

33

IN S'PRAXIDE ET PRO

Revista

Enero 2014

33

Revista Penal

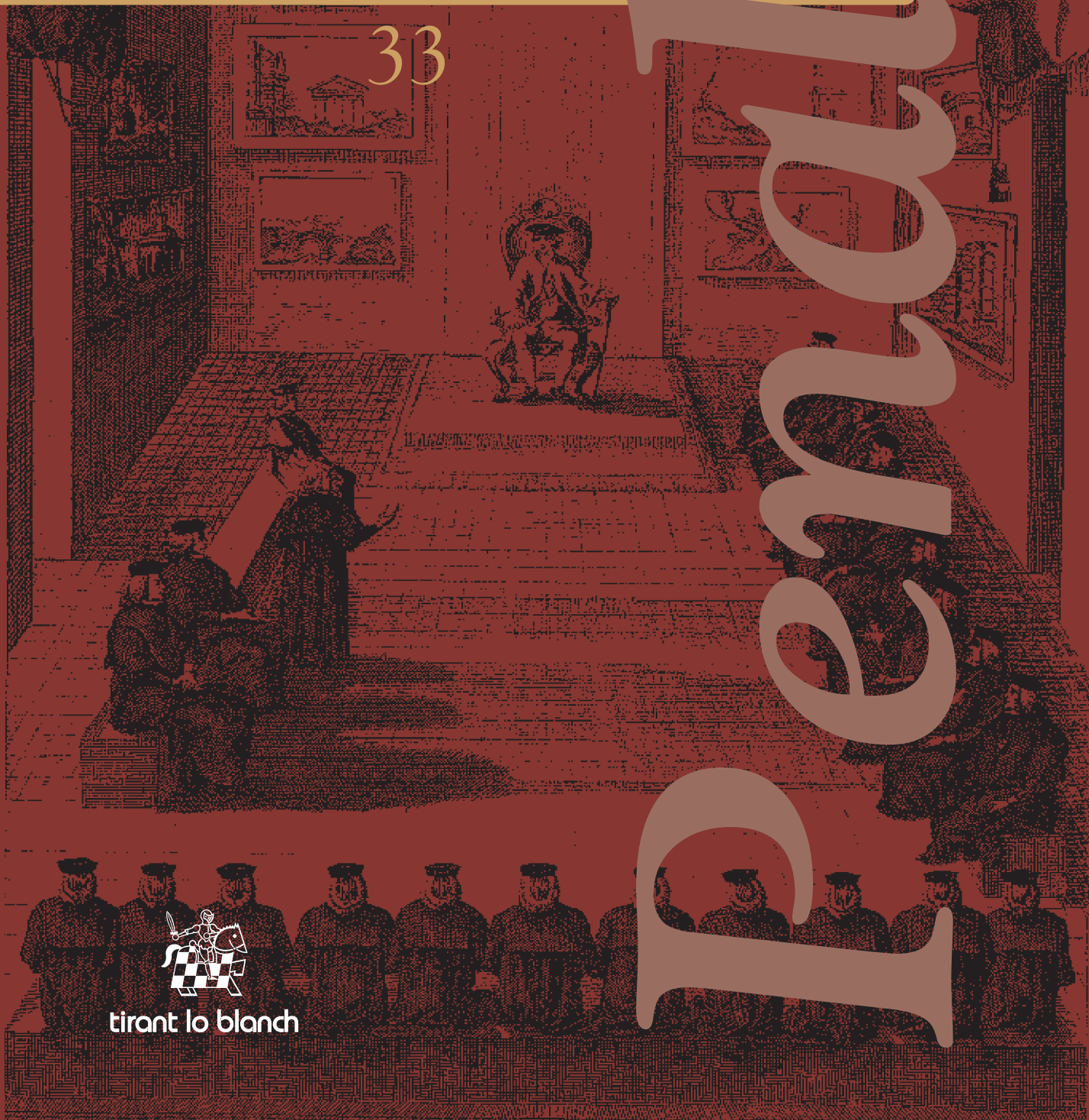
Enero 2014



tirant lo blanch



Penal



Revista Penal

Número 33

Sumario

Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i>	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i>	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– Sobre la accesoriadad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i>	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i>	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i>	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i>	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	208
Especial: Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	218
Sistemas penales comparados: Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
Bibliografía Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	281
In Memoriam	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i>	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	291
Crónica: Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i>	293
Informe final del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ.Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurre Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera

Ana Isabel Pérez Cepeda

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

Ficha técnica

Autora: Ana Isabel Pérez Cepeda

Adscripción institucional: Catedrática (a) Universidad de Salamanca.

Sumario: I. Introducción. II. El desorden legal mundial de la economía financiera. III. Concepto y extensión de la delincuencia económico-financiera. IV. Jurisdicción, asistencia y cooperación en la delincuencia transnacional económico-financiera. V. El derecho penal del riesgo y el derecho penal internacional financiero. VI. Epílogo

Resumen: El presente artículo analiza, desde un punto de vista político-criminal, el fenómeno de la delincuencia transnacional financiera en nuestros días. Para ello, se parte de un estudio de las causas y efectos del sistema económico-financiero. Posteriormente, se examina el concepto y extensión de la delincuencia financiera, se valora la necesidad de adoptar medidas de jurisdicción, asistencia y cooperación internacionales, así como la conveniencia de aplicar un derecho penal del riesgo y un derecho penal internacional financiero sobre la materia. Finalmente, se realiza toda una serie de propuestas político-criminales orientadas a mejorar la prevención y la criminalización de la delincuencia financiera.

Palabras clave: Delincuencia transnacional financiera, Política criminal, prevención, cooperación internacional, represión penal de la delincuencia financiera.

Abstract: This paper analyzes the phenomenon of the transnational financial crime nowadays from a criminal policy point of view. For this, it starts from the study of the principal causes and effects of economic and financial system. Then, it examines the concept and scope of financial crime, it evaluates the need for action jurisdiction, international assistance and cooperation, as well as the appropriateness of applying risk a criminal law and international criminal law on the subject finance. Finally, it suggests several criminal policy proposals in order to improve the prevention and the criminalization of financial crime.

Key words: transnational financial crime, Criminal policy, prevention, international cooperation, criminal repression of financial delinquency.

Observaciones: Este artículo se realiza en el marco del proyecto de investigación: Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional, Ministerio de Economía y Competitividad, (Referencia DER2012-31368).

Recepción del artículo: 12/09/2013

Evaluación favorable: 9/10/2013

I. INTRODUCCIÓN

La globalización se ha convertido en la ideología del dominio del Mercado mundial o la ideología del neoliberalismo, reduciendo la mundialización a una dimensión, la económica-financiera¹. Con la transnacionalización del capital a través de las fusiones y flujos, la libertad de los movimientos internacionales de capital, se crean los mercados financieros globales o la llamada globalización financiera, que dan origen a la denominada “ingeniería financiera”, resultado de la desregulación de las finanzas. A través de ella, se convierten los créditos/deudas en activos financieros comercializables en los mercados mundiales, gracias a la libertad de los movimientos internacionales de capitales sin control de las autoridades de supervisión. Estas fianzas no sólo se han sustraído a la intervención fiscal del Estado, sino que además pueden amenazar con hacer uso de su opción de salida cuando desde un gobierno se implanten condiciones gravosas para la inversión intentando proteger los valores sociales y preservar la seguridad en el empleo². Se trata de un imperialismo económico-financiero, bajo el cual las empresas e inversores exigen las condiciones básicas en las que optimizar sus recursos y su capital, pueden en cualquier momento trasladar sus operaciones dondequiera que deseen, cuando una jurisdicción cualquiera no se acomoda a sus intereses, y la especulación domina el mercado del capital a través de productos financieros muchas veces residenciados en paraísos fiscales.

Frente a esta dinámica, los Estados ya no gobiernan, es más se muestran indefensos e incapaces, en la medida en que ellos mismos han tenido que acudir

al mercado del capital para su propia financiación, y han sido víctimas de amenazas y acciones contra su solvencia económica. Por tanto, sólo gestionan las consecuencias negativas del proceso de globalización económica, con las limitaciones impuestas por la necesidad de tener que propiciar las condiciones favorables para la valorización del capital inversor, es decir, con los condicionamientos fácticos de un predominio casi absoluto del mercado financiero en declive del pensamiento keynesiano y del Estado de Bienestar, lo que ha generado un deterioro de condiciones de vida de importantes segmentos sociales y el incremento de la desigualdad.

Estamos asistiendo a la difusión de un capitalismo desorganizado, que realiza la utopía del anarquismo mercantil³ y financiero, donde ningún organismo internacional hasta ahora haya intentado implementar mecanismos regionales de integración global, que lleguen a ser capaces de articular algún tipo de medidas de control y de organización frente a las transacciones económicas transnacionales⁴ y el mercado financiero. El problema principal con el que nos encontramos es que ante este inmovilismo de los gobiernos estatales y de los organismos internacionales frente al poder económico globalizado, se traduce en un creciente dominio del delito económico y financiero que tiende a adueñarse de la economía mundial, en la medida en que las actividades económicas y financieras adquieren cada día mayor similitud con las prácticas mafiosas⁵.

La crisis financiera y económica de los últimos años, pone de manifiesto los daños que pueden causar los delitos económicos y financieros, que incluyen la pérdida de credibilidad de las empresas y las instituciones,

1 El núcleo ideológico del globalismo reside, según BECK U., *¿Qué es la globalización?, Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Estado y sociedad, 2001, p. 27, en dar al traste con una diferencia fundamental entre política y economía. El globalismo pretende que un edificio tan complejo como Alemania, es decir, Estado, sociedad, cultura, política exterior, debe ser tratado como una empresa.

2 Ante esta situación, el estado-nación se muestra impotente, como señala CASTELLS, M., “La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura” en *El poder de la identidad*, Volumen II, ALIANZA, Madrid, 1998, p. 282, “para controlar la política monetaria, decidir su presupuesto, organizar la producción y el comercio, recabar los impuestos sobre las sociedades y cumplir sus compromisos para proporcionar prestaciones sociales. En suma se ha perdido parte de su poder económico”. Es esto lo que explica que las instituciones y organismos supraestatales, a nivel mundial o en grandes áreas económico-políticas, estén asumiendo competencias que hasta hace poco eran exclusivas de los Estados.

3 Vid., BECK U., *¿Qué es la globalización?, Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, op. cit., p. 17.

4 Para HABERMAS, J., “El estado-nación europeo y las presiones de la globalización”, en *New Left Review*, n.º 1 (“El nacionalismo en tiempo de globalización”), febrero 2000, p. 124, se ha producido una erosión de las prerrogativas del Estado-nación que se manifiesta en: “a) el declive de los recursos del estado para efectuar tareas de control; b) los crecientes déficit de legitimación de los procesos de toma de decisiones; y c) una creciente incapacidad de desempeñar el género de funciones directivas y organizaciones que contribuyen a asegurar la legitimidad”.

5 ZAFFARONI, E. R., “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, ejemplar mecanografiado de una conferencia pronunciada en el 2º Seminario Internacional de Derecho penal organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias penales en México, 1999, pp. XI y s.

la bancarrota y la pérdida de empleo. La capacidad de las grandes empresas y entidades financieras para quebrantar la normativa que regula su actuación y la fragilidad del sistema capitalista y fiscal, dominado por una creciente desregulación y graves deficiencias de sus sistemas de control, han favorecido la crisis económica actual⁶. Esta crisis que no sólo es global sino sistémica, en la medida en que afecta al conjunto del sistema económico mundial con desastrosas consecuencias para los ciudadanos, tiene su origen, según un informe de la OCDE de 2009, denunció en algunas políticas fiscales y algunos factores la exacerbaron como: la exención o suspensión de impuestos sobre beneficios foráneos; las asociaciones con los refugios fiscales; los instrumentos híbridos (como las preferentes); los incentivos al crecimiento rápido de los beneficios bancarios (bonus excesivos). Fue también desde Wall Street y desde la City, que a través de sus sucursales en los paraísos clásicos, se distribuyeron retazos de las tóxicas hipotecas subprime y otros peligrosos productos híbridos, derivados por la desregulación del sector financiero. La inversión de miles de millones en títulos en sí carentes de valor, ha demostrado que los fraudes de control fueron la quiebra del imperio de la ley y que la legislación administrativa de inspección y control ha sido insuficiente o ineficaz. Además, ha puesto de manifiesto la desprotección los intereses de los inversores y su patrimonio individual, así como el incorrecto funcionamiento del mercado financiero y el sistema tributario, que han supuesto, incluso, una amenaza frente a la solvencia económica de determinados Estados.

No se puede obviar que, el consenso neoliberal del sistema financiero mundial ha garantizado el libre movimiento de capitales; y acordó únicamente modificaciones funcionales del sistema con exclusión de cambios estructurales. De hecho, no se adoptan medidas contra una las causas identificadas del colapso bancario: los centros *offshore* o paraísos fiscales⁷ como parte del *shadow banking* o banca en la sombra junto con otros elementos de riesgo sistémico para los mercados financieros, como los derivados, los repos, las finanzas estructuradas con filiales bancarias para recaudar fondos para el banco matriz⁸. Con el término banca en la sombra se denomina a unos agentes en los mercados financieros que proporcionan servicios bancarios sin estar regulados como los bancos ordinarios, siendo el caso típico los fondos de alto riesgo.

El atractivo de los paraísos fiscales, como señala HERNÁNDEZ VIGUERAS, no son sólo los bajos impuestos, sino también una desregulación financiera que ofrece unas normativas muy laxas para el establecimiento de un banco, la creación de un fondo de inversiones o para la constitución de sociedades mercantiles, que son aplicadas por unas autoridades que cumplen con la regulación y la práctica del secreto bancario, de modo que para las operaciones financieras de los no residentes crean un espacio jurídico con beneficios fiscales y de regulación, pero estanco o desligado de la actividad económica local⁹.

Se debe poner de manifiesto que las sociedades mercantiles no realizan actividades económicas en los paraísos fiscales donde figuran registradas sino que son

6 JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "Contra el fraude fiscal y los paraísos fiscales", en *Mientras tanto*, 10/2011, <http://www.mientrastanto.org/boletin-96/ensayo/contra-el-fraude-fiscal-y-los-paraisos-fiscales>

7 El problema surge al definir qué es un paraíso fiscal. La OCDE lo definió en 1998 como territorios con baja fiscalidad y una alta opacidad financiera. Poco después publicó una lista con 35 países o territorios identificados como paraísos fiscales. La ONU tiene censados hasta un total de 74 territorios opacos, aunque otros estudios —por ejemplo el "índice de secreto financiero" elaborado por TJN— señalan a casi 80 jurisdicciones no cooperantes. La OCDE estableció un criterio por el cual recomendaba a los países que establecieran acuerdos de intercambio de información para sacarlos de su lista negra. Actualmente la OCDE considera que no existe ningún territorio off-shore. Según, se denomina paraísos fiscales "centros financieros extraterritoriales u offshore" a ciertos países y territorios que han desarrollado una importante actividad financiera realizada por no residentes, atraídos por sus ventajas fiscales, legislativas y de funcionamiento para el negocio bancario y financiero. Por tanto, los beneficios fiscales que ofrecen no son para sus habitantes, por ello se denomina "offshore". Vid., HERNÁNDEZ VIGUERAS, J., *Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20*, Icaria, 2009, pp. 8 y ss. El FMI también ha homologado definitivamente a todos los paraísos fiscales como centros financieros normales. El pretendido mejor conocimiento por parte del FMI de la actividad financiera offshore, es decir, la supuesta mayor transparencia macroeconómica, no ha eliminado la opacidad de las transacciones extraterritoriales ni el secreto bancario ni la posición negativa de los centros financieros extraterritoriales frente a las demandas externas de intercambio de información y de cooperación judicial con los demás Estados. Ello, pone de manifiesto el fracaso histórico del Fondo Monetario Internacional como gestor de la estabilidad de un sistema financiero mundial.

8 HERNÁNDEZ VIGUERAS, J., "Los paraísos fiscales son una amenaza", en <http://www.attacmadrid.org/?p=9179>

9 En este sentido, vid., HERNÁNDEZ VIGUERAS, J., *Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20*, op. cit., p. 10.

meros instrumentos jurídicos para contabilizar operaciones realizadas fuera de ese país o territorio donde están domiciliadas (offshore)¹⁰. Sin embargo en las memorias anuales analizadas no constan ni las operaciones financieras llevadas a cabo mediante esas sociedades instrumentales, ni los beneficios contabilizados; simplemente figura la participación en la propiedad y el domicilio (virtual)¹¹. Y lo que más grave forman parte de la denominada banca en la sombra que legalmente queda fuera del control de los Bancos Centrales y difunde el riesgo globalmente. De hecho, la información pública sobre la exposición al riesgo de las instituciones financieras resultó ser totalmente inadecuada y difícil de interpretar, especialmente respecto a los holdings o sociedades de cartera y riesgos crediticios situados fuera de la contabilidad oficial de los bancos. Por tanto esta opacidad financiera es una aportación bá-

sica de los paraísos fiscales al negocio de las finanzas. Además, el secreto financiero internacional se ha ido extendido progresivamente a lo largo de todo el mundo, permitiendo que ricos e influyentes puedan evadir impuestos, al tiempo que en ocasiones llegan incluso a generar o amparar situaciones de corrupción castigadas por la ley¹². Todo ello ligado a la existencia de una criminalidad financiera internacional que utiliza los paraísos fiscales para el lavado de dinero “sucio” procedente del fraude fiscal, de la corrupción y de la delincuencia organizada. De manera tal, que la intersección entre economía legal y economía criminal marca la orientación de los movimientos financieros mundiales.

Actualmente, la amenaza para la seguridad y la estabilidad continúa porque la banca en la sombra sin supervisión de los Bancos Centrales crece día a día¹³,

10 Dos tercios del comercio transfronterizo internacional se desarrollan en el interior de las propias multinacionales. Por ejemplo, la empresa Apple, 2011 tributó menos de 2% por beneficios. En España el tipo nominal de sociedades: 30%, sin embargo, el tipo real si facturan más de mil millones/año: 17%. En España, el 80% de las empresas del Ibex 35 tienen presencia en paraísos fiscales a través de sociedades participadas. No informan de sus actividades allá, según el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa. Las inversiones en los búnkeres se disparan (en nueve meses de 2010 duplicaron las de 2009), mientras que en España la recaudación por el impuesto de sociedades se desplomó un 55% entre 2007 y 2009, pese a que los beneficios de las grandes empresas solo bajaron un 14% en el periodo. Vid., “Europa y el G-20 retan a los bukeres fiscales”, en El País, <http://economia.elpais.com/economia/2013/05/17/actualidad/1368812>. Se calcula que el fraude fiscal anual es de 44.000 millones €, del cual el 74% sectores financieros y políticos y el 8%: pequeña empresa/profesionales, actualmente en los Paraísos fiscales hay 8.5 billones \$, de los cuales Suiza, 2.2 billones \$ (recordemos el Caso Falciani-HSBC Ginebra aportó datos 130.000 cuentas opacas de más de 1 millón €, de las que 659 pertenecían a españoles), Caribe/Panamá, 1,1 billones\$, la previsión es que 2017 sean 11 billones \$ no sometidos a ningún tipo de fiscalidad. Un informe de la organización sin ánimo de lucro dedicada a la investigación del fraude fiscal internacional Tax Justice Network calcula que una décima parte del PIB mundial, entre 21 y 32 billones de euros está oculto en territorios off-shore. La Comisión europea estima que el 20% del PIB de los 27 países de la UE está oculto en paraísos fiscales. El fraude fiscal en nuestro país se sitúa entre el 20% y el 25% del PIB, es decir, entre 200 y 250.000 millones de euros sobre un PIB de 1 billón.

11 HERNÁNDEZ VIGUERAS, J., “Aumentan las sociedades en paraísos fiscales de los bancos del ibex 35”, en <http://www.laeuropaopacadelasfinanzas.com/2013/05/aumentan-las-sociedades-en-paraiss.html>. El gran flujo de dinero offshore —legal e ilegal, personal y corporativo— puede crear turbulencias en las economías nacionales y provocar el enfrentamiento entre países. La continua crisis financiera europea se ha visto negativamente influida por el desastre fiscal griego exacerbado por la evasión de impuestos en los paraísos fiscales offshore y por una crisis bancaria en el pequeño paraíso fiscal de Chipre, donde los activos de los bancos fueron inflados por oleadas de efectivo procedente de Rusia.

12 Los activistas contra la corrupción argumentan que el secreto bancario offshore socava el orden público y agota la paciencia y los medios de vida de los ciudadanos obligados a pagar más impuestos para compensar los que los ricos evaden. De los estudios realizados se desprende que los flujos transfronterizos de ingresos globales correspondientes a delitos financieros oscilan entre 1 billón y 1,6 billones de dólares al año. Durante los 15 meses de la investigación de ICIJ se encontró que además de las operaciones legales, el secreto y la laxa supervisión que ofrece el mundo financiero offshore facilita el fraude, la evasión fiscal y la corrupción política sin límites. http://www.huffingtonpost.com/2013/04/03/offshore-companiespoliticians_n_3008426.html.

13 HERNÁNDEZ VIGUERAS, J., “Aumentan las sociedades en paraísos fiscales de los bancos del ibex 35”, en <http://www.laeuropaopacadelasfinanzas.com/2013/05/aumentan-las-sociedades-en-paraiss.html>. “Desde que en 2009, después de la cumbre del G-20 en Londres, se afirmó que habían desaparecido los paraísos fiscales, sin embargo, el número de sociedades en países y territorios considerados como paraísos fiscales de los GRANDES BANCOS ESPAÑOLES ha aumentado significativamente en un 80 % desde entonces. Una consecuencia directa es la bajada de la recaudación tributaria empresarial, como destaca el estudio referido; la cuota líquida del impuesto de sociedades mercantiles pagada a Hacienda por grandes bancos y demás empresas del IBEX 35 bajó de 31,722 millones de euros en 2005 hasta 13,413 millones. Estos bancos han recibido avales y ayudas financieras directas o indirectas de los contribuyentes españoles, más aún, han recibido 40,000 millones de la Unión Europea y del FMI, según el acuerdo del rescate que puede alcanzar los 100,000 millones previsto en el Memorandum de entendimiento (MoU en siglas en inglés) firmado en 2012 por el actual Gobierno español. Sin embargo, en ese documento no se incluye ninguna exigencia para que eliminen de esas sociedades de los bancos en paraísos fiscales, aunque si se prevé el compromiso del Gobierno de una quita o reducción del importe de las conocidas participaciones preferentes, un “producto

y como sigue intacta la opacidad, rasgo básico de los países y territorios considerados paraísos fiscales, aumentan las operaciones internacionales con sociedades offshore, que operan comercialmente en cualquier bolsa o mercado. Estamos, pues, ante una realidad que tiene el epicentro en el sistema financiero, ámbito en el que la actualidad se desarrolla la actividad delictiva que atentan contra el orden socio-económico y la estabilidad del sistema financiero, dificultando gravemente una justa redistribución de la renta.

Para hacer frente a estos nuevos riesgos o peligros, deberíamos plantearnos si existe la posibilidad de intervenir y prevenir a través del Derecho penal siempre que sea compatible con los principios de un Estado de Derecho y con aquellos principios y categorías dogmáticas, que posibiliten y aseguren una atribución de la responsabilidad adecuada y coherente con el modelo. En este contexto, debe valorarse la posibilidad de que la Ciencia penal sin que pierda su connotación cultural humanista pueda asumir un papel tecnocrático estableciendo un sistema de reglas para legitimar la función social del sistema, que persigue la neutralización social de los megarriesgos producidos por el desarrollo económico financiero. En realidad, se trata de encontrar las vías y propuestas a nivel mundial o regional que traten de poner la economía al servicio del desarrollo humano. En suma, se pretende reflexionar sobre el papel del Derecho penal internacional en la protección de los derechos de todos, ante las distorsiones delictivas o socialmente perjudiciales del proceso de valoración del capital, en las condiciones impuestas por la desregularización neoliberal de la economía y las finanzas¹⁴.

II. EL DESORDEN LEGAL MUNDIAL DE LA ECONOMÍA FINANCIERA

El libre juego de las fuerzas que regulan el mercado equilibra todo; el mercado se regula por sí mismo. Este fundamentalismo del mercado radicaliza el dogma del equilibrio del Mercado y lo absolutiza, socavando el poder popular y desmantelando el Estado de bienestar. En este sistema capitalista mundial domina el imperativo de competir en el mercado global sin necesidad de reformular las condiciones de gestión democrática de la sociedad global.

La realidad demuestra que los gestores de la globalización ya no son los Estados, ni siquiera los organismos internacionales o intergubernamentales, sino más bien el poder son los lobbies. La influencia o presión que ejerce cualquier lobby o grupo de interés es directamente proporcional al poder que representa, sea por los recursos de que dispone, por su influencia en la opinión pública o por la capacidad de la movilización ciudadana, de facto resultan imprescindibles para el proceso político de la elaboración de la legislación. Este poder más allá del planteamiento sociológico global dependerá de factores muy diversos, entre ellos, la defensa de los intereses de la banca y los grupos financieros merecen una consideración aparte, ya que en el plano político de quienes deciden o preparan las decisiones que afectan a las finanzas, el lobbysmo financiero alcanza la mayor altura y sutileza sobre los centros de decisión a nivel mundial. Los proyectos de reforma financiera que se gestionaron en el seno del Comité de supervisores bancarios en Basilea, en el Consejo de Estabilidad Financiera y en los demás comités patrocinados por el G-20 y en los EEUU y en la UE, formaron parte de la agenda del Foro Económico de Davos en enero de 2010; donde la élite de la banca tuvo oportunidades para mostrar su oposición a las propuestas contrarias a sus intereses y poner coto a los paraísos fiscales, razón por la que no se ha materializado ninguna medida que en el ámbito internacional para poner límite a los mismos.

Los efectos de la existencia de paraísos fiscales en el Norte y en el Sur del mundo son numerosos, como se ha señalado, facilitan el fraude fiscal, reducen los ingresos para financiar políticas públicas, favorecen la deslocalización de empresas. Durante los últimos años, las medidas anti-paraíso o llamadas también defensivas de la comunidad internacional no han impedido que las entidades financieras hayan desarrollado estrategias comerciales, que se mueven entre la irregularidad y la impunidad, que han tenido como común denominador la deslocalización de rentas o patrimonios para la evasión fiscal que solo era posible con la colaboración de los paraísos fiscales. Se trata de una “zona de impunidad” para cualquier persona decidida a cometer delitos financieros.

financiero” con el que numerosos bancos y cajas de ahorro captaban ahorro en el mercado español emitido por filiales, al 100% de dichos entidades, domiciliadas principalmente en las Islas Caimán. Este modo de operar determinó una inversión de aproximadamente 15.000 millones de euros que no estuvo sujeta a tributación con el correspondiente perjuicio a la Hacienda Pública. También es sabido que ante esa noticia tan grave y escandalosamente perjudicial para el Tesoro público, el Gobierno se aprestó a una reforma legal que regularizara

Parece un hecho irrefutable que mientras bancos y firmas financieras tienen capacidad legal para enviar libremente fondos de un extremo del planeta al otro y realizar operaciones sin trabas con nuevos productos virtuales en cualquier rincón del mundo civilizado, los Estados tienen unas fronteras que limitan el ejercicio de su autoridad soberana y de su poder de coerción. Y las instancias internacionales no van más allá de la coordinación, condicionada por diferencias políticas, culturales o de intereses nacionales. De modo que, por un lado, la libertad de innovación y de acción les ha permitido a las entidades financieras desarrollar unos mecanismos autónomos que han convertido los mercados financieros mundiales en un casino, donde los riesgos de las jugadas pueden generar enormes pérdidas que se difunden por el sistema y que los Estados terminan absorbiendo con cargo a los contribuyentes para salvar el sistema que ha creado esa situación. Por el otro, utilizan una variada gama de instrumentos que son utilizados para persuadir o ejercer presión sobre el poder político en nuestras democracias, con la finalidad de mantener el referido statu quo del mercado financiero sin una regulación ni supervisión que reduzca sus riesgos y los de la economía, a la que tendría que servir en lugar de mantenerse como una realidad global que se impone sobre los gobiernos.

A la luz de los procesos de globalización de las finanzas, la política jurídica adecuada a las nuevas condiciones históricas es, con las diferencias pertinentes, la desregulación, es decir, la globalización tiene como presupuesto los procesos de privatización y desformalización¹⁴. La desregulación no es sino la suspensión de la decisión política a favor de una razón técnico-económica que se convierte en legislador universal. En efecto, en el contexto de la globalización de la economía, la desregularización se plasma inicialmente en las fuentes reales del Derecho, asistimos a un incremento constante de la no creación política del Derecho, a una crisis

manifiesta de la ley en la regulación del nuevo orden económico. Lo que domina la escena jurídica no son las Convenciones de Derecho uniforme sino los instrumentos normativos no estatales. Percibimos así, por un lado, la existencia de un concepto de “soberano privado supraestatal difuso”, titular del poder de hecho y nacido no del acuerdo entre Estados ni de la voluntad general democráticamente manifestada, sino de la conjunción de grandes compañías transnacionales y de los conglomerados financieros. Por el otro, hallamos en circulación modelos contractuales uniformes que la mayoría de las veces son contratos atípicos creados no por legislaciones nacionales, sino por prácticas comerciales de los nuevos mercados internacionales y por los grandes gabinetes jurídicos de las empresas transnacionales, y que tienen como función realizar una uniformación en las prácticas comerciales y contractuales en mercados internacionalizados. Dicho de otro modo, asistimos a la emergencia de una nueva *lex mercatoria*, un verdadero derecho transnacional, creado por el grupo empresarial sin la mediación del poder legislativo de los Estados.

De manera tal que, la globalización es un fenómeno que oculta a la empresa transnacional, y a los bancos en particular, como autores globales que se sustraen a todo control jurídico, en lugar de someter su poder a control y cuando se abuse de él recortarlo también por medio del Derecho penal, por el contrario, la modalidad premial que se instituye en el Derecho penal para convencer a quienes se ajusten al nuevo modelo, es el beneficio por el conformismo¹⁵. Encontrándonos así ante una justicia a medida y a la carta para los detentadores de los poderes económicos-financieros y una justicia de masas para los consumidores ordinarios, asumiendo el sistema penal un papel residual, representado por una justicia togada, popular por gratuita, pero lenta y no especializada, prácticamente reservada para los menesterosos¹⁶. Por ello, resulta difícil de admitir que el proceso globalizador pueda estar en la

dicha situación, incluso con efectos retroactivos, decisión que nos parece incompatible con las exigencias de un Estado social de derecho. Así quedó expresada en la Disposición adicional segunda de la Ley 13/85 de 25 de mayo, de coeficiente de inversión y recursos propios, que se modifica a través de la Ley 19/03 de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y otras materias. En las Disposición transitoria segunda de la Ley 19/03 se establece expresamente que la reforma se aplicará a las emisiones de participaciones preferentes realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley, ejemplo de cómo el sistema político y el sistema financiero se complementan y protegen mutuamente”.

14 BARRATA, A. “El concepto actual de seguretat a Europa”, en Revista Catalana de Seguretat Pública, 2001, p. 29

15 TERRADILLOS BASOCO, J., “Globalización, administratización y expansión del Derecho penal económico”, en *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico* (coord. Terradillos/Acale), Trotta, 2004, p. 222.

16 JUÁREZ TAVARES, “Globalización, Derecho penal y seguridad pública”, en *Derecho penal y política transnacional* (coords. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ), Atelier, 2005, p. 315.

17 TERRADILLOS BASOCO, J., “Sistema penal y criminalidad internacional”, en SERTA. In memoriam Alexandra Baratta (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004, p. 756

base de la expansión punitiva en el ámbito económico, cuando la característica definidora de este proceso es la desregulación¹⁸.

La realidad es que la delincuencia económico-financiera trasnacional tiene un factor o causa principal: la anomia. No existe un planteamiento político-criminal que demande la persecución internacional de los delitos económicos-financieros, es decir, la prohibición de determinadas prácticas que llevan a cabo algunas empresas en cualquier lugar en que se produzcan, tampoco un organismo internacional neutral capaz de garantizar la persecución y castigo de los responsables de las mismas. Sin embargo, este planteamiento no es de extrañar cuando ni siquiera existe un control político de dicho sector económico-financiero, sino al revés.

En el ámbito económico-financiero, siguiendo a las demás ramas del Derecho positivo, que viven momentos de desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización, el Derecho penal de la postmodernidad, desarrolla un Derecho neutral que perpetúa las relaciones económicas bajo la apariencia de una igualdad formal que coexiste con la desigualdad de los no poseedores. Una teoría que se funda en la protección de la propiedad privada, la globalización económica, la liberalización de los mercados y que, como es lógico, necesita de la abstracción del Derecho para la conservación de esos intereses a través de un autolegitimación normativa¹⁹. El Derecho penal, en su función de *ultima ratio*, responde a los requerimientos de la desregularización de comportamientos fiscales, que condiciona el flujo de inversiones. Y, a la inversa, el flujo de inversiones condiciona las posiciones político criminales²⁰. Convirtiéndose así, el Derecho penal en un instrumento anclar de la política económica, que olvida su vocación de tutela de bienes jurídicos y se limita, en el mejor de los casos a una inocua función simbólica²¹.

La razón principal de esta falta de intervención estriba en que el sistema “político” es eclipsado por lo económico-financiero, convirtiendo la razón econó-

mica-financiera en una suerte de razón de Estado. El Estado (todos los Estados) debe abstenerse en la medida de lo posible de comportamientos económicos-financieros, y por tanto no debería promulgar ningún reglamento, ninguna ley, ninguna regla dirigida a sujetos económicos-financieros. Desde esta perspectiva, los delitos que perturban el desarrollo del proceso de globalización económica y financiera tienden a configurarse como ejemplos de arqueología jurídica²², en vestigios del pasado.

En suma, legalidad, publicidad y control, los principios tradiciones del Estado de Derecho se difuminan en el marco del orden económico-financiero global emergente en el que resulta patente la crisis de la ley, la no publicidad de los actos de un poder económico privado aparentemente invisible y la falta de instituciones públicas efectivas de control de sus actos en el orden económico-financiero internacional²³. El resultado es que cuando la economía financiera globalizada ya no puede ser controlada por el Derecho estatal, dicha situación se llama anarquía. Es la recaída de la Humanidad, y de su economía, en el estado de la naturaleza, en la guerra de todos contra todos, en la que el fuerte prevalece y el débil perece....significa, pues, que la sociedad humana habiendo alcanzado un destacado nivel tecnológico, regresa al nivel moral de la edad de piedra²⁴. Solo cabe esperar con HABERMAS, “el retorno de lo político, no en la forma hobbesiana original de un Estado de seguridad con policías, servicio secreto y ejercicio, sino como un poder civilizador de alcance mundial”²⁵.

III. CONCEPTO Y EXTENSIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICO-FINANCIERA

El término “delitos económicos y financieros” se refiere, en términos generales, a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera. Estos delitos, por lo tanto, comprenden una amplia gama de actividades ilegales, incluidos el fraude, la evasión tri-

18 TERRADILLOS BASOCO, J., “Globalización, administratización y expansión del Derecho penal económico”, op. cit., p. 222

19 PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, op. cit., p. 57 y s

20 Vid., TERRADILLOS BASOCO J., “El Derecho de la globalización luces y sombras”, en *Trasformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 208

21 Ibidem., pp. 210.

22 FLÁVIO GOMES, L., “Globalización y Derecho penal”, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 334.

23 En este sentido, vid., MERCADO, P., “El proceso de globalización, el Estado y el Derecho” en *MUTACIONES DE LEVIATÁN. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. Portilla Contreras), Akal, 2005, pp. 137 y s.

24 SCHUNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, Dykinson, 2005, p. 3.

25 En este sentido, vid., HABERMAS, J., *Creer y saber. El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, 2002, p. 131.

butaria y el blanqueo de dinero. La categoría de “delincuencia económica” y “delincuencia financiera” es difícil de definir y su conceptualización exacta sigue siendo un reto.

La tarea se ha ido complicando a raíz de los adelantos rápidos en las tecnologías, que ofrecen nuevas oportunidades para la comisión de tales delitos. Los grandes avances de las tecnologías han transformado los flujos mundiales de información y la forma en que se realizan los negocios. La Internet y su alcance mundial, la complejidad creciente del sector bancario y otros adelantos en la tecnología han creado nuevas oportunidades para grupos de delincuentes organizados más complejos. Los delitos financieros están por tanto estrechamente relacionados con la ciberdelincuencia, se cometen normalmente a través de Internet y tienen una gran repercusión en la banca y la finanza internacional, en su vertiente tanto oficial como alternativa.

La extensión general del fenómeno es difícil de determinar, en parte debido a la falta de un concepto claro y aceptado, al hecho de que los sistemas para registrar la delincuencia económica y financiera difieren enormemente de un país a otro, y a que algunos casos no se notifican porque las compañías y las instituciones financieras optan por resolver los incidentes internamente.

La delincuencia financiera o bancaria en principio podría pensarse que abarca y define la misma tipología de delincuencia. Si bien, la delincuencia financiera, hace referencia al medio u objeto a través del cual se comete el delito: las finanzas entendidas como plataformas para la actividad bancaria y financiera opaca, sin control de los gobiernos y sin obligación de tributar, mientras que si la denominamos delincuencia bancaria, estaríamos haciendo referencia a los sujetos activos que mayoritariamente comenten este tipo de ilícitos: las entidades bancarias. Teniendo en cuenta que los ilícitos pueden ser cometidos por sociedades e intermediarios que no son entidades bancarias, pero que operan en el mercado del capital, parece más oportuno utilizar el término delincuencia financiera.

La delincuencia financiera abarca una amplia gama de delitos, generalmente de ámbito transnacional o global. Los delitos financieros afectan a particulares,

empresas, organizaciones e incluso a Estados, y repercuten negativamente en todo el sistema económico y social debido a las pérdidas considerables de dinero que generan. A menudo detrás de la delincuencia financiera hay redes de delincuencia organizada, atraídas por la posibilidad de obtener enormes beneficios.

Este fenómeno, como se ha señalado, abarca todo un abanico de actividades ilegales, concretamente el blanqueo de dinero, estafas, fraude de inversores, apropiaciones indebidas, administración desleal, el fraude fiscal y la falsificación de moneda. Entre las prácticas habituales observadas en el ámbito económico-financiero son de destacar las siguientes²⁶:

- Prácticas de las corporaciones multinacionales consistentes en deslocalizar un porcentaje importante de sus beneficios hacia filiales emplazadas en territorios de nula o baja fiscalidad. Las entidades registradas en paraísos fiscales se utilizan para desvincular fácilmente la propiedad de los instrumentos financieros offshore de sus entidades matrices en el país de origen, situando así activos financieros fuera de la contabilidad y obteniendo calificaciones de crédito más elevadas. Con frecuencia estas sociedades son utilizadas en el diseño de operaciones de “ingeniería financiera”.
- Pago por las sociedades a terceros vinculados a los administradores de servicios inexistentes que son facturados por ellos o por simples aquellos que cobran una comisión por la emisión de la factura.
- Contratación de servicios con empresas vinculadas a los administradores que facturan a precios abusivos, por encima de los de mercado, desviando resultados de la empresa.
- Infracción del deber de control de los supervisores de las situaciones de riesgo de los grandes bancos del sistema global.
- Operaciones de alto riesgo, con infracción del deber cuidado de comprobar el riesgo de inversiones en títulos valores, causando dolosamente un perjuicio patrimonial²⁷.
- La difusión de noticias falsas con fines especulativos contra su deuda sobre la situación económica de un Estado o la realización de transacciones

26 JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “La delincuencia financiera, los paraísos fiscales y la intervención de los bancos”, en *Rebelión*, 2004, <http://www.rebelion.org/hemeroteca/economia/040405cj.htm>.

27 Como ha señalado, SHÜNEMANN, B., “La denominada crisis financiera: ¿un reto para la justicia?” en *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica* (Dir. Romeo Casabona/Flores Mendoza), Comares, 2013, p. 39, el banquero tiene la obligación de conocer las garantías de los títulos valores y además la posición conferida al portador y las circunstancias del mercado.

fraudulentas contra el Estado, los particulares y las empresas.

- Prácticas fraudulentas o desleales en la comercialización de productos financieros respecto a los inversores. La ingeniería financiera puede crear instrumentos financieros complejos que son diseñados a medida de las necesidades de los inversores y que, al mismo tiempo, son comercializables como productos líquidos, fácilmente convertibles en dinero en los mercados.
- Comercialización de productos entramados en paraísos fiscales y destinados al fraude. Las entidades y los instrumentos que integran la banca en la sombra hacen posible que se diseminen los riesgos derivados del endeudamiento excesivo, que no se controla por las autoridades supervisoras; y además, para las operaciones de compraventa de activos financieros encadenan transacciones que pasan por diversos centros offshore.

Las actividades como las descritas más arriba no solo provocan la reducción de los ingresos fiscales de los Estados, hecho muy grave, actualmente, porque los impuestos son mucho más importantes como fuente de recaudación de ingresos para Hacienda, sino que también socavan las actividades económicas legítimas y desalientan la inversión, amenazando incluso la solvencia de los propios Estados. Por tanto, la delincuencia financiera organizada perjudica a los agentes económicos legítimos e incrementa la economía sumergida, mermando así el crecimiento económico y los recursos públicos. Los delitos económicos y financieros plantean una amenaza al desarrollo socioeconómico pacífico y democrático, porque su presión sobre los gobiernos impide a éstos llevar a cabo seriamente políticas progresistas en materia de impuestos, controlar la corrupción política, el dinero negro, etc.

Los mercados financieros no pueden prosperar en los países donde las actividades económicas y financieras ilegales son aceptadas por la sociedad, porque dependen de la existencia de normas profesionales, jurídicas y éticas estrictas. Aun la percepción de que hay actividades económicas y financieras ilegales puede causar

un daño económico. La sospecha pública mina la legitimidad del gobierno. La lucha internacional eficaz contra estos delitos es, por consiguiente, crucial para el fomento de las instituciones y el desarrollo sostenible. Por ello es necesario asegurar globalmente el buen funcionamiento del mercado financiero y la confianza del público en dichos mercados.

El Derecho penal internacional debe garantizar el correcto funcionamiento del mercado financiero y castigar las nuevas formas de criminalidad, sin que puedan quedar impunes conductas susceptibles de causar graves perjuicios a la ciudadanía²⁸. Estos bienes jurídicos deberían ser elevados a la categoría de internacionales, y su protección ha de encomendarse a un Derecho penal internacional de la economía global que ha de ser reconocido como Derecho necesario, esto es, como un Derecho penal derivado de normas con carácter de *ius cogens*²⁹.

Por otra parte, combatir la criminalidad económica y financiera es importante, ya que desempeña un papel, en términos más amplios, en la lucha contra la delincuencia transnacional en general. Hasta ahora, las amenazas, los desafíos y el cambio identificó la delincuencia organizada transnacional como una amenaza fundamental a la comunidad mundial y recomendó la negociación de una convención internacional amplia sobre blanqueo de dinero. Aunque ningún instrumento internacional aborda específicamente el problema de la delincuencia financiera, tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción incluyen disposiciones para construir un marco internacional que permita hacer frente a esas actividades delictivas.

Las principales iniciativas de INTERPOL en materia de delincuencia financiera se centran en los siguientes ámbitos: Tarjetas de pago; Blanqueo de capitales; Moneda y documentos de seguridad falsos; Estafa (como el timo de la lotería y la denominada “estafa nigeriana”). Aunque, hay una percepción cada vez mayor de que los delitos económicos y financieros, particularmente el fraude, se cuentan entre los delitos de crecimiento

28 GARCÍA SANZ, J., “La protección penal del mercado financiero” en Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica (Dir. Romeo Casabona/Flores Mendoza), Comares, 2013, p. 51.

29 Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, L., “El Derecho penal ante la globalización económica”, en Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo, Colex, 2010, pp. 64 y ss. Sin embargo, como ha señalado, TERRADILLOS BASOCO, J., “Financiarización económica y política criminal”, en Serrano-Demetrio (dir.), El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo, Colex, 2010, p. 133. “Las reglas de mercado, por su origen, por su objeto, por sus principios aplicativos, se aceptan del concepto de *ius cogens*. La *lex mercatoria* es flexible a la hora de disciplinar el comportamiento de los agentes económicos, a los que solo somete al requisito de la rentabilidad.

más rápido. Se trata de determinar los ámbitos en los que podrían ser necesarias nuevas iniciativas para reforzar la lucha contra la delincuencia financiera transnacional. Por otra parte, ante estas formas de actuación delictiva aparecen como obstáculos fundamentales en la investigación y la persecución de las mismas dos barreras que están estrechamente vinculadas a los presupuestos de la actividad bancaria, el secreto bancario y los paraísos fiscales³⁰.

IV. JURISDICCIÓN, ASISTENCIA Y COOPERACIÓN EN LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ECONÓMICO-FINANCIERA

La evolución de la situación mundial ha alterado las dimensiones del fenómeno de la criminalidad transnacional, en el ámbito económico financiero puede hablarse también de la globalización del crimen³¹. Dicha globalización del crimen a través de la delincuencia transnacional recibe un gran impulso por la mundialización de las comunicaciones, por las transacciones comerciales, económicas y financieras. Cuando se observa el fenómeno criminal de la globalización, podemos constatar como los delincuentes financieros encuentran en la globalización, debido a la desregularización político-financieras del sistema, las condiciones óptimas para perpetrar delitos. Estos grupos financieros actúan libre e impunemente realizando hechos delictivos relativos a la práctica de defraudaciones a intereses financieros. El resultado es que el impacto negativo de estos grupos económicos-financieros en las sociedades pone en peligro la seguridad nacional, la estabilidad económica, política y social, lo que conlleva la necesidad de adoptar políticas preventivas comunes en el ámbito internacional.

Como se ha dicho, la globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión transnacional de la criminalidad económico-financiera. El carácter transnacional de esta delincuencia opera a través de la posibilidad de canalizar beneficios de origen delictivo mediante un

sistema financiero global en el que con la reducción o eliminación de controles es más difícil seguir el rastro, aprovechando las oportunidades que ofrece el mercado lícito para infiltrarse en el mismo y obtener beneficios mayores que a través de una actividad mercantil lícita, objetivo que es consecuencia directa de práctica de la competencia desleal y de la evasión fiscal³², así como tiene la capacidad de operar a distancia, reduce al mínimo del “riesgo penal”, ya que la organización puede realizar su actividad allí donde la sanción penal es menor o nula, bien porque carecen de legislación en materia de crímenes financieros o de blanqueo de dinero, bien porque suelen poner trabas a la cooperación policial y judicial internacional. Se trata de los denominados paraísos fiscales. Es evidente que, la globalización, genera un espacio económico-financiero carente de una regulación efectiva, y paralelamente, la ausencia de una respuesta uniforme. Los delincuentes se aprovechan de que, ante formas similares de criminalidad económica-financiera continúa habiendo distintos niveles de reproche social, de represión penal y gravedad de las penas³³. Esto, conlleva la desestabilización del sistema económico-financiero. También las conductas de corrupción y de blanqueo de capitales, íntimamente unidas a cualquier manifestación de corrupción económica y financiera, tienen repercusiones significativas en indicadores macroeconómicos esenciales³⁴, como la libre competencia, la estabilidad y solidez del mercado financiero y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho³⁵. Todo ello, provoca en la población un sentimiento de desamparo, ya que los daños se sienten de forma directa.

Ante esta situación, en la Declaración del Milenio de Naciones Unidas de 8 de septiembre de 2000 se proclama como valor fundamental de las relaciones internacionales, entre otros, el de la solidaridad, de tal forma que “los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social”. No obstante, aunque reduce a dos amenazas a la seguridad mundial, y por tanto, a las actuales

30 JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “La delincuencia financiera, los paraísos fiscales y la intervención de los bancos”, en *Rebelión*, 2004, <http://www.rebelion.org/hemeroteca/economia/040405cj.htm>.

31 TERRADILLOS BASOCO J., “El derecho de la globalización luces y sombras”, op. cit., p. 187.; el mismo, “El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal”, op. cit., p. 30

32 JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica” op. cit., p. 152

33 *Ibídem*, p. 154

34 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada”, en SERTA. In memoriam Alexandra Baratta (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004, p. 659

35 Como ha puesto de manifiesto el informe de Transparencia internacional del 2012: “Los vínculos entre la corrupción y la actual crisis financiera y fiscal en estos países no se pueden ignorar”.

democracias: el terrorismo y la delincuencia organizada, fija entre sus objetivos la lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones, un sistema financiero transparente y una regulación eficiente.

Las iniciativas internacionales responden a la necesidad real de armonizar legislaciones con el fin de mejorar la cooperación frente a las manifestaciones transnacionales del problema. En esta línea, la suscripción de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de las Naciones Unidas (Palermo, Conferencia política de las Naciones Unidas, 12-15 diciembre de 2000, ratificada por España y publicada en el BOE de 29 de septiembre de 2003). Se trata de un importante esfuerzo de armonización normativa y de promoción de la cooperación judicial internacional. Además, la Convención, establece una amplia colaboración internacional, respecto a las actividades delictivas transnacionales donde el componente económico resulta primordial: la asociación delictiva con miras a obtener beneficios por la comisión de delitos graves, blanqueo de delitos graves, corrupción y los de trata de personas y tráfico de inmigrantes incorporados en los sucesivos protocolos. Y donde la regulación del decomiso, resulta ampliamente detallada en sus arts. 12, 13 y 14, reiterando en su contenido, como en la normativa sobre asistencia internacional, las previsiones del Convenio de Viena, pero ahora dimensionada por proyectarse sobre un mayor número de delitos. En esta línea, la Convención en modo alguno autoriza invocar el secreto bancario para denegar la asistencia judicial; aunque sí se considera permitida la denegación de auxilio por invocación de ausencia de doble incriminación, aunque pueda en este caso prestarse el auxilio a discreción del propio Estado requerido. También se prevé comprometer a los Estados para que sancionen penal, civil o administrativamente, a la persona jurídica por los delitos cometidos a través de ella (art. 10.2).

En el ámbito de la UE, teniendo en cuenta que los delitos transnacionales son aquellas acciones u omi-

siones socialmente peligrosas que tienen una esfera de influencia marcada fuera del ámbito nacional, que aunque sean reprobables por el derecho nacional, necesitan de la colaboración internacional para su más efectiva persecución, estén o no en convenios o tratados internacionales³⁶. El art. 83 del Tratado de Lisboa recoge una serie de delitos que tienen una “dimensión transfronteriza”, es decir, que extiendan sus efectos más allá de un Estado. La misma se obtendrá derivada “del carácter”, o de las “repercusiones” de dichas infracciones, o de la “necesidad particular” de combatirla porque afecte a bienes jurídicos directamente relacionados con la comunidad internacional en su conjunto que ésta está interesada en proteger. De este modo el Derecho penal europeo se transforma en Derecho penal transnacional³⁷. Asimismo, se establece una previsión específica en materia de intereses financieros de la UE en la VI Parte del Tratado de Lisboa —rubricada “disposiciones institucionales y financieras”—, en el artículo 325. La protección de los intereses financieros, que comprende las acciones lesivas tanto de ingreso (evasión de tributos) como de gasto (fraude de subvenciones), en la medida en que se prevé la creación de una fiscalía Europea precisamente para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, se entiende que será de carácter penal.

Sin embargo, la reacción de las autoridades nacionales y la comunidad internacional frente a la criminalidad transnacional económica-financiera ha sido insuficiente y escasamente eficaz. A pesar del documento de conclusiones de la cumbre del G-20 en Londres de 2009³⁸, y de posteriores manifestaciones, en las que se establecía la necesidad de avanzar en el fortalecimiento de la supervisión y regulación financieras, responsabilidad social corporativa de empresas, políticas más estrictas de gobierno corporativo, lucha contra los paraísos fiscales o el fin de la era del secreto bancario, aunque excluye cualquier interferencia a la movilidad global del capital en su búsqueda de rentabilidad fi-

36 A tal efecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, Conferencia política de las Naciones Unidas, 12-15 diciembre de 2000, ratificada por España y publicada en el BOE de 29 de septiembre de 2003) determina que un delito tiene un carácter transnacional cuando (art. 3.2): “a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un sólo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”

37 ROMEO MALANDA, S., “Criminalidad económica y Derecho penal europeo tras el Tratado de Lisboa”, en Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica (Dir. Romeo Casabona/Flores Mendoza), Comares, 2013, p. 260. Según este autor: “el Derecho penal europeo, como especie de Derecho penal transnacional tiene como objetivo reprimir la actividad criminal intraestatal que afecta bienes jurídicos comunes, en este caso, de los Estados miembros de la Unión Europea”. Ibidem, p. 301.

38 El G-20 declaró en abril de 2009, al poco de estallar la gran crisis: “Estamos dispuestos a imponer sanciones para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros; la era del secreto bancario ha terminado”.

nanciera, ajena a la economía productiva. La agenda político-criminal internacional está fuertemente condicionada por el poder y la capacidad de presión de los *lobbies* financieros, por lo que no ha habido ningún avance significativo al respecto³⁹. Además, se trata de meras declaraciones políticas, que carecen de la fuerza vinculante que tienen los tratados que han sido ratificados por los parlamentos. Cuando, se trata de un problema de gran alcance que precisa respuestas nacionales y multilaterales a través de Convenciones y tratados como condición necesaria para un desarrollo equilibrado y sostenible de los pueblos⁴⁰.

Al respecto, en Europa, está en marcha la tasa sobre las transacciones financieras, la Unión Bancaria⁴¹ y ahora también un paquete de medidas contra la evasión fiscal. Existe el proyecto de una directiva que garantice el intercambio automático de información sobre los contribuyentes para toda clase de rentas⁴². También la Comisión presentará antes de fin de año una directiva sobre planificación fiscal agresiva y deslocalización de beneficios, con el fin de regular las relaciones entre una empresa matriz con sus filiales e intentar frenar la evasión de impuestos de las compañías por sus beneficios⁴³. Entretanto, los responsables comunitarios animan a los Estados miembros a gravar a las empresas cuando descubran que las maniobras realizadas para trasladar sus beneficios a otros países (por ejemplo, de una matriz a su filial o entre dos filiales) solo obedecen al intento de eludir el pago de impuestos en un país para acogerse a otro de fiscalidad más ventajosa. Sin

embargo, las instituciones europeas y los Gobiernos hasta ahora no han avanzado más allá de la retórica de las intenciones, sin que se hayan traducido en medidas efectiva como podría ser exigir a la banca, ni siquiera a la banca rescatada, la supresión de filiales y sociedades instrumentales en paraísos fiscales.

No puede obviarse, que en el ámbito de la cooperación y persecución de estos delitos, el problema del secreto bancario representa uno de los mayores obstáculos a la cooperación internacional en la lucha contra el delito, particularmente los de naturaleza económica. Los movimientos de las cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y otras operaciones activas y pasivas, así como el origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago son datos indispensables para la investigación de los delitos económicos que exige, para la comprobación de los mismos, la inspección, observación y confirmación de movimientos y saldos y que solo puede alcanzarse accediendo a las anotaciones contables, soporte documental y, en todo caso, a la información bancaria y registros informáticos.

En el Derecho comparado en general no se reconoce el secreto bancario frente a la Hacienda Pública, dominando una tendencia hacia el levantamiento del secreto para favorecer la investigación de los contribuyentes, la recaudación de los impuestos y la detección del fraude fiscal, sea o no delito, sobre todo cuando media un requerimiento judicial. El secreto bancario, pese a estar ya privado de su valor como instrumento de protección

39 En el año 2000 los gobiernos del entonces G-7 proclamaron la abolición del secreto bancario y acordaron la prohibición de las cuentas anónimas. Y se dijo formalmente que en adelante los fideicomisos (trust) y las sociedades mercantiles offshore no debían servir de mecanismos para la indebida ocultación de la propiedad, amparando el fraude fiscal, el blanqueo de capitales y los abusos financieros; se había llegado a la conclusión de que la obligatoria identificación del cliente y la supresión del secreto bancario eran la clave para eliminar la atracción de los llamados paraísos fiscales

40 JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica" op. cit., p. 175

41 En el ámbito de la unión bancaria, los socios europeos han fijado una ambiciosa agenda para el supervisor bancario único (ya aprobado), la recapitalización directa de la banca, el mecanismo de resolución de entidades financieras y el fondo de garantía de depósitos común, los cuatro pilares de una unión bancaria que debería entrar en vigor a mediados de 2014, según acordaron en su día los jefes de Estado.

42 Las instituciones europeas han manifestado que ese intercambio automático de datos fiscales se traslade a todos los ingresos a partir de 2015. Además de los intereses del ahorro, los dividendos y las ganancias de capital, la ley debería permitir también obtener información de rendimientos del trabajo, bonus, seguros de vida y rendimientos del capital inmobiliario. También negociar ese intercambio de datos con territorios opacos como Suiza, Andorra o Mónaco. Otras medidas pasan por eliminar el secreto bancario, generalizar los acuerdos FATCA, que obligan a las entidades financieras extranjeras con fondos de ciudadanos españoles que informen a la Agencia Tributaria. También piden un NIF local obligatorio para operar en nuestro país que impida las actividades de entidades situadas en paraísos fiscales. Además reivindican que se obligue a los bancos que proporcionen información sobre la identidad de los clientes de sus filiales en paraísos fiscales (las 35 empresas del IBEX tienen sucursales en

estos territorios). Por eso, piden que las empresas identifiquen a los clientes de filiales y sucursales en estos centros de negocios opacos. Otra de las propuestas consiste en establecer una tasa sobre transacciones financieras internacionales.

43 Europa pierde cada año un billón de euros (el equivalente al PIB español) por fraude y otras prácticas abusivas, según cálculos de la Comisión Europea.

de los clientes frente a la Administración continua representando una importante barrera en la investigación. Por ello, con independencia de las disposiciones sobre la confidencialidad aplicable a la actividad bancaria, las autoridades judiciales y las Unidades de información financiera deben tener derecho bajo control judicial a recibir información cuando esta resulte necesaria para investigar el blanqueo de capitales.

Los insuficientes instrumentos jurídicos que regulan la cooperación penal internacional junto a las barreras representadas por los paraísos fiscales, también llamados refugios financieros, aumentan las dificultades para que esa cooperación sea efectiva. En una economía globalizada, presidida por la libre circulación de capitales, los bancos y otras instituciones financieras sirven de vehículo a la transferencia u ocultación de los productos del delito con el soporte además de territorios donde está garantizada la no identificación de clientes y, sobre todo, el secreto bancario. Territorios que en su origen podían ser lícitos, la búsqueda de una mayor rentabilidad económica en el marco de una economía especulativa, mediante la prestación de servicios financieros muy especializados y ventajas fiscales, pero que, dada las circunstancias concurrentes en los mismos, se han convertido en un instrumento del crimen transnacional financiero.

En el mismo orden cosas, como es sabido los ordenamientos jurídicos nacionales, en principio, sólo pueden luchar contra la delincuencia internacional mediante los órganos de persecución penal dentro de las propias fronteras geográficas: el Derecho penal y la persecución penal están ligadas a la soberanía del Estado, no puede actuar fuera de sus fronteras por muy condenable que sea el delito cometido, aun cuando se haya cometido justo detrás de la frontera y afecte a los ciudadanos nacionales.

Ante esta realidad, en el marco de la tradicional cooperación jurídica en la persecución penal, varios países han realizado acuerdos, tanto bilaterales como multilaterales, dentro del marco del derecho internacional público⁴⁴. Estos acuerdos abarcan crímenes internacionales en sentido amplio y comprenden todas aquellas conductas castigadas en el Derecho estatal pero su per-

secución efectiva difícilmente puede ser ejercida por los Estados respectivos actuando aisladamente. Estos delitos necesitan de una codificación y cooperación internacional, porque tales actos traspasan las fronteras del Estado o pueden afectar a los intereses a todos los Estados. Sobre la base de que esta categoría parece que ha llegado el momento de asumir que en la actualidad son las consecuencias propias del sistema económico-financiero, las que generan los ingentes efectos lesivos para los Derechos fundamentales en todo el mundo. Sería conveniente incidir sobre las causas, y después comenzar hablar del principio de comunidad de intereses que justifique la extensión jurisdiccional y la unidad en la represión, es decir, actuar en el origen del problema y pretender únicamente mitigar los efectos perjudiciales que pueden provocarse en nuestras sociedades.

En la persecución y castigo de estos delitos deberían estar interesados un gran número de Estados, por lo que se crea la necesidad de unir esfuerzos y homogeneizar legislaciones, aunque las valoraciones socioculturales varíen de unos países a otros. A pesar de ello, no son bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y tampoco está vigente expresamente para ellos en las legislaciones nacionales el principio de universalidad con el fin de que cualquier Estado pueda perseguirlos, sino que a través de los tratados internacionales los diferentes Estados se comprometen a reprimir ciertas infracciones de la forma más eficaz posible⁴⁵. La excepción al principio de territorialidad se trataría simplemente de un *desideratum* que obedece al hecho de que dentro del territorio nacional la intervención se hace ineficaz, ya que el problema ha adquirido una magnitud extrema. Ciertamente, el principio de territorialidad es tan restrictivo que solamente permite perseguir las conductas que se llevan a cabo en el territorio nacional aunque la parte internacional es un presupuesto imprescindible para que se pueda hablar de estos delitos, por eso se pretende compensar sus limitaciones, interviniendo cuando éstas dificultan o impiden la persecución del delito.

En este contexto, lo que se defiende es que trátandose de delitos que son de gran trascendencia económica y financiera, que dificultan gravemente una justa

44 Entre los acuerdos multilaterales se encuentran principalmente acuerdos en el ámbito del Derecho de extradición y de asistencia jurídica, así como la INTERPOL, que constituye el convenio más antiguo en el ámbito de cooperación policial. Otro ejemplo importante de acuerdo multinacional semejante es el Convenio de aplicación de Schengen de 1993.

45 La consecuencia jurídica de la infracción de dichas normas no será una sanción penal, ni para el Estado lo cual no es posible, ni para los individuos, sino únicamente la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones. Por ello, en estos supuestos, y a diferencia de lo que ocurre con los delitos internacionales, no puede hablarse de ley penal internacional.

redistribución de la renta y son, por tanto, un factor generador de desigualdad social, debería estar vigente la extraterritorialidad del tipo penal⁴⁶. Un paso importante en esta materia, supondría que se pudiera aplicar a estos delitos la orden de detención europea, mediante Decisión Marco del Consejo de 13/6/2002. Esta orden se considera la primera concreción del reconocimiento mutuo, calificado por el Consejo como piedra angular de la cooperación judicial, ya que incide de forma trascendental en la hasta hora tradicional posición jurídica de los ciudadanos y permite la extradición de los propios ciudadanos frente a las persecuciones de países extranjeros. Se establece la extraterritorialidad del tipo penal y además suprime el principio de doble incriminación. La supresión de ésta, desde el punto de vista del Derecho penal internacional, convertiría a estos delitos en una suerte de grupo intermedio entre los supuestos de personalidad activa y justicia universal. Pues de un lado, permite castigar no sólo a españoles que cometen estas infracciones en el extranjero, sino a cualquier persona, en este punto son más amplios que el principio de personalidad activa, pero de otro no castigan, como hace el principio de justicia universal, cualquier delito cometido en cualquier parte del mundo, sino sólo los casos cometidos en el extranjero que van a terminar repercutiendo dentro del territorio.

En el ámbito internacional, se debería reconocer la jurisdicción penal transnacional⁴⁷, denominada como relativa o limitada del principio de justicia universal, que permitiera que en la persecución de los crímenes transnacionales económicos y financieros que requieren de una cooperación judicial internacional se supedita a la presencia de puntos de conexión y a su carácter subsidiario. Puede constatarse como, la propuesta que establece la regla *aut dedere aut iudicare*, es decir, parte de la premisa de la conexión de un Estado con un crimen, ya sea por el lugar de comisión de los hechos, por la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado al que solicita la extradición. Tratándose,

además de un mecanismo obligatorio que facilita la extradición (*aut dedere*), pero que es discrecional en razón de la cualidad facultativa de enjuiciar al delincuente (*aut iudicare*).

Por todo ello, sería conveniente una regulación previa en textos internacionales para armonizar las conductas punibles y su inclusión en la lista de delitos en los que rige el principio *aut dedere aut iudicare*⁴⁸. De manera tal que, ante ciertas formas graves de delincuencia económica y financiera estaría plenamente justificado el principio de jurisdicción penal transnacional, además deberían ampliarse los plazos de prescripción para facilitar su persecución. La comunidad internacional no puede permanecer ajena al reforzamiento de la presión penal ante delitos de carácter transnacional que gozan de espacios de la más absoluta impunidad y que realizan a través de procedimientos sumamente complejos. La persecución de dichos delitos sería fundamental para limitar el crecimiento y la potenciación de los mismos, sobre todo, cuando los mecanismos de cooperación internacional son tan lentos y escasamente satisfactorios⁴⁹.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el Derecho penal transnacional es un sistema de obligaciones interestatales que dan lugar a leyes penales nacionales⁵⁰. Por ello, tampoco caben excusas como el debilitamiento del Estado nación. Parte de los inconvenientes podría superarse, en el ámbito jurídico penal, a través de las reglas de extensión de la competencia jurisdiccional extraterritorial para delitos como el blanqueo de capitales, corrupción, estafa, fraude fiscal y de subvenciones, contrabando, etc., nuevas formas de configuración de la sanción de confiscación de las ganancias derivadas del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas, la responsabilidad solidaria de despachos y entidades bancarias que comercialicen con productos diseñados con técnicas de ingeniería fiscal. etc., En el ámbito procesal penal hallamos nuevas competencias de investigación preliminar (actividades de vigilancia electrónica y grabación de conversaciones, levantamiento del secreto bancario, colaboración obligatoria de los

46 En este sentido, vid., ARROYO ZAPATERO, L., "Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (Coords. ARROYO/BERDUGO), Volumen II, Ediciones de la Universidades de Castilla-La Mancha/Salamanca, 2001, pp. 41 y ss.

47 Vid., OLLÉ SESÉ/PÉREZ CEPEDA, *Propuesta de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial. Regulación del principio de justicia universal y el principio de jurisdicción penal transnacional*, en Pérez Cepeda, Ana I. (dir.): *El principio de justicia universal. Una propuesta de lege ferenda*. The principle of Universal Justice. A de lege ferenda proposal, 2013, pp. 61 y ss.

48 Tal y como recoge nuestra propuesta, PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.): *El principio de justicia universal. Una propuesta de lege ferenda*. The principle of Universal Justice. A de lege ferenda proposal, *Ratio legis*, Salamanca, 2013.

49 JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica", op. cit., p. 156.

operadores financieros, uso del agente encubierto y agente provocador, etc.), inversiones de la carga de la prueba, el pago a confidentes para supuestos de denuncia de delitos fiscales, las actuaciones de la inspección sin conocimiento del obligado tributario, protección de testigos, cooperación judicial internacional, aumento del plazo de prescripción, etc.

V. EL DERECHO PENAL DEL RIESGO Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL FINANCIERO

Teniendo presente la premisa de que las operaciones de riesgo son consustanciales al libre mercado. Ante la desregularización en el sector económico financiero pudiera pensarse que desde el Derecho penal internacional la posibilidad de una intervención que criminalice, prevenga y persiga la evasión, fraude fiscal y de los intereses de los inversores y de los propios Estados, son muy limitadas. Ahora bien, cuando partimos de que la crisis ha cambiado la percepción de los riesgos económicos, debería percibirse como necesario poner marcha una creación de un Derecho penal financiero internacional, que se ocupe de las actividades delictivas que se producen en este ámbito, o bien la expansión del Derecho penal económico, que proteja el correcto funcionamiento del mercado y el patrimonio de los inversores. Sin embargo, cuando hablamos de riesgos sistémicos, éstas no pueden ser tratadas en sentido abstracto general, como consecuencias de la postmodernidad, sino en función de otras perspectivas, de naturaleza política, económica, vinculadas al ejercicio de un poder de control mundial⁵¹. La cuestión planteada versa sobre si la expansión del Derecho penal económico es un instrumento idóneo para controlar las dinámicas sistémicas de la economía, prevenir y evitar la crisis, o bien debe producirse una administrativización del Derecho penal para la prevención de megarriesgos económicos, mediante la creación de un Derecho penal específico internacional financiero. Incluso, podrían ser convenientes ambos, es decir, debe desarrollarse a través de normas internacionales ius cogens con las características del Derecho penal del riesgo o moderno, que pueden suponer una administrativización del Derecho penal.

Lo cierto es que unido a la sociedad del riesgo, y a la percepción de que el sistema capitalista está expuesto a riesgos catastróficos, con carácter general podría llevarse a cabo un movimiento opuesto a la no intervención, pudiéndose promover una neocriminalización en este ámbito, como sucedió en los años 80 y 90 respecto al medio ambiente, y vinculado al principio de precaución en relación a riesgos económicos sistémicos⁵². En la actualidad, después de seis años de crisis, poco o nada se ha avanzado en la expansión del Derecho penal económico, o en la creación del Derecho penal financiero, no existe un programa político criminal internacional ni nacional, que lo reivindique y propugne.

Ante la gravedad del problema en sector financiero, donde se han creado nuevas oportunidades de criminalidad más complejas que los tipos penales preexistentes, también denominados tradicionales, