proceso de lavado, al estar todavía el dinero cercano a su fuente criminal, se verán obligados a ocultarlo al Fisco, pero con posterioridad, cuando estos fondos se incluyan o mezclen con fondos y empresas legales, se contribuirá a la Hacienda Pública, incluso pagando más impuestos que lo que normalmente deberían pagar, a fin de evitar, precisamente, cualquier sospecha por parte de las autoridades fiscales.

El fraude fiscal constituye una conducta no deseada, o al menos, no es la principal finalidad por parte del sujeto que pretende blanquear los fondos criminales. Incluso, la tributación de sus beneficios puede resultar un paso importante en el proceso de legalización, ya que constituye uno de los organismos públicos con mayor capacidad para detectar un delito de lavado. Por tanto, en un momento determinado, normalmente cuando los fondos posean una suficiente apariencia de legalidad, su tributación puede entenderse como un paso más en el proceso de lavado. El pago de un impuesto por parte del blanqueador supone una modalidad comisiva de alejamiento de los beneficios de su origen criminal: sin duda, satisfechos los tributos sin levantar sospecha en la Administración Tributaria, se aporta una apariencia de legalidad.

3.2. Diferencias entre el fenómeno del lavado de dinero procedente del crimen organizado y del fraude fiscal.

Si bien el lavado de capitales constituye el nexo de unión entre los binomios fraude fiscal-economía sumergida y crimen organizado-economía criminal, conviene subrayar que se tratan de dos procesos que parten de presupuestos diferentes.²⁵ El proceso de lavado procedente de la evasión fiscal se inicia con unos ingresos legalmente adquiridos que son ocultados para disfrazar su naturaleza haciéndolos pasar por ingresos obtenidos en una categoría no sometida a tributación o a una menor tributación. Estamos ante ingresos legales que se transforman en ilegales. El lavado de dinero procedente del crimen organizado hace exactamente lo contrario: parte de unos ingresos adquiridos por medios ilegales, y se les da la apariencia de haber sido legalmente obtenidos. Por tanto, podemos distinguir dos tipos de lavado en función de la procedencia del dinero; por una parte, el *dinero gris* sería aquél que ha sido obtenido en el desarrollo de una actividad legal, pero que ha sido ocultado al Fisco, y que en un momento determinado es necesario darle una apariencia de legalidad; y por otra parte, tendríamos el *dinero sucio* o *criminal*, que sería aquel que procede de actividades que por sí constituyen una actividad delictiva, y que al menos en una parte, es reinvertido en la economía legal.²⁶

²⁵ Los autores del *Informe de Naciones Unidas sobre Refugios Financieros*, manifiestan que sólo comparten ciertas técnicas, pero a lo largo de su Informe podemos llegar a la conclusión de que coinciden con los estudios realizados sobre el fraude fiscal. BLUM, *Refugios financieros*, cit. nota nº 5, p. 7.

²⁶ Como consecuencia del atentado del 11 de Septiembre de 2001, parece haberse incluido una nueva modalidad de lavado de dinero junto al derivado del crimen organizado y el fraude fiscal. El financiamiento del terrorismo incluye un proceso de lavado que constituye el reverso a las otras dos modalidades: se parten fondos lícitos para que a través de conductas de enmascaramiento se financien actividades criminales. SERAFINI, Justin, “Money Laundering”, *American Criminal Law Review. Nineteenth Survey of White Collar Crime*, vol. 41- núm. 2 (2004), p. 887. No obstante, tenemos que recordar que cuando los fondos provengan de actividades criminales –por ejemplos los secuestros cometidos por grupos terroristas- estaremos ante un proceso clásico de lavado de dinero procedente del crimen organizado

También, como principio general podemos afirmar la mayor gravedad de los efectos del crimen organizado respecto de los derivados del fraude fiscal. En primer lugar, parte de los beneficios del crimen organizado están destinados a mantener y ampliar el propio negocio criminal; y en segundo lugar, la criminalidad organizada puede afectar con mayor intensidad a las propias estructuras básicas y a los poderes básicos del Estado.²⁷

4. El fraude fiscal como delito previo del delito de lavado de legalización de capitales: hacia un concepto material de delito previo.

Debido a las estrechas relaciones que existen entre el fenómeno del crimen organizado y el fraude fiscal, y en especial, respecto de la utilización de las mismas formas o técnicas de lavado, una corriente política criminal cada vez más influyente aboga por incluir expresamente el delito fiscal como fuente del delito de legalización. El *Informe sobre Refugios Financieros* remitido a las Naciones Unidas, manifiesta en este sentido:

“Parece llegado el momento de poner fin a la división artificial del dinero delictivo en categorías que dependen de la índole del delito de que provienen. Mientras que se considere legítimo blanquear ciertas categorías de dinero delictivo, el sistema financiero podrá argumentar que las medidas adoptadas por sus plazas financieras para ocultar ciertos fondos son legítimas. Un posible enfoque sería que los Estados convinieran en que todos los fondos dimanantes de actividades delictivas son fondos que pueden dar lugar a un delito de lavado de dinero. Con arreglo a este criterio, de estar tipificada la evasión fiscal como delito en el país de origen de los fondos y ser esa la razón por la que los fondos se ocultan, ocultar esos fondos y su transferencia a otro lugar serían delitos de blanqueo de dinero”.²⁸

Por otra parte y en el ámbito europeo, tanto el Convenio relativo a la protección de intereses financieros de la Comunidades y sus dos Protocolos adicionales, como la Acción común 98/699/JAI, relativa al lavado de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito abogan por incluir como figura delictiva el lavado producto del fraude.

En cuanto a las legislaciones nacionales, el Código Penal Belga en su artículo 505, modificado en 1993, incluye, entre otros, como delito de referencia el fraude en detrimento de los intereses financieros de la UE, y el fraude fiscal grave y organizado.²⁹ La sección 1956, Título XVIII del Código de Estados Unidos (en adelante, USC) incluye dentro de su extensa lista de delitos previos: los delitos fiscales de evasión de impuestos y la falsificación de documentos con la finalidad de defraudar tributos o la asistencia para realizarlo (§ 7202 y § 7201 del Código de Impuestos Internos de 1986); la malversación de pensiones o fondos sociales (§ 664 del Título 18 USC); el delito de contrabando (§ 542,

²⁷ Véase *infra*, 4.1.1. *El bien jurídico protegido*.

²⁸ BLUM, *Refugios financieros*, cit. nota n° 5, p.99.

²⁹ Véase también el caso portugués que a través del Decreto-ley 325/95 extendió la lista de delitos, entre otros, a los delitos financieros graves. *Segundo Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva sobre el blanqueo de capitales*, Bruselas: 1998 pp. 33 y 36.

545 y 549 del Título 18 USC); y el fraude fiscal federal cometido en el seno de un negocio o empresa (§ 1952 USC).³⁰

Antes de adentrarnos en esta interesante cuestión, debemos realizar una breve referencia sobre el bien jurídico protegido y el grado de autonomía del delito de legalización respecto del desvalor penal del delito de referencia.

4.1. Breve referencia el bien jurídico protegido y la autonomía postejecutiva en el delito de legalización.

4.1.1. El bien jurídico protegido.

Quizá la principal crítica que podemos realizar al art. 27 de la Ley N° 19.913 que “crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos” (en adelante, LBC), al igual que a la mayoría de la legislaciones comparadas, radica en su falta de identidad con el fenómeno del lavado de capitales: la posibilidad de castigar al conviviente o cónyuge de un narcotraficante que oculta los *pingües* beneficios criminales para satisfacer la necesidades alimenticias de la familia, ilustra con toda su crueldad la irracionalidad de este precepto. Esta situación nos lleva directamente a la falta de legitimidad de este precepto, ya que la cuantificación de la pena depende principalmente de un hecho en el que no ha participado el autor del delito de legalización.

