

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

DEL BIEN JURÍDICO A LA NECESIDAD DE LA PENA EN LOS DELITOS DE ASOCIACIONES ILÍCITAS Y LAVADO DE DINERO*

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

1. El tema propuesto para mi intervención en este Seminario, esto es, *corrupción, asociaciones ilícitas y lavado de dinero*, ofrece al estudioso múltiples y hoy muy ricas facetas de análisis. Ya lo abordemos desde el punto de vista criminológico, según el cual el circuito de las conductas correspondientes reconoce como eje centrípeto la criminalidad organizada – o sea, el correlato empírico de las asociaciones ilícitas –, a cuyo respecto las tendencias corruptoras del aparato público y las estrategias de reciclaje del producto de la actividad delictuosa de estas agrupaciones resultan ser epifenómenos tan complejos como los actos de que traen origen o que acompañan; ya lo examinemos a la luz de la dogmática, del modo en que ésta ha venido descubriendo y denunciando nuevos enigmas interpretativos en la factura técnica y sucesiva aplicación de los tipos en que plasman, ya, en fin, sometamos el plexo del problema y sus miembros singulares a una consideración políticocriminal, con especial referencia a los principios que gobiernan el Derecho penal de nuestra época, lo cierto es que corremos el riesgo de extraviarnos en un terreno vastísimo, que, por añadidura, muda su presentación fáctica con acusada pertinacia, complicando ulteriormente las tres perspectivas. El tiempo de que dispongo me obliga, pues, a una drástica reducción del frondoso cuadro, y a escoger, para el objeto así acotado, sólo una de las mencionadas posibilidades de aproximación.

Ante todo, preferiría ceñirme a los delitos de asociaciones ilícitas y lavado de dinero. Que deje fuera de mi exposición el cohecho, obedece a dos motivos. Por un lado, se trata de un ilícito harto más antiguo que los primeros, y nada podría añadir de momento al cúmulo de reflexiones y estudios fraguados en su contacto; por otro, la probada necesidad de la intervención penal en punto a una gama de comportamientos bastante descritos y conocidos, no menos que un objeto jurídico y unas modalidades de afectación bien precisados, hacen del cohecho una materia relativamente manejable para penalistas y criminólogos, de indiscutida preservación, además, en las tareas de *lege ferenda*.

(*) Reconstrucción, anotada, de la intervención del autor en el V Seminario Internacional del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, realizado en São Paulo, Brasil, los días 6 a 9 de octubre de 1999.

Otra cosa ocurre con las asociaciones ilícitas y el lavado de dinero. Las unas y el otro, en el plano de las normas, constituyen hechos contemporáneos. Esta breve historia es índice del panorama menos asegurado en que su índole peculiar los inscribe. Las asociaciones ilícitas aparecen recién en algunos Códigos decimonónicos, y luego siguen una trayectoria zigzagueante de tipificación, que ha oscilado, desde las sociedades secretas a las asociaciones criminales en sentido estricto, y de éstas hacia aquellas que promueven formas de discriminación o se yerguen como sectas que aniquilan la voluntad de sus integrantes, por no nombrar otras especies. El lavado de dinero, reserva hecha de su filiación respecto del encubrimiento, apenas mide en dos lustros su existencia, no ha ganado todavía plaza uniforme en las leyes y las diferencias que exhiben éstas en cuanto al sentido, la extensión y los límites de la prohibición, son demasiado ostensibles como para hablar de una individualidad autónoma del delito en el concierto de la Parte especial. En seguida, la caracterización criminológica de ambos, aunque haya adelantado bastante, sige yendo a la zaga de los heterogéneos fenómenos que amadrigan, a los que distingue una capacidad de transformación sólo superada por los factores que la determinan. El concepto de criminalidad organizada – indica Palazzo – es, en su origen, una noción de naturaleza sociológica, que ha recibido progresivamente una traducción legislativa; sin embargo, carece hasta hoy de una definición legal unitaria, al paso que una regulación penal particularmente severa se empeña en aplicarla a ciertas formas de criminalidad indicadas por el legislador a tirones y de una manera nunca coordinada.¹ De hecho, la imposibilidad de alcanzar un concepto homogéneo de la criminalidad organizada en el *ius positum*, hinca sus raíces en el obstáculo insuperable de traducir en una fórmula abstracta el espectro proteiforme – sólo definido por unos pocos rasgos empíricos, no siempre seguros – de un fenómeno que, ligado como está a condiciones estructurales de los diversos conglomerados sociales, cambia de aspecto en cada uno de éstos.² Algo parecido es dable predicar del lavado de dinero. La notoria dependencia de los procedimientos con que se convierte a la legalidad fiscal valores obtenidos en el tráfico ilícito de drogas y armas, la trata de personas, etc., respecto de unos mercados financieros en progresiva expansión y mudanza, dota de substancia siempre enriquecida las tres clásicas fases – colocación, cobertura y blanqueo – del ciclo del lavado, de modo que, según explica Cervini, cuando el legislador corre a regular éste al compás de las realida-

(1) "La législation italienne contre la criminalité organisée". *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*. Paris: Dalloz, año 1995, n. 4, octubre-diciembre, cf. p. (771 y ss.) 711; parecidamente, Castaldo, "La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis". *Revista brasileira de Ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, año 7, n. 27, julio-septiembre de 1999, cf. p. (11 y ss.) 11.

(2) Acerca de los problemas de definición de estas actividades en el Derecho internacional y la total falta de acuerdo al respecto entre los criminalistas, cf. van den Wyngaert, "Las transformaciones del derecho penal internacional en respuesta al reto del crimen organizado". *Revue internationale de Droit pénal*. Toulouse: Érès, año 70, nueva serie, primer y segundo trimestres de 1999, p. (223 y ss.) 244-247.

des económicas que yacen tras él, éstas ya no se encuentran en el estadio para el que se pretendió dar la regulación.³ Por último, la asociación de malhechores y el lavado de dinero son delitos atípicos, difíciles de clasificar y reconstruir con ambición dogmática. No pocas de sus aristas técnicas suscitan permanente perplejidad entre los estudiosos y, lo que es más inquietante, se prestan a aplicaciones jurisprudenciales en pugna con elementales principios de la teoría del delito, cuyo perturbador efecto resulta fortalecido por procedimientos de excepción particularmente duros e insufribles con inculpadados y acusados. En síntesis, al adelantamiento impaciente del *ius puniendi* que vemos encapsulado en estas dos infracciones, debemos la falta de un bagaje de conceptos claros que, ilustrándolas adecuadamente, garantice su vigencia empírica en términos más respetuosos de la libertad y seguridad individuales.

No obstante, en los últimos años las asociaciones ilícitas y el lavado de dinero han llegado a ser, por decirlo con la expresión que Merkel dedicó a las ficciones jurídicas,⁴ los *niños mimados* de la Política criminal de los Estados y la comunidad internacional. Como tales hijos predilectos, se tiene por un hecho incontestable su existencia y la necesidad de protegerlos, considerándose incluso pleno de justificación que la tutela se extienda a ultranza, aunque de por medio se atropelle básicas exigencias del liberalismo penal. Que aquí haya bienes jurídicos merecedores de amparo punitivo, que aquel que en concreto se les concede convenga al temple y a la medida en que tales intereses son susceptibles de él, y que éste resulte imprescindible, vista la acreditada ineficacia de resortes extrapenales de protección jurídica, parecen ser requerimientos menos relevantes que el postulado axiomático de que la tutela penal tiene que existir y darse con ejemplar amplitud. La enorme significación empírica, que no pretendo desmerecer y sin duda cobra la criminalidad organizada en estas postrimerías del siglo XX, ha favorecido así un peligroso brinco especulativo. Pasamos de los conocimientos criminológicos a las categorías dogmáticas sin solución de continuidad, y con el mismo desenfado tendemos a yuxtaponer la *ratio iuris* de las asociaciones ilícitas y el lavado de dinero con las razones políticocriminales que abonarían su previsión autónoma, todo ello, dejándonos alimentar por las evidentes, poderosas presiones que gravitan sobre los poderes públicos para que pongan coto y remedio al fenómeno, y vistiendo a la postre con el prestigio de la ciencia soluciones legislativas de opinables substancia y orientación. Frente a objetos jurídicos antes supuestos que razonados con mayor hondura, no son de extrañar las interminables discusiones que levanta en la doctrina la modalidad especial de ilicitud acuñada por los Códigos, ni la tortuosa aplicación de los tipos que materializan la modalidad. Tampoco, que éstos dejen en el estuoso el agrio

(3) *Lei de lavagem de capitais*, por Raúl Cervini, William Terra de Oliveira y Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1998, p. 62.

(4) *Gesammelte Abhandlungen*, t. II, 1889, p. 521. Recoje la cita Max Ernst Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965. reimpresión de la 1. ed., p. 6.

regusto de que acaso se reprime por reprimir,⁵ que el mal está en la desobediencia individual, en la deslealtad de los justiciables para con la voluntad del Estado, y no en el perjuicio de las normas en su función constitutiva de objetos valorados.

Me propongo examinar el lazo que ata el objeto jurídico y la necesidad de la pena en estos delitos, pero recorriendo el camino en el sentido opuesto al acostumbrado. Naturalmente, para ir desde aquél a ésta y justipreciar, conforme a los intereses involucrados, el fundamento de la intervención penal que por doquier se apetece, tendré que ajustarme a una representación abstracta de las infracciones en cuestión, según los rasgos más o menos comunes que muestran en las legislaciones, y prescindir de los muchos detalles y variedades de su configuración concreta. He de partir, pues, de las asociaciones ilícitas cuyo objeto social radica en cometer delitos, y de una imagen no menos estilizada del lavado de dinero, entendido como el conjunto de actos de favorecimiento, por ocultación, conversión o transferencia, y de aprovechamiento, para sí o para otro, de bienes de significación económica y que proceden de delitos graves. Asimismo, he de contraerme a las doctrinas más acrisoladas y difundidas sobre el norte teleológico al que responderían tales figuras delictuosas.

2. Comencemos con las asociaciones ilícitas, o sea, el fulcro del problema, y las teorías que procuran despejar su objeto jurídico.⁶

La que identifica la naturaleza de la asociación criminal en una forma de *autotutela del Estado* respecto a su función protectora del ordenamiento jurídico, merece, indudablemente, una estimación aparte, por su relativa novedad y el planteamiento heterodoxo que comporta frente a otras construcciones doctrinales. Según sus partidarios, aquello que el delito ofende sería el propio poder del Estado, su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por la mera existencia de otra institución, provista de fines antitéticos a los suyos y que le discute la hegemonía o monopolio del orden jurídico y político. La asociación criminal — subraya García-Pablos —, contemplada desde la totalidad del ordenamiento jurídico, es algo más, algo distinto que la mera suma de personas físicas que persiguen ciertos objetivos: es una institución, una realidad viva. Sólo así — añade — se explica que asociación ilícita y participación criminal sean conceptos jurídicos penales distintos. Con el delito de asociaciones ilícitas se trata de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines adversos a los del Estado; de ahí que una pluralidad de personas que, de forma organizada, intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone en entredicho la efectiva supremacía del poder público. Sería un reto al y una negación del Estado.⁷ De todo lo cual, es

(5) Lo propio constata Zaffaroni en "La legislación represiva antidroga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario". *Derecho penal. Homenaje al doctor Raúl Peña Cabrera*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1991. cf. p. (715 y ss.) 722.

(6) Sobre este argumento, con mayores extensión e indicaciones bibliográficas, véase nuestro artículo "Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas". *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 2ª época, n. 2, julio de 1988, p. (153 y ss.) 158-177.

(7) *Asociaciones ilícitas en el Código penal*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 142-144.

lógico colegir que titular del bien protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, no la colectividad indiscriminadamente considerada, y que el delito es uno de lesión.

Como no son pocas ni superficiales las reservas que despierta la idea de erigir la primacía política y jurídica del Estado, es decir, su dimensión de "guardián del orden social que ostenta el monopolio del orden jurídico", como el bien ofendido por la asociación de malhechores, merece la pena detenerse sobre el punto, con la parsimonia que requiere la indudable *vis* atractiva de esta concepción.

Ante todo, carece de una adecuada delimitación el concreto interés estatal afectado, según la tesis, con el delito. Y es que cuando invocamos la majestad jurídica y política del Estado,⁸ su poder de imperio o soberanía,⁹ o la supremacía de su ordenamiento jurídico,¹⁰ no dejamos de movernos en un ámbito tan vago y elíptico como el de la acepción más amplia del orden público, tan criticada por los seguidores de la tesis. Pues si, de una parte, se quiere cargar el acento en la dimensión política del imperio estatal, entonces ya no quedaría ninguna diferencia teleológica ni distinción posible entre la asociación criminal y los delitos contra la seguridad del Estado, a pesar de lo forzado del temperamento que busque reconocer, tras toda asociación criminal, un atentado contra las condiciones de que depende la estructura y subsistencia de aquél como organización política. Dogmáticamente, nada permite sostener que la mera constitución de una asociación cuyo objeto es cometer delitos (sin ulteriores exigencias, relativas, por ejemplo, a la clase y gravedad de éstos), deba atacar al Estado en lo que tiene de entidad soberana, dotada de una personalidad jurídica en la que encarnan la organización y vida políticas de una sociedad dada, si bien haya que reconocer que la tremenda ambigüedad conceptual de la seguridad del Estado favorece estas superposiciones, conocidas, por lo demás, en el Derecho histórico y que el Derecho comparado conserva en la disciplina de otras asociaciones ilícitas, cuyo marcado tinte político deriva de los delitos hacia los que debe apuntar el consorcio.

Por lo pronto, que la simple existencia de una asociación criminal, por los objetivos antitéticos a los del Estado que ambiciona, consituya un reto a y una negación de su magisterio político, es sólo una afirmación metafórica a la que hay que aligerar del cariz efectista y algo apocalíptico que posee. Apenas se medite en la posibilidad de una asociación criminal compuesta por tres personas (incluso dos, en muchos Códigos) con el objeto de cometer vulgares hurtos o estafas, que ni por asomo desafía al Estado, así como tampoco lo niega más allá del plano de un ejercicio dialéctico, se advertirá que el mencionado reto no existe, así en la realidad empírica como en la esfera de los valores. Acaso otra cosa cabría afirmar si la asociación fuese (y la ley lo reclamara) más numerosa y estuviese dotada de disciplina y organización profesionales, si los delitos materia

(8) Idem, *ibidem*.

(9) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*. Besonderer Teil, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 4. ed., 1964, p. 631-632.

(10) PALATANO, *L'associazione per delinquere*. Napoli: Jovene, 1971, p. 154 y ss.

de su calendario resultasen particularmente graves, o cuando asociaciones semejantes se multiplicasen y ramificasen a través del tejido social. Pero, y en la medida en que estas exigencias no figuren de alguna manera en las descripciones típicas, así se traspasa el ámbito de la interpretación de las leyes y se llega a la Criminología, operación, empero, útil a fin de descubrir el verdadero rostro de la teoría de la autotutela estatal y el tributo desmedido que sufraga, sin decirlo — quizá, también, sin notarlo —, a la fenomenología de la criminalidad organizada. Esta, como se sabe, medra al socaire de procesos de desintegración social y de disolución del poder del Estado y los entes públicos menores, con el consiguiente favorecimiento de grupos de poder o “pequeños Estados” dentro de su seno,¹¹ y, entre otros rasgos, la distingue esa sólita impunidad de sus actividades, desplegadas con miras globalizadoras, que le dispensa su estrategia de corrupción del aparato público.¹² Y no sorprende que este deplorable estado de cosas haya alcanzado, en ciudades o países que sería ingrato e inoficioso traer a cuenta, ápices que sitúan la institución estatal en una línea rayana con la existencia nominal, incluso en términos territoriales. Cuando, de consiguiente, se destaca la conveniencia de reprimir la asociación criminal, ya que este delito proporcionaría un instrumento poderoso e indispensable para la lucha contra la delincuencia común organizada,¹³ la cual, dadas ciertas condiciones, puede poner en jaque al Estado en sí mismo, hiriéndolo hasta en su sustento físicoespacial, en nada se prejuzga la pregunta por el *quid* del bien protegido, a menos que confundamos una razón políticocriminal para combatir con más ventaja esta laya de delincuencia, con la *ratio iuris* de la infracción.

Tampoco conseguimos una mejor determinación del interés ofendido por el lado de la primacía jurídica de la institución estatal, es decir, con la invocación del Estado como ente que monopoliza el ordenamiento jurídico, en el sentido de ser el custodio de la eficacia de sus prescripciones, idea que expresa, a un tiempo, su fin primordial y una de sus funciones más significativas, pues a la entidad estatal toca la tarea de garantizar y defender el Derecho, atribuyéndose con excluyente designio, en aras de dicha función, el uso de la fuerza. Es aquí donde parece incidir el centro de la argumentación de la doctrina que comentamos, por cuanto, según se dice, de la simple existencia de asociaciones dotadas de un objeto social criminoso deduciríase una lesión consumada al imperio coercitivo que el Estado despliega sobre la eficacia del ordenamiento y la incolumidad de los bienes que éste constituye, menoscabo que generaría un desorden jurídico nada menos que en la esfera de las leyes penales, materia principal de esa armonía de relaciones sociales a que propende la custodia estatal del Derecho positivo.

(11) Cf. SCHNEIDER, “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, cit., 1ª época, n. 3, 1993. p. (723 y ss.) 738-739.

(12) Cf. CERVINI, en GOMES y CERVINI, *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico e políticocriminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1997. p. 195 y ss.

(13) GARCÍA-PABLOS, op. cit., cf. p. 159.

Como, a más de una genérica mención de la incompatibilidad entre el objeto de la asociación y el fin del Estado, la teoría no se cuida de especificar ulteriormente qué aspectos de la función estatal de garantizar y defender el Derecho quedarían comprometidos por el delito, hay que penetrar un poco más en aquélla para llegar a la *mens legis* de éste.

Es noto que las dimensiones en que se articula esta función del Estado son, primero, una preventivopolicial, encaminada a impedir la producción de ilícitos *in itinere*, y, luego, otra sancionatoria, que interviene una vez consumado el acto antijurídico y se encamina, claro está, a punirlo. De ellas, por cierto, hay que descartar de plano la segunda, no sólo atendida la índole de la asociación criminal, sino, sobre todo, porque referir ésta al momento sancionatorio de la defensa del Derecho remataría en una inadmisibles inserción del delito dentro de la familia de los que atacan la Administración de Justicia, con los que nada tiene que ver. Algo diferente acontece con la dimensión preventivopolicial de la función, en la cual y en principio hallaría sitio más cómodo el objeto de la proclamada autotutela estatal. Con todo, resta el inconveniente de que si la asociación ilícita está dotada de un injusto específico, distinto del que, en su caso, sería el de los delitos de su funesto calendario, entonces dicho injusto queda sin remedio producido una vez constituida la asociación. Dado que, de acuerdo con la figura, el pacto merced al cual la asociación se constituye es un *quid* necesario y suficiente para producir el resultado del delito, la intervención preventiva de los órganos policiales del Estado cabría al efecto exclusivo de preservar la incolumidad de los bienes incluidos en el programa delictuoso de la asociación – con tal que los delitos singulares correspondientes hayan iniciado a lo menos su proceso de ejecución –, antes que en punto al ilícito ya consumado de la asociación criminal. Esto, si explica que en la bibliografía se denuncie con insistencia el acento marcadamente preventivo del delito, no menos que la patente anticipación que entraña de la barrera penal,¹⁴ mantiene, empero, sin respuesta la pregunta planteada. Dicho de otra forma: apenas se penetra en la estructura y las flexiones del poder coactivo del Estado, se descubre cómo la teoría de la autotutela estatal no consigue precisar el específico interés ofendido por las asociaciones ilícitas.

Bien miradas las cosas, esta construcción enmascara, ora una identificación completa entre el objeto jurídico del delito y su sujeto pasivo, ora una imagen estereotipada del orden público, y, en ambos casos, una opción hermenéutica autoritaria, amén de peligrosa, por sus efectos y el rumbo políticocriminal que marca, para la libertad individual. Hablan a favor del primer extremo de la alternativa el mismo nombre de la tesis y, principalmente, el hecho de que atacar el imperio coactivo del Estado, contrastarlo en su hegemonía y poder jurídicos, importa, *mutatis mutandis*, embestirlo en su esencia. Después de todo, que – en frase de Del Vecchio – al Estado, por su propia naturaleza, le corresponda la custodia y garantía del orden jurídico, es cosa que resulta de su misma definición.¹⁵

⁽¹⁴⁾ MAURACH, op. et ed. cit., cf. p. 631, y FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*. Publicados, 2 vols. Bologna: Zanichelli, 1988-1992, t. I, cf. p. 344.

⁽¹⁵⁾ *Teoría del Estado*. Traducción y escrito preliminar por Eustaquio Galán y Gutiérrez. Barcelona: Bosch, 1956. p. 205.

Pero cabe también suponer que la teoría reproponga, bajo nuevo ropaje, cierta acepción del orden público, no obstante haber defenestrado el último a causa de su inveterada imprecisión conceptual. Aludo a ese sentido del orden público que Fiandaca y Musco llaman *ideal o normativo*, según el cual la noción queda definida como “una entidad ideal, constituida por el conjunto de aquellos principios e instituciones fundamentales, de cuya continuidad e inmutabilidad dependería la sobrevivencia del ordenamiento”, o sea, el “orden legal constituido”,¹⁶ el poder coactivo del Estado y todos los resortes de imposición de que dispone para hacer real, siendo preciso por la fuerza, la vigencia empírica del Derecho. Mas ya se trate *sic et simpliciter* del Estado, ya de las vigas maestras en las que descansa el ordenamiento que él resguarda, la doctrina en examen urde un objeto jurídico inasible, incapaz de materializar la ofensa implícita en la asociación criminal; ello, sin mencionar las manipulaciones a que podría sometérselo para hacerlo abarcar intereses indignos de tutela punitiva, ni excluir que, por los serpentinos senderos de la autotutela estatal, la asociación criminal remate en el castigo de la disidencia política, tal como – merece la pena recordarlo – ha sucedido en diversos países y en tiempos no lejanos.

Es interesante observar, por último, una vinculación secreta entre el trasfondo autoritario de esta tesis sobre el bien jurídico¹⁷ y el eje teórico en torno al cual debería rotar la reconstrucción del tipo. Pues el temor de que la asociación criminal devenga un “microestado”, que ella consista en un prenunciado poder antagónico a la institución estatal, cuya hegemonía discute el objeto delictivo del consorcio, encaja a la perfección con la advertencia técnica de ser también la asociación una “realidad viva”, una “institución” que pretende fundar un ordenamiento incongruente con aquel por el que el Estado vela. El elemento típico *asociación* – apunta García-Pablos – significaría lo mismo que “organización”, como concepto fáctico, sociológico; las asociaciones de personas, con independencia de su forma, serían relevantes en el sentido del tipo legal, “si se trata de *organizaciones*, instituciones, esto es, estructuras o colectivos que se proyectan más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, si sobreviven y tienen pleno sentido a la consumación de aquéllos”,¹⁸ si – en voz de De Francesco – la asociación tiene una estructura que la haga apta para ser utilizada una y otra vez, aun luego de que haya consumado algunos de los delitos de su criminoso calendario.¹⁹ Dígase o no, late aquí una visión institucionalista del

(16) Op. et vol. cit., p. 346.

(17) Tránsito que amadriga *malgré* sus sostenedores, pues ni por un momento quíerese aquí poner en entredicho el pensamiento liberal de éstos.

(18) “Los delitos cometidos por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas o grupos armados terroristas”, en su libro misceláneo *Estudios penales*. Barcelona: Bosch, 1984. p. (283 y ss.) 304; además, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, cit., cf. p. 234-239.

(19) Societas sceleris. “Tecnica repressiva delle associazioni criminali”. *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè, año XXXV (nueva serie), fascículo 1, enero-marzo de 1992. cf. p. (54 y ss.) 107-108.

Derecho, o, al menos, puede el lector desinteresado inferirla. Y es que, entendida como organización, la asociación criminal evoca esa "idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social", de que hablase Hariou²⁰ y, muy especialmente, las elucubraciones de Santi Romano sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos que pueden coexistir al interior de un conglomerado social dado, siempre y cuando cada uno de ellos configure una organización social ordenada. No bien se acentúa la nota de la organización como distintiva de grupos que persiguen ciertos fines y que, merced a dicha organización, esto es, a su estructura unitaria como entes autónomos, se dan y producen ordenamientos dentro del estatal, resulta comprensible, cual Bobbio señala, que "una asociación para delinquir [...] en cuanto se manifiesta en una organización y crea su propio Derecho (el Derecho de la sociedad para delinquir), es una institución",²¹ cuyo ordenamiento, al igual que el de las sociedades secretas que tanto preocupaban al legislador del ochocientos en los años de la Restauración, debe conjurarse, ya que ofende al Estado. En resumen, del mismo modo que la teoría de la autotuela estatal sacrifica en el altar del Estado la objetividad jurídica del delito, el concepto de organización, que es su lógico complemento técnico, rezuma el *élan* transpersonalista e iliberal característico de la teoría de la institución en la Filosofía del Derecho.²²

Debiéndose, pues, descartar esta doctrina, vayamos a la tradicional que sitúa la asociación criminal dentro de los delitos contra el *orden público*. Sabemos que atormenta a la última categoría una antañona disparidad de opiniones, aunque no es preciso retomar ahora los hilos del debate sino en la medida indispensable para la determinación del aspecto del orden público que la infracción vulneraría, lo cual recomienda aprovechar un punto de arribo más o menos sólido dentro de esta tradición.

En el Derecho penal – explica Maggiore – la expresión orden público tiene dos significados: objetivamente, denota la coexistencia armónica y pacífica de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho; subjetivamente, indica el sentimiento de tranquilidad pública, la opinión de seguridad social, que es la base de la vida civil.²³ Para los fines de esta rama del Derecho – puntualiza, a su turno, Antolisei – el orden público tiene un significado más restringido que en otras: es el buen ajuste y la marcha regular de la vida social; la

(20) *La teoría de la institución y de la fundación*. (Ensayo de vitalismo social). Traducción, Prólogo y bibliografía por Arturo Enrique Sampay, Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1968. p. 39-41.

(21) *Teoría general del Derecho*. Traducción de Eduardo Roza Acuña, con la colaboración de Marcela Anzola. Bogotá: Temis, 1987. p. 8.

(22) Acerca de los condicionamientos ideológicos de la teoría de la institución, cf. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*. Traducción de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1968. p. 221, quien asocia el marcado colectivismo de aquella a unos supuestos políticos de corte fascista.

(23) *Derecho penal*. 5 vols. Traducción de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1989, t. III, p. 441.

armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, y, en este sentido, es sinónimo de paz pública. A él corresponde en los ciudadanos el sentimiento de la tranquilidad y seguridad.²⁴ Pues bien, de sus flexiones, objetiva y subjetiva, es imprescindible excluir de nuestra consideración la primera. Desde luego, porque esa armónica y pacífica coexistencia de los individuos bajo el imperio del Derecho involucra un término sociológico que viene a confundirse con el de orden jurídico; mienta un simple dato fáctico, ajeno a valoraciones, y no guarda vinculación ni menos puede identificarse con objeto valorado alguno. Esto, por cierto, no empece a que la eficacia del ordenamiento pueda ser referida a valoraciones y suministrar el elemento objetivo, o estático, a la seguridad jurídica. La eficacia del ordenamiento representa, es verdad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, un elemento valioso para la idea del Derecho, pero no conforma un bien jurídico que, interesando a la colectividad en su conjunto, sea idóneo para suministrar el *humus* a la asociación delictiva.

Hay todavía otra razón para prescindir de esta faz del orden público en el estudio de la asociación criminal, pues, descorrido el velo de las apariencias verbales, es sencillo advertir la semejanza de contenidos entre aquella significación del orden público y la doctrina de la autotutela estatal, en la medida en que la una y la otra subrayan la seguridad del Derecho para elevarla al solio de los bienes jurídicos. Dicha similitud es clarísima en el pensamiento de von Liszt, a propósito de lo que llama "paz pública", un equivalente del orden público. La paz pública - dice -, en tanto que interés de la colectividad, es objetivamente el poder de protección de la autoridad pública, que encarna en el orden creado por el Derecho, en un estado de paz.²⁵ Y aún más paladina resulta la semejanza en los autores que, tras atribuir una importancia mayor al sentido objetivo del orden público en desmedro del subjetivo, deducen de la premisa que paciente de las asociaciones ilícitas sería el Estado, no la comunidad.²⁶ De modo que concebirlo en términos de una condición de convivencia pacífica, inmune de desorden y de violencia, para acto seguido apellidarla de seguridad colectiva o buen orden exterior, según prefieren otros escritores con la mira de materializar y premunir de un *corpus* empírico a la polémica noción,²⁷ constituye un intento que estimo desprovisto de bases ontológicas y destinado al fracaso en el delito en estudio.

Si alguna ha de poseer, creo que la significación valorativa de la asociación criminal reposa en una aspiración sentimental de la comunidad, aspiración que, contra lo que suele decirse, sólo es subjetiva en su base fáctica de alarma y temor

(24) *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale. 2 vols. Nona edizione integrata e aggiornata a cura di Luigi Conti, Milano: Giuffrè, 1986, t. II, cf. p. 715-716.

(25) *Traité de Droit pénal allemand*. 2 vols. Traducción de la 17. ed. alemana (1908) por René Lobstein, Giard & Brière, Paris, 1911-1913, t. II, cf. p. 407-408.

(26) Como Silvio Ranieri, cf. *Manual de Derecho penal*. 6 vols. Versión castellana de Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1974-1975, t. IV, p. 199-200.

(27) Flandaca y Musco, op. et vol. cit., cf. p. 345.

colectivos, pero se objetiviza no bien reconozcamos que la paz moral, comprometida por una subitánea sospecha de común peligro – en la elegante frase de Carrara –,²⁸ es un interés de la colectividad cuya tutela el Derecho penal puede redoblar frente a los ataques más graves. Toda vez que la asociación criminal se propone una serie indefinida de delitos, constituye una agresión permanente contra la sociedad civil y un estado antijurídico cuyo objeto está en el derecho universal a la tranquilidad pública, donde la última expresión, que tomamos nuevamente de Carrara,²⁹ equivale a ese sentimiento general de sosiego que, cautelado, posibilita el ejercicio de los derechos individuales, impide que los sujetos reduzcan su acción, retrayéndola a la esfera privada, y, muy especialmente, determina cierta condición fundamental para el desarrollo de las relaciones interindividuales.

Sin embargo, es en el crucial extremo de la modalidad específica que asume la ofensa del orden público en las asociaciones ilícitas, donde esta inteligencia del delito tropieza con serios reparos. Pues no basta con afirmar que se dirige contra el orden público en su faz subjetiva; hay que precisar, además, el carácter de la afectación. Comoquiera que en la generalidad de los Códigos el resultado típico no exige la producción de una alarma efectiva, real, dentro de la comunidad de que se trate, entonces el delito queda consumado con perfecta independencia de un elemento tan indiferente para la ley que lo describe, como el hecho de que la agrupación acometa aquellos trazados en su agenda. La asociación criminal, en consecuencia, conforma un delito de peligro, riesgo al que – y esto es de la mayor importancia – las leyes despojan de toda concreción.³⁰ Que en un vasto espectro de supuestos empíricos la idea de que la asociación criminal es apta para generar alarma y conmoción en la comunidad se revele falsa (bien por la modesta entidad de las infracciones que componían su itinerario, bien por haber sido conocida sólo una vez capturados sus integrantes, bien porque la opinión pública vino a saber de ella mucho tiempo después de su constitución, etc.), en nada mengua la granítica regla del *id quod plerumque accidit* que inspira su disciplina legal ni deshace la presunción absoluta de antijuridicidad que rige las conductas incriminadas. So pretexto de un riesgo imaginado – huelga recordar que, por su carácter eminentemente realista e individualizador, dentro del Derecho punitivo las presunciones absolutas se convierten en huera fantasías –, asoma aquí la fea cerviz del castigo de la desobediencia, y el delito se aleja visiblemente del bien al que parecía orientado. Por algo entre los autores que quieren salvarlo de las críticas que la supina abstracción de su injusto merece, se subraya hoy la necesidad de acentuar el riesgo que comporten estas agrupaciones, sea mediante la exigencia de una estructura estable y organizada (de lo que se hizo eco el Código suizo pocos años atrás, en la redacción que impuso a una figura antes desconocida en

(28) *Programa de Derecho criminal*. 10 vols. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 4. ed., 1986. t. VIII, cf. p. 116.

(29) *Idem*, *ibidem*, cf. p. 144.

(30) El reconocimiento de un peligro abstracto como nota distintiva de la infracción es virtualmente unánime en la doctrina. Cf., por todos, Castaldo, en *loc. cit.*, p. 13 y 14.

el país),³¹ sea ciñendo el objeto social a delitos de particular gravedad.³² Mas – y parafraseando la advertencia de Trechsel acerca de la justificación políticocriminal del que nos ocupa – el remedio puede resultar peor que la enfermedad.³³ El requisito de la organización, exacerbado, quedaría muy en la línea de la teoría de la autotutela estatal; es más, convendría a esa lógica de guerra, de amigos y enemigos, que entenebrece, por desgracia, las medidas adoptadas por diversos Estados en la lucha contra la criminalidad organizada. De otra parte, lo mismo si se circunscribe los delitos que constituyen el fin de la asociación criminal común, que si se edifica asociaciones especiales, o sea, enderezadas al tráfico de estupefacientes o a otro objetivo tan angosto como éste, la ya feble autonomía del maleficio se diluye por completo y cobran primer relieve los bienes que, en su caso, ofenderán los ilícitos a que se aplique el consorcio, con el consiguiente reforzamiento del carácter preventivopolicial de un delito ahora carente de objeto jurídico propio, pero al que el Estado acude presuroso dada su impotencia para salvaguardar lo que en verdad interesa, los bienes individuales amenazados por la actividad de estos entes.

En una palabra, la desatención al principio de ofensividad es el aspecto más sospechoso en el régimen legislativo de la asociación criminal. El peligro abstracto al orden público viene a ser un efugio, la apariencia que oculta aquello que el Estado pretende al forjar la infracción, a saber, anticipar la tutela de los bienes comprendidos en el objeto social. Pero no avalan el temperamento los principios rectores del *iter criminis* – pues tampoco principia, con la mera existencia de la asociación, el proceso ejecutivo de un secuestro, pongo por caso, ni “asociarse para delinquir” constituye resolución manifestada de delito alguno – y un peligro ausente, tanto en lo que concierne a bienes jurídicos singulares, como en lo que toca al mismo orden público. Puede que, según una opinión reiterada en la doctrina, la asociación criminal sea fontana y germen de conspiraciones; pero la conspiración, pienso yo, es neutra para las interdicciones jurídicas. Empinándonos sobre las formas y ateniéndonos a la substancia de las cosas, la asociación ilícita no es más que un *estado peligroso sin delito*, algo de muy dudoso merecimiento de pena. A la réplica de que los bienes jurídicos de difusa substancia, cual el orden público, demandarían reglas especiales a la hora de diseñar los delitos correspondientes, y que acto seguido cohonestar para aquéllos la técnica del

(31) El § 260 *ter* (*Kriminelle Organisation*), introducido al Código en marzo de 1994, dispone en el apartado primero: “Quien tome parte en una organización que, por su estructura y composición personal, permanezca secreta y persiga el fin de cometer crímenes de violencia o de enriquecerse con medios delictivos, y quien ayude a una organización semejante en su actividad criminal...”.

(32) Por la última opción, De Vero, “I reati associativi nell’odierno sistema penale”. *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, cit., nueva serie, año XLI, fascículo 2, abril-junio de 1998, cf. p. (385 y ss.) 397-398, y, decididamente, Spagnolo, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, en la misma revista, serie y año, fascículo 4, octubre-diciembre de 1998, cf. p. (1161 y ss.) 1165.

(33) *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937*. Kurzkommentar. Zürich: Schulthess, 1997. 2. ed., cf. p. 853, con cita de Gunther Arzt.

riesgo abstracto adoptada en éstos, no creo se deba prestar aquiescencia. El *nullum crimen sine iniuria* y los restantes principios cardinales del Derecho punitivo, valen para todos los delitos y cada una de las penas, sin excepción. De que así haya que entender las cosas, es testimonio la reforma que, en los Códigos más recientes, se ha introducido a una serie de delitos contra bienes difusos – la seguridad pública, por ejemplo – para que el injusto típico refleje al menos una probabilidad de contacto entre los actos incriminados y el bien que interesa. Mientras esta elemental exigencia siga pendiente de realización en las asociaciones ilícitas, éstas se substraerán a la necesidad de la pena, si es verdad que el esencial apotegma descansa, a fin de cuentas, en que exista un bien que cautelar y los actos que el tipo atrape lo vulneren.

3. Antes he manifestado la necesidad de comprimir – lo pide el carácter de esta exposición – las grandes diferencias existentes en las legislaciones a propósito del lavado de dinero³⁴ en una noción abstracta, que aquí lo contempla como una serie de actos de favorecimiento, por ocultación, conversión o transferencia, y de aprovechamiento, para sí o para otro, de bienes de significación económica y que proceden de delitos graves. Me hago cargo de lo forzado del intento y las limitaciones que esta generalización traza de antemano, no sólo a la materia que rudimentariamente procura representar, sino al alcance de las consideraciones que a su abrigo incorporo a nuestro tema. Con todo, tampoco quienes reelaboran el delito con arreglo a su expresión concreta en un Derecho punitivo dado consiguen ponerse de acuerdo acerca de capitales nudos interpretativos de la figura, ni sobre el sentido que ha de atribuirse a ese verdadero torrente de definiciones, términos, verbos y giros gramaticales que, cuando no se superponen entre sí o a los de tipos delictivos de mejor alcurnia – generando, a veces, enojosos concursos –, revelan, en todo caso, el indisimulado designio de cerrar todo espacio posible a la impunidad.

Por lo pronto, el problema del objeto jurídico es uno de los que más controversia despierta, y “esto no es decir poca cosa, tratándose de tipificaciones tan críticas”.³⁵ Sólo un punto parece pacífico en la doctrina, a saber, que múltiples serían los intereses individuales y supraindividuales que pueden verse lastimados por la conversión de bienes adquiridos mediante ciertos crímenes en activos de lícita apariencia, y, de consiguiente, que la que nos ocupa sería una infracción pluriofensiva o, en palabras de Politoff, de objetividad jurídica compleja.³⁶ Las disidencias, empero, reviven a la hora de establecer cuál de dichos intereses debe considerarse predominante en la valoración jurídica que le otorga vida autónoma.

(34) Para una visión comparativa bastante completa del delito, subrayando tales diferencias, cf. Cervini, *Lei de lavagem de capitais*, cit., p. 185-261 (“Normas a nivel nacional sobre lavado de dinero”).

(35) *Idem*, p. 258.

(36) “El lavado de dinero”. *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, obra colectiva coordinada por Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1999. p. (3 y ss.) 44.

Un importante grupo de autores la adscribe al *régimen económico de la comunidad*, nombre que dio Rivacoba, mi maestro, para designar el conjunto de condiciones de las que dependen la organización y el funcionamiento económicos de una sociedad determinada,³⁷ y al que también se llama, desde Ripert, *orden público económico*.³⁸ El razonamiento se basa en un juego de probabilidades que toma como referencia un crecido número de tales condiciones, amenazadas por el lavado, y en la hoy ingente dimensión cuantitativa de los flujos de dinero sucio que maneja la criminalidad organizada en el corazón de las economías. De todo lo cual se seguirían múltiples secuelas, todas ellas nocivas para los sistemas financieros y el orden económico globalmente considerado. Cervini y Terra de Oliveira resumen las más importantes en este catálogo: fenómenos de sobrereacción de los mercados financieros, al ser objeto de movimientos especulativos que provocan oscilaciones inesperadas en las tasas de interés y el valor de las divisas; influencias sobre la autonomía y las actividades de las empresas; contaminación de la libre competencia; incertidumbre e inestabilidad en los organismos no bancarios de intermediación financiera; perjuicio en la liquidez y operatividad de las entidades bancarias y de crédito en general; creación de monopolios o grupos económicamente dominantes; merma en la independencia económica de los países por la distorsión de las correspondientes políticas gubernamentales y los presupuestos públicos, y, en fin, pérdida de solidez, estabilidad y credibilidad de todo el sistema financiero.³⁹

Bajo Fernández y Suárez González, entre otros, han formulado varias objeciones a esta concepción y los fenómenos que la sustentan.⁴⁰ Primero, que el temor de que las organizaciones criminales de mayor poder lleguen a controlar, en virtud del blanqueo masivo de activos, esferas completas de las economías nacionales, deja de lado que éstas, con efecto y en gran medida, ya están sometidas al imperio de unos pocos grupos o personas. En seguida, que el hecho de traer a la legalidad valores oriundos de la economía sumergida, puede considerarse incluso beneficioso en términos económicos y fiscales, pues siempre será mejor que el Estado los controle, sometiéndolos a parejo régimen de obligaciones y gabelas que el que grava las ganancias lícitas. Luego, que para sancionar los eventuales fraudes a la Hacienda pública que estos actos suelen comportar, el Estado ya dispone de un arsenal de mecanismos protectores, civiles, administrativos y

(37) "Los llamados delitos socio-económicos en los Códigos penales y en los proyectos iberoamericanos y en la Propuesta de anteproyecto español de Código penal", *Los delitos socio-económicos*. Madrid: Edición de Marino Barbero Santos, 1985. p. (71 y ss.) 81.

(38) *El régimen democrático y el Derecho civil moderno*. Traducción de José M. Cajica, Puebla, 1951. cf. p. 222-224.

(39) *Lei de lavagem de capitais*, cit., cf. p. 104-105 y 321.

(40) Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, "Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española". *Revista chilena de Derecho*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 22, n. 2 (monográfico: Derecho penal y criminología), mayo-agosto de 1995. p. (227 y ss.) 239-241.

penales, de las rentas del fisco. Además, que la pretensa competencia desleal estimulada por posiciones económicas que disfrutan de recursos obtenidos al margen de la licitud, se funda en una serie de supuestos no demostrados, como el de que la economía sumergida rinde siempre más beneficios que las actividades lícitas, o que el capital conseguido en las últimas lo sea a un costo invariablemente mayor respecto del que tienen que erogar los agentes del lavado. Sucesivamente, la idea de que los fondos lícitos deben tener un destino asimismo legal, y aquella, opuesta, de que el rendimiento del lavado irá a parar a aplicaciones nefandas, constituirían apriorismos, a los que desmienten el pasivo en las contabilidades "paralelas" de irreprochables instituciones y la circunstancia de que los valores malhabidos por más oscuros personajes, una vez que y precisamente porque son reciclados, pasan a girar en la economía formal bajo condiciones análogas a las de cualquier capital. En fin, que "cuando se sostiene que el blanqueo de capitales lesiona el propio sistema financiero, se está pasando por alto que el sistema financiero no es más que un instrumento *neutro* que sirve para canalizar los capitales que afluyen al mercado y que en modo alguno se ve afectado en su funcionamiento por el <origen> de los propios capitales".⁴¹

A mi entender, estas objeciones son correctas punto por punto. Cuando la teoría del orden público económico pretende para sí el objeto jurídico del lavado, no se cuida, sin embargo, de precisar las condiciones en que reposa el capitalismo de la época presente, con lo cual el vínculo necesario que llevaría del primero a las segundas y las perjudica resulta menos paladino que lo que a primera vista parece. Está fuera de duda que los sistemas financieros y los diversos mercados que los componen son un instrumento clave para la circulación del capital, pero los principios que rigen la marcha de tales mercados y sistemas en las economías abiertas del mundo contemporáneo no tienen por qué resultar incompatibles con que por sus venas circule ilegítimo caudal. De hecho, si algunos gobiernos, aun los de ciertos países industrializados, se entregan de tarde en tarde al ejercicio de mirar con ojo complaciente, por no decir cómplice, la entrada a sus países de divisa de dudosa procedencia, con tal de que ésta estimule la inversión y contribuya al desarrollo de la economía nacional, es porque intuyen que las reglas vigentes del sistema financiero son ciegas para la estimación moral. Así las hemos creado y con ellas hemos de vivir. El capital no tiene patria; tampoco las calificaciones que en molde ajeno puede esculpir la valoración ética. Es más, toda esa batería de términos moralizantes con que se nombra este argumento (dinero "sucio", "contaminación" o "envenenamiento" de los mercados, economía "negra", etc.), predispone a la sospecha y lleva a preguntarse qué es lo que de veras se pretende castigar aquí, si la concreta afectación de un interés jurídicamente relevante o, antes bien, formas de vida y modos de ser reprobados. Que venga espontáneo a las mentes el arquetipo del oportunista que pesca en el revuelto río de la ilegalidad y recaba provecho de la estela que el delito deja tras sí, coincide con la circunstancia, ya develada por Luiz Flávio Gomes, de que la

(41) Idem, p. 241.

legislación contra el crimen organizado nos obsequia a menudo con tipos normativos de autor, entre otros excéntricos tópicos de idéntico sello totalitario.⁴²

Por último, milita en contra de esta doctrina el propio diseño de los tipos. Pues si en ellos caben actos cuyas características los tornan aptos, según formula la teoría, para incidir en el sistema financiero, también capturan una congerie de situaciones en que tal idoneidad no existe, como la de quien, sabedor de la mácula que le imprime su linaje, cambia o recibe en pago un billete de cien dólares. Entonces, el lavado de dinero llega a ser un delito de peligro abstracto, tipo abierto el que lo aloja y el juego de posibilidades delineadas por la política criminal que da *mano forte* a este grosero atentado contra los principios de legalidad, ofensividad y proporcionalidad, es tan sólo el pretexto que luego utiliza el legislador para dar apariencia jurídica, so capuz de salvaguardar la economía del país, a un simple golpe de su voluntad.

A la teoría que cifra la objetividad jurídica del lavado de dinero en un ataque contra la *Administración de Justicia* han dado su aprobación muchos autores, amén de aquellos Códigos, ejemplo de los cuales es el suizo,⁴³ que incardinan el delito bajo el epígrafe correspondiente a este interés estatal dentro del plan que distribuye sus disposiciones. La afectación de dicho interés se daría, "tanto en lo que se refiere al buen éxito de las pesquisas para establecer la existencia del delito de donde proceden los bienes <blanqueados>, como en lo que respecta a las posibilidades de embargo de tales bienes durante el procedimiento y de su ulterior comiso".⁴⁴

Sin embargo, las coincidencias del lavado de dinero con el favorecimiento real y la receptación, punto arquimédico de esta tesis, revisten un carácter más formal que substantivo y pierden nitidez no bien traemos a colación el criterio de la mano del cual el liberalismo decimonónico diseñó la tipología del encubrimiento propiamente dicho. En efecto, si éste ofende, lesionándola, la Administración de Justicia, es porque el encubridor *entorpece* la recta marcha de la jurisdicción criminal, sea ocultando o destruyendo elementos que servirían de prueba en el juicio, sea escondiendo o proporcionando la fuga al culpable, sea, en fin, facilitándole el provecho que pretende de los efectos del maleficio o aprovechándose por sí mismo de éstos el encubridor. Todas las formas de encubrimiento quedaron, pues, sometidas a una doble limitación, basada en el principio, irrenunciable para el pensamiento liberal, de ser tarea del Estado, sus órganos y agentes el establecimiento de la entidad fáctica de los delitos, y de que el *auxilium post delictum*, aunque debiese ganar aquella autonomía de que una tradición secular lo privó, tampoco podía extenderse hasta el infinito. De ahí que

(42) "Criminalização e Direito penal mínimo". *Boletín del Instituto brasileiro de Ciências criminais*, São Paulo, año 2, n. 21 (extra), septiembre de 1994. p. 7.

(43) En el § 305 *bis* (*Geldwäscherei*), ubicado bajo el título XVII (*Verbrechen und Vergehen gegen die Rechtspflege*), libro II.

(44) POLITOFF LIFSCHITZ, op. cit., p. 46.

en él cobraran relevancia sólo las formas comisivas y directas de actuación antijurídica. Encubridor podía ser únicamente quien se convierte en motivo perturbador de la jurisdicción, no el justiciable que rehúsa u omite colaborar con jueces, alguaciles o corchetes. De lo indigno, insoportable que esta última posibilidad pareció a los espíritus amantes de la libertad, a quienes tienen a los hombres como ciudadanos, antes que por una masa amorfa de vasallos, da cuenta esta frase que Filangieri estampó para la inmortalidad: el augusto carácter de quienes administran justicia, dice, “merece la veneración pública, del mismo modo que los abusos de su autoridad merecen el rigor de la ley. El ciudadano en naciendo contrae la obligación de respetar y obedecer sus órdenes, y *de no oponerse a la administración de justicia*, protectora de la libertad civil”.⁴⁵ Asimismo, circunscribir la responsabilidad al encubridor directo, era el corolario consecuente de una ideología política y un nervio moral adversos a hacer de cada individuo un sospechoso y a enrarecer la convivencia con rumores, celadas y anónimos estimulados por leyes que, lejos de rendir beneficio al Estado, terminan perjudicando su actividad preventiva, preservadora de las libertades, toda vez que – permítaseme adoptar aquí las encendidas frases con que Beccaria fustigó la talla – aquella sobre el encubrimiento en cadena o de cosas substituidas, “*in vece de prevenire un delitto, ne fa nascer cento*”.⁴⁶

Nada de esto apreciamos en el régimen del lavado de dinero. A la modalidad omisiva de encubrir da éste recio espaldarazo. La obligación de denuncia adquiere proporciones alarmantes y afecta a personas que ni invisten funciones públicas ni son órganos colaboradores de la jurisdicción.⁴⁷ El reciclaje de objetos substituidos y el encubrimiento en cadena son moneda corriente, por lo que el número de responsables, en una secuencia que no toma ni da reposo, se dispara hacia el horizonte sin fin de la imaginación. La teoría del *desplazamiento de las cargas de*

⁽⁴⁵⁾ *Scienza della legislazione*. 4 vols. Napoli, 1780-1783, que cito de la traducción castellana de Jaime Rubio, en 10 vols., Madrid: Imprenta que fue de Fuentenebro, t. VII, 1813, 2. ed., p. 82-83. El subrayado nos pertenece.

⁽⁴⁶⁾ *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta delle lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*. A cura di Franco Venturi, Torino: Einaudi, 3. ed., 1973. p. 88.

⁽⁴⁷⁾ La legislación comparada ofrece al respecto numerosos ejemplos, de los que entresacamos, por su clamoroso carácter, el artículo 21 de la Ley chilena 19.366 (que sanciona en tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y, en su artículo 12, el lavado de bienes procedentes de tales prácticas), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado lo fijó el Decreto con fuerza de ley 1, de 18 de octubre de 1995. El párrafo segundo de esta disposición impone las mismas penas que el primero asigna al funcionario público que omite denunciar los delitos contemplados en la Ley, a quien, “en razón de su cargo o de la función que desempeña, tomase conocimiento de alguno de los hechos a que se refiere el artículo 12 y, por beneficio de cualquier naturaleza, *omitiera denunciarlo* a la autoridad correspondiente; u ocultare, alterare o destruyere cualquier tipo de prueba del mismo o de sus partícipes”.

vigilancia, el monacorde complemento de las leyes represivas del lavado y sus fenómenos concomitantes, convierte en garantes de la Administración de Justicia un círculo impensado de personas, sobre todo las que trabajan en instituciones financieras, e instituye lo que con acierto y gracia llama Cervini una *leva civil*, una policía especial que confiere "a sus integrantes rango de centinelas y un estatuto militarizado, según un código de derechos y obligaciones exigible, no sólo bajo responsabilidad administrativa, sino, también, bajo responsabilidad penal".⁴⁸ Tampoco hablan a favor de esta teoría las penalidades del lavado, que se desproporcionan considerablemente respecto de las de delitos que hacen blanco más serio en la Administración de Justicia, como el falso testimonio o la prevaricación - en algunos ordenamientos equivalen nada menos que a las del homicidio, cuando no son todavía más altas -,⁴⁹ y la falta de explicación convincente para el hecho de que la ley reduzca esta forma especial de encubrimiento a un *numerus clausus* de delitos previos (el tráfico ilícito de estupefacientes, primero entre todos), en circunstancias que, desde el punto de vista del debido funcionamiento de la jurisdicción, la índole del delito encubierto resulta indiferente.⁵⁰ En suma, el lavado de dinero es apenas un vástago espurio del genuino encubrimiento, y hay que rastrear por otros derroteros su objeto jurídico.

Pero aunque esta teoría no acierte a caracterizarlo, tiene cuando menos el mérito de acercarnos al sujeto que se siente tocado por semejantes conductas y a sus motivos para reprimirlas. Al hacerlo, el Estado pretende acorralar el dinero sucio, impedir que éste entre en el ambiente de la legalidad, inhibir la reiteración de los delitos de que tales valores provienen y, muy especialmente, cercenar el sustento económico de la criminalidad organizada. Afirmaciones como éstas llenan folios y folios en las exposiciones de motivos de leyes y tratados internacionales sobre el particular.⁵¹ Para materializar el propósito, se ha creado el delito

(48) *Lei de lavagem de capitais*, cit., p. 177.

(49) En efecto, el artículo 12 de la ley mencionada en nota 47 impone al lavado una pena privativa de la libertad igual a la que el Código chileno (artículo 391, 2.º) establece para el tipo básico del homicidio, más una multa. La irracionalidad se ha enseñoreado también del antaño notable Código peruano. Su artículo 296, B, incorporado por el artículo 2.º de la Ley 26.223, de agosto de 1993, establece la prisión [perpetua] ("cadena" perpetua, según el texto) como pena *única* del delito, al paso que el asesinato (art. 108) se castiga con una, ya de suyo severa y desproporcionada, privativa de la libertad de hasta treinta y cinco años - veinticinco, en la redacción original del Código -. Las incontables reformas que estropean el documento que comentamos nueve años atrás (cf. *El nuevo Código penal del Perú [1991]*. Revista *Doctrina penal*, de Buenos Aires, año 14, ns. 55-56, junio-diciembre de 1991, p. 631-731), cuando entró en vigencia, nos mueven a pensar que este Código sufrió, como el propio país, un "autogolpe" de Estado.

(50) SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., cf. p. 243.

(51) V. gr., la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada por la Conferencia de este organismo en su sexta sesión plenaria el 19 de diciembre de 1988.

de lavado de dinero. No como un fin en sí, dotado de un bien jurídico que justifique su emplazamiento en el catálogo de la Parte especial; tampoco, en el fondo, para una salvaguarda ulterior de los bienes ya afectados por los delitos que proveen el objeto material directo al lavado. La norma toma como fin precipuo los futuros ilícitos que se teme emprenderá la criminalidad organizada con el fruto de sus fechorías, ahora limpio del funesto marchamo. La anticipación de las barreras típicas va incluso más allá que la que señalamos en las asociaciones ilícitas. Asistimos a una forma de peligro abstracto del peligro abstracto; mejor, a un *estado peligroso sin delito... de un estado peligroso sin delito*, algo que ni aun el más empecatado de los positivistas habría podido concebir.

Claro está que esta lógica conviene a un Derecho penal del enemigo y una organización política de signo totalitario. De hecho, la teoría que reconduce la infracción a los delitos contra la seguridad del Estado existe en doctrina, pues, según se asevera, al ver incrementado su poder económico, la criminalidad organizada puede infiltrar sus indeseables prácticas en la Administración pública, los Poderes judicial y legislativo, y socavar las bases de todas las instituciones más importantes de un Estado de Derecho. Que entonces éste se defienda haciendo tabla rasa de sus principios más caros, no es sino el triunfo de la doctrina de la autotutela estatal. El objetivo superior de defender sus condiciones de existencia permite todo. No basta con pergeñar delitos carentes de bien jurídico y que se substraen por completo a la necesidad de la pena; hay que acorazar, además, su aplicación práctica. El contenido de los preceptos complementarios de índole procesal o administrativa que normalmente es dable hallar en las leyes represivas del lavado – donde se regula formas de delación premiada, la inversión de la carga de la prueba, un comiso que recuerda, por su inaudita amplitud, la vieja confiscación de bienes, agentes provocadores, pruebas privilegiadas, el levantamiento del secreto bancario y la obligación de denuncia,⁵² y brilla, pues, con siniestra luz el *Malleus maleficarum* de la posmoderna “aldea global” –, guarda perfecta simetría con el prurito de rodear a la entidad estatal con una tutela compacta, substancialista, agotadora, que despedaza elementales garantías del individuo.

Mas al hacer acopio y uso de semejantes mecanismos de autotutela, el Estado incurre en una dúplice contradicción. Ante todo, porque rebaja su majestad a un plano incluso inferior al del delincuente. Sólo éste puede obrar *contra ius*; por su libertad de escoger entre lo lícito y lo ilícito podemos dirigirle el reproche que amerita haberse dejado determinar por lo antijurídico. El Estado, no. El Estado existe por y para el Derecho; carece de razón de ser y no tiene vida alguna fuera del Derecho. De suerte que cuando vulnera los principios y reglas que legitiman su actuación frente a los ciudadanos, pierde parte de su justificación política y resta valor moral a su magisterio. Entonces sus leyes tienen sólo forma, mas no contenido jurídico, y el Derecho cede paso a la pura fuerza de imposición de una voluntad que supedita las demás.

(52) Cf. CERVINI, en *Lei de lavagem de capitais*, cit., p. 188-191.

En definitiva, esa voluntad aleja al ciudadano del saludable temor a las leyes penales. Concebidas de tal guisa, éstas no merecen crédito ni son obra de una autoridad soberana. Quien tiene la fuerza y el legítimo poder de defenderse y defender, no necesita apuntalarlo sondando en el cieno del capricho arbitrario. “*Questi – oigamos de nuevo a Beccaria, cuyas palabras parecen escritas para esta época y estas situaciones – sono gli espedienti delle nazioni deboli, le leggi delle quali non sono che istantanee riparazioni di un edificio rovinoso che crolla da ogni parte*”.⁵³

⁽⁵³⁾ Op. et ed. cit., p. 88. El derrumbe, adaptando la admonición de Beccaria a la actualidad, no es otro que el de las funciones públicas de los Estados singulares bajo las tenazas de la aclamada – pásenos, en gracia al uso, el término – “globalización”.