Nuestra propuesta sobre el bien jurídico protegido, sencillamente trata de equiparar estos dos planos por medio de una reforma del delito de legalización: el bien jurídico del lavado de capitales debería dirigirse contra los efectos económicos de la criminalidad organizada y contra la financiación de crimen organizado. Por tanto, los bienes jurídicos protegidos que deberían protegerse en el art. 27 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. En este sentido, el Preámbulo de la Convención de Viena de 1988, manifiesta que la necesidad de penalizar el lavado de capitales proviene de la capacidad de las organizaciones criminales de “invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad a todos los niveles”.

Como conclusión, la configuración del delito de legalización, deberá buscar el equilibrio - manifestado por Terradillos a tenor de los delitos socioeconómicos- entre los dos principales modelos político criminales: un derecho penal promocional que responda a las más genuinas aspiraciones del funcionalismo, y otro constreñido por los contornos que definieron el derecho penal liberal. Entre el conductismo economicista, a lo que añado las medidas represivas desproporcionadas contra el crimen organizado, y el absentismo autocomplaciente, existen posturas intermedias.³¹

³⁰ Los elementos típicos requeridos son: la existencia de una deficiencia tributaria, la tentativa de evadir los impuestos y una conducta voluntaria de cometer la evasión. CHITWOOD, C. Michael, *et al*, “Tax violations”, *American Criminal Law Review*, vol. 38, núm. 23 (2001), p. 173.

³¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid: Trotta, 1995, p. 47.

4.2. Autonomía postejecutiva del delito previo.

De acuerdo con los enfoques anteriormente mencionadas sobre el concepto material del delito de legalización, dos son las posiciones político criminales sobre la concreta determinación del delito de referencia.

La primera, aunque no se llegue a considerar este delito como una forma de participación criminal, fundamenta el delito de legalización, y por lo tanto, su mayor gravedad respecto al encubrimiento y la receptación, en la gravedad del delito previo; posición por la que se ha decantado nuestra LBC. La segunda, apunta a una mayor autonomía del delito de legalización, y fundamenta la delimitación del delito de referencia, no en la mayor gravedad de éste, sino en la capacidad de afectar al bien jurídico protegido o bienes jurídicos protegidos autónomos.

Entiende esta última posición que si la *ratio legis* del delito de lavado de capitales debe ir encaminada a la lucha contra la criminalidad organizada, y en especial, contra los efectos negativos en el sistema económico y la capacidad de financiar y expandir el propio *negocio criminal*, los delitos de referencia deberían limitarse exclusivamente a aquellos que potencialmente reúnan esta característica, y no volver, en cierta medida, a castigar de nuevo el hecho tipificado en el delito de referencia: en la actualidad lo relevante no es determinar si ha realizado una conducta de legalización, receptación o encubrimiento, sino precisamente determinar si el delito previo proviene de algunos de los delitos enumerados en el art. 27 LBC. Es decir, la simple comisión del delito previo constituye el elemento típico esencial para resolver los problemas concursales entre esta figura y los delitos de receptación o encubrimiento. Así, esta falta de correspondencia con la realidad social, por una parte, deja supuestos fuera de su ámbito de aplicación típica delitos cometidos por el crimen organizado, y por otra, incluye otros que no deberían tener la cualidad de delitos de referencia.

Por el contrario la realidad nos ilustra que este tipo de criminalidad no busca la comisión de los delitos enumerados en LBC, sino aquellos delitos que le reporta más beneficios. Como conclusión, nuestro legislador penal, al menos en el caso del delito de legalización, no ha superado de manera definitiva, la separación de los delitos de intervención *postdelictum* de las diferentes formas de participación. Se retorna, así, a la idea de que el receptor, el encubridor o el blanqueador resultan tanto más peligrosos para el orden social, cuanto más grave sea el delito de referencia cometido.³²

4.3. Propuesta de *lege ferenda*.

A la vista de las anteriores consideraciones, nuestra concreta propuesta sobre el ámbito de aplicación del delito de referencia en el delito de legalización, asume varias de las proposiciones doctrinales anteriormente expuestas, y añade otras consideraciones.

³²MAZZACUVA, Nicola, “Criminalità organizzata ed attività economica: il fenomeno del riciclaggio” en: *Verso un nuovo codice penale*, Milán: Giuffrè Editore, 1993, p. 81.

4.3.1. La inclusión de los “delitos de comercio” como delito de referencia.

En primer lugar, como criterio fundamental para determinar los delitos de referencia en el delito de legalización, debemos partir de aquéllos que hemos denominado como de “comercio ilícito”: es decir, aquellas conductas tipificadas como infracciones penales que estén destinadas al intercambio comercial o a la generación de ganancias económicas. Quizá el término “delitos de ganancia ilícita” u otro similar ilustre de mejor manera más completa el contenido y naturaleza de esta figura delictiva, pero creemos que el de “comercio ilícito” al igual que el de “tráfico de drogas” hace referencia a los delitos previos donde se asientan fácticamente el crimen organizado y el lavado de dinero. Por tanto, el concepto de “delito de comercio ilícito” debe ser interpretado en un sentido amplio, es decir, delitos que producen regularmente beneficios económicos, materializados fundamentalmente en dinero, y por tanto, necesitados de procesos regulares de *reintroducción* en la economía legal. El delito de legalización debería haber tomado como referencia aquellas figuras delictivas que comparten esta naturaleza, y haber relegado el resto de los supuestos a los delitos de encubrimiento y receptación.

Por último, esta cláusula general, podría ir precedida de un listado *ad exemplum*, donde se enumeren aquellos supuestos de mayor incidencia en el seno de la criminalidad organizada, no sólo en nuestro país sino en el ámbito internacional.

4.3.2. La relación de los delitos de “comercio” ilícito con el crimen organizado.

Además de la delimitación material de los delitos de referencia debe introducirse una definición auténtica destinada a perfilar el fenómeno de la criminalidad organizada a efectos penales, es decir, además de requerir que el delito de referencia constituya un delito de comercio ilícito, será también necesario que proceda de una organización destinada a estos fines. Si constantemente se viene manifestando hasta la saciedad que la criminalización del lavado de capitales tiene como finalidad la lucha contra la criminalidad organizada, será necesario que esta afirmación político criminal tenga su reflejo en la concreta determinación típica del delito de legalización. En todo caso, resulta necesario precisar que la vinculación del delito previo con la delincuencia organizada no exige necesariamente la pertenencia a una organización criminal, ya que dejaríamos fuera del ámbito de aplicación conductas mecedoras de protección penal: en efecto, en muchas ocasiones el *lavador*, y principalmente en las últimas fases del proceso de lavado de capitales y reinserción en la economía legal, no suele pertenecer a una organización criminal. Por el contrario, entiendo que solo resulta necesario que los bienes ilícitos procedan de una organización criminal, sin que sea necesario que el sujeto pertenezca a ésta. En el supuesto de que perteneciera a ésta o una organización dedicada al lavado de capitales, fundamentaría a lo sumo la aplicación de un tipo cualificado de legalización de capitales.³³

³³ Serrano González de Murillo, y de acuerdo con la propuesta de Kienapfel, aboga por un tipo de lavado exclusivamente referido a organizaciones criminales y que prevea mayor pena por eso mismo. KIENAPFEL, Diethelm, “Die Geldwäscherei”, *Österreich Juristen-Zeitung* (1993), pp. 80-85, citado por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de lavado”, *La Ley*, núm. 2 (1998), p. 11.

La inclusión de este elemento típico puede llevarnos a la conclusión que limita en demasía el ámbito de aplicación del delito de legalización, pero de la propia naturaleza de los delitos de comercio ilícito se deriva en la mayoría de las ocasiones una estructura organizada, por lo que en la práctica su ámbito de aplicación no se verá tan reducido como *a priori* pudiere parecer.

Además, en aras del cumplimiento del mandato de taxatividad, sería conveniente establecer una definición auténtica que delimite cuándo una organización criminal tiene esta condición a los efectos del delito de legalización. Así, pueden servir de documento de trabajo las definiciones dadas en el ámbito internacional y supranacional.

El Programa contra la Delincuencia Organizada de la Naciones Unidas establece sus elementos definidores: a) actividad colectiva de tres o más personas; b) vínculos jerárquicos o de relación personal; c) obtención de beneficios; d) reparto de un determinado territorio o mercado; e) uso de violencia, intimidación o corrupción.³⁴ Destaca, en el mismo sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional de 2000 (art. 2, a)), donde expresamente se introduce la finalidad económica o material como una de sus características esenciales. Así, el tratado define el crimen organizado como:

“un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante un cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.³⁵

En el ámbito europeo el Comité Directivo II del Consejo de Europa, aporta una definición más amplia y compleja que se estructura de la siguiente forma: a) Elementos definidores obligatorios: colaboración entre más de dos personas, actuación prolongada o indefinida en el tiempo, sospecha de haber cometido delitos graves y búsqueda de beneficios o poder; b) Elementos definidores opcionales: reparto específico de tareas entre sus miembros y existencia de jerarquía, disciplina y control; uso de violencia o intimidación; estructuras comerciales o empresariales; lavado de dinero; y uso de influencia o corrupción.

Desde una perspectiva práctica, si delito de legalización se vinculara a esta definición típica de la criminalidad organizada, se cerraría la posibilidad a pronunciamientos jurisprudenciales permitan incriminar a las personas allegadas a los denominados traficantes-consumidores, que hubieran tenido una relación con el dinero procedente de un delito previo.

Por último, en aras de una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada, Kiernapfel aboga por la creación de un delito de formación y participación en una organización criminal y que sea éste el delito previo del delito de legalización. Las ventajas de esta propuesta residen en la desconexión de los singulares delitos previos con el delito

³⁴ En: http://www.undcp.org/money_laundering.html [visitado el 20 de junio de 2009].

³⁵ Definición de “grupo delictivo organizado” en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), en: http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_spa.pdf [visitado el 20 de junio de 2009].

de legalización – hecho que sin duda facilitaría la prueba del delito previo-; y la ampliación del ámbito de aplicación del comiso afectaría, ya que afectaría tanto a los bienes de procedencia criminal como a los bienes legales propiedad de la organización criminal³⁶. El autor ante la dificultad de determinar un concepto de criminalidad organizada que se incluiría en la ley, propone un noción muy similar al que hemos ofrecido respecto de los delitos de comercio ilícito: “la comisión, organizada colectivamente, de graves delitos para suministrar regularmente a la población o a individuos, bienes o servicios cuya oferta o adquisición esté prohibida”.³⁷

4.3.3. La inclusión de un límite cuantitativo.

El tercer elemento típico radica en la inclusión de un límite cuantitativo al objeto típico del delito de legalización,³⁸ es decir, circunscribiéndose a aquellas conductas de las cuales se han derivado importantes beneficios económicos.³⁹

Esta limitación puede concretarse mediante una cláusula abierta o una cuantía determinada. En el primer supuesto, podría acudirse a la siguiente expresión: “cuando los bienes o beneficios revistan una especial gravedad”. Así, el delito de legalización se convertiría en un “tipo de aptitud”, más acorde con el principio de mínima intervención del derecho penal. Si realmente queremos que uno de los bienes jurídicos protegidos sea precisamente el orden económico, debería introducirse un criterio que determine qué actividad de lavado resulta peligrosa para este bien jurídico, fundado en el valor económico de la operación.⁴⁰

Establecida nuestra propuesta, debemos recordar de nuevo que los hechos que no estén dentro del concepto de delito de referencia que proponemos, no significa que necesariamente deban quedar impunes, sino que subsidiariamente podrán tipificarse como una receptación o encubrimiento, y en su defecto, por la normativa de prevención del lavado de capitales. No obstante, en algunos supuestos puede suceder que la descripción típica de los delitos de encubrimiento y receptación no permita la aplicación subsidiaria de estos delitos respecto del delito de legalización. En este caso, será necesaria una reforma

³⁶ La inclusión de los bienes legales en la propuesta de Kienapfel ha sido criticada por Serrano González de Murillo, en el sentido de que con la finalidad de superar ciertas dificultades de prueba se menoscabaría el principio de culpabilidad. Otra cuestión distinta, continua el autor, sería incluir el empleo de un patrimonio legal para financiar futuras actividades delictivas, pero entonces la vía para exigir responsabilidades penales ya no sería el tipo de lavado, sino los de participación o autoría en las actividades en las actividades de la organización. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “Algunas cuestiones”, cit. nota n° 33, p. 13.

³⁷ Citado por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “Algunas cuestiones”, cit. nota n° 33, p. 12.

³⁸ Esta diferenciación que se aprecia desde un punto de vista socioeconómico, podría ser un elemento interpretador a la hora de otorgar relevancia en sede penal a la producción ilícita de capital. Así, autores como Colombo, mantienen que para que la producción de capital ilícito tenga relevancia penal, es necesario que tenga una considerable consecuencia económica. La distinción entre un enriquecimiento irrelevante en este ámbito y la producción de un capital es exclusivamente cuantitativa. COLOMBO, Gherardo, *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari con le modifichie introdotte dalla nuova legge antimafia*, Milán: Giuffrè, 1990, p.9.

³⁹ FLICK, Giovanni M., “Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia,” *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1992), p. 192.

⁴⁰ PECORELLA, Gaetano, “Circolazione del denaro e riciclaggio”, *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4 (1991), p. 1247.

penal de los delitos de receptación y encubrimiento encaminada a recoger las conductas de lavado que no sean cometidas en el seno de la criminalidad organizada.

Tras la exposición de esta propuesta alternativa sobre el ámbito de aplicación del delito previo, podemos concluir que el delito tributario como principio general no debe formar parte de esta categoría jurídico penal. La inclusión del delito fiscal como delito previo no se corresponde con la finalidad político criminal de la lucha contra el crimen organizado. Aunque, si bien es cierto que la evasión fiscal y el lavado comparten ciertas técnicas, y las políticas preventivas pueden reforzarse mutuamente, conviene establecer que se tratan de dos procesos que parten de presupuestos diferentes.⁴¹ Esta situación obliga, desde una perspectiva político criminal, a tipificar de manera diferente fenómenos que son desvalorados también de manera diversa. Además, la inclusión del delito fiscal como delito de referencia puede generar un cúmulo de despropósitos dogmático-jurídicos difíciles de justificar, como por ejemplo, la posibilidad de imponer una pena mayor al autor del delito de lavado. También debemos tener presente que una ampliación de los delitos previos, sobre todo respecto de los delitos fiscales, corre el riesgo de dificultar su efectiva aplicación, en el sentido de que la desvaloración social de estas conductas se vería disminuida o dilatada. Y por último, tampoco debemos desconocer las dificultades que se producirían en el ámbito de la cooperación internacional.⁴²

Ahora bien, la anterior consideración resulta discutible en dos supuestos. El primero, concurre cuando una organización criminal destinada, por ejemplo, al tráfico de drogas, no tributa sus beneficios criminales. El segundo, se refiere al caso de que una organización o empresa tenga como principal ocupación la comisión de fraudes fiscales. En el primer caso nos enfrentamos ante el espinoso tema de la tributación de las actividades delictivas y sus consecuencias penales⁴³. A pesar de que el presente estudio no va a abordar esta interesante cuestión, podemos concluir que cuando los beneficios no sometidos a tributación y constitutivos de un delito fiscal proceden del crimen organizado, el fraude fiscal constituye, como hemos señalado con anterioridad, una de las fases en el proceso de lavado, y por lo tanto, encontramos poderosos argumentos para aplicar un concurso aparente de leyes donde el delito fiscal quedaría *absorbido* por el delito de legalización (acto posterior copenado), sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones fiscales generadas por la actividad ilícita. El segundo supuesto – cuando una organización o empresa se dedica a la comisión de fraudes fiscales- sería el único caso que podría constituir un delito previo, ya que concurrirían las tres exigencias típicas propuestas en el presente estudio: un delito de comercio ilícito procedente del crimen organizado y normalmente de una cierta entidad económica. Ahora bien, en no pocas ocasiones, estos supuestos realmente serán casos donde no se ha podido demostrar la procedencia criminal de los beneficios no sometidos a tributación. En efecto, el crimen organizado y el fraude fiscal han estado vinculado,

⁴¹ Los autores del *Informe de Naciones Unidas sobre Refugios Financieros*, manifiestan que sólo comparten ciertas técnicas, pero a lo largo de su Informe podemos llegar a la conclusión de que coinciden con los estudios realizados sobre el fraude fiscal. BLUM, *Refugios financieros*, cit. nota n° 5, p. 7.

⁴² FLICK, “Le resposte nazionale”, cit. nota n° 39, p.112.

⁴³ Véase una aproximación en SOLER ROCH, María Teresa, “La tributación de las actividades ilícitas”, *Revista de Derecho financiero*, núm. 85 (1995), pp. 9-32,

prácticamente, desde sus inicios, y así por ejemplo, no debemos olvidar que el famoso mafioso Capone fue finalmente castigado por un delito fiscal⁴⁴.

Como conclusión, y conscientes de la crítica que puede suscitar esta propuesta y de la necesidad de una mayor reflexión a este respecto, creemos que ha quedado patente que la determinación típica puntual y rigurosa de todos los delitos susceptibles de crear capitales ilícitos, y que su posterior lavado merezcan una pena más grave que las establecidas en los delitos de encubrimiento y receptación, no resulta una operación ni mucho menos simple. La extraordinaria capacidad de la criminalidad organizada de encontrar nuevas fuentes de financiación ilícita hace que el principio de efectividad se encuentre en una constante tensión con los principios de lesividad y taxatividad penal.

Conclusiones.

1. *Coordinación entre las políticas preventivas.* Las políticas tributarias deben tomar conciencia, en primer lugar, que la técnicas de lavado de dinero del fraude fiscal y el crimen organizado resultan similares; en segundo lugar, que las acciones destinadas a “reflotar” la economía sumergida pueden ser utilizadas por la economía criminal; y en tercer lugar, que la Administración tributaria es la institución que posee los medios y personal más cualificado para detectar procesos de lavado de origen criminal. Por ello, debería existir una mayor coordinación entre las instituciones y organismos encargados de prevenir el fraude fiscal y el crimen organizado, e incluso, plantearse la posibilidad de crear un organismo fiscalizador que abarque ambos fenómenos.

2. *Supresión de los paraísos fiscales.* Una aproximación a la economía internacional nos permite afirmar con rotundidad que mientras subsistan los denominados paraísos fiscales, la efectividad de cualquier media contra el lavado de dinero quedará circunscrita a los meros efectos simbólicos. En todo caso, resulta necesario una adecuada amortización fiscal internacional y una estrecha colaboración internacional entre las administraciones tributarias⁴⁵.

3. *Hacia un concepto material del delito previo.* El principio de correspondencia con la realidad, el bien jurídico protegido y la autonomía postejecutiva del delito de legalización deben condicionar la determinación del delito previo. Así, proponemos que los delitos previos se circunscriban a los delitos de “comercio ilícito” cometidos en el seno de una organización criminal y que los beneficios sometidos a un proceso de lavado posean una cierta entidad económica.

⁴⁴ En la propuesta de modificación de la Directiva 2001/97/CE que modifica la Directiva 91/308/CEE sobre el lavado de capitales también se trató la denominada “cláusula capone”. Esta condición obliga a que si un país culpa a un ciudadano de lavado de capitales, procedente de otro país miembro de la Unión Europea, también deberá acusarle de fraude fiscal. No obstante, los Estados miembros decidieron suprimirla para así superar los *problemas legales* que conllevaban esta propuesta.

⁴⁵ CERIANA, Enrico, “Profili internazionali del segreto bancario nell’ottica della lotta all’evasione e al riciclaggio del denaro di provenienza illecita”, *Diritto e Pratica tributaria*, vol. LXV (1994), pp. 83-115. CUCUZZA, Osvaldo, “La lotta al riciclaggio non decolla”, *Il fisco*, núm. 1 (1992), p. 47.

4. *La exclusión del delito tributario como delito previo.* Como principio general la comisión de un delito tributario no reúne las características político criminales para pertenecer a la categoría de delitos previos, salvo en los casos de que los beneficios procedan del crimen organizado.

BILIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales” en: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: BOE, 1995.
- BLUM, Jack A. *et al*, *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, Serie Técnica del PNFID, 1999.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel, “Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal” en: *Temas de Derecho penal tributario*, Madrid: Marcial Pons, 2000.
- CERIANA, Enrico, “Profili internazionali del secreto bancario nell’ottica della lotta all’evasione e al riciclaggio del denaro di provenienza illecita”, *Diritto e Pratica tributaria*, vol. LXV (1994).
- CHITWOOD, C. Michael, *et al*, “Tax violations”, *American Criminal Law Review*, vol. 38, núm. 23 (2001).
- COLOMBO, Gherardo, *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, Milán: Giuffrè, 1990.
- CUCUZZA, Osvaldo, “La lotta al riciclaggio non decolla”, *Il fisco*, núm. 1 (1992).
- DE LA MOTA, Ignacio, “Los paraísos fiscales, las mejores ‘tintorerías’”, *Banca Española*, núm. 278 (1996).
- FLICK, Giovanni M., “Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia,” *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1992).
- GAMBETTA, Diego, “Fragments of an economic theory of the mafia”, *Archives Europeennes de Sociologie*, núm.24 (1988).
- KIENAPFEL, Diethelm, “Die Geldwäscherei”, *Österreich Juristen-Zeitung* (1993).
- MAZZACUVA, Nicola, “Criminalità organizzata ed attività economica: il fenómeno del riciclaggio” en: *Verso un nuovo codice penale*, Milán: Giuffrè Editore, 1993.
- OWENS, J., “Curbing Harmful Tax Competition”, *Intertax*, núm. 8-9 (1998).
- PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa, 2000.
- PECORELLA, Gaetano, “Circulazione del denaro e riciclaggio”, *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4 (1991).
- PÉREZ RODILLA, Gerardo, “Los paraísos fiscales. Su regulación en la actual normativa fiscal”, *Información Comercial Española*, núm. 741 (1995).
- QUIRK, Peter J., “Macroeconomic Implications of Money Laundering” en: *IFM Work Paper*, WP/96/66, 1996.
- RUIZ VADILLO, Enrique, “El lavado de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641 (1992).

- SERAFINI, Justin, “Money Laundering”, *American Criminal Law Review. Nineteenth Survey of White Collar Crime*, vol. 41- núm. 2 (2004).
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de lavado”, *La Ley*, núm. 2 (1998).
- SOLER ROCH, María Teresa, “La tributación de las actividades ilícitas”, *Revista de Derecho financiero*, núm. 85 (1995).
- SHVARTS, Alexander, “The Russian Mafia: do Rational Choice models apply?” en: www.ksg.harvard.edu/kokkalis/GSW4/ShvartsPAPER.PDF
- TANZA, Vito, “Money Laundering and the International Financial System” en: *IFM Working paper*, WP/96/55, 1996.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid: Trotta, 1995.
- VAN DEL LAAT, Diego, “Los paraísos fiscales como escenarios de la elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”, *Crónica Tributaria*, núm. 3 (2000).
- Informe del Comité Ruding de Expertos Independientes de la Comisión Europea sobre la tributación empresarial*, Luxemburgo: Oficina para Publicaciones Oficiales, 1992.
- Informe sobre el fraude en España*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994.
- Segundo Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva sobre el blanqueo de capitales*, Bruselas: 1998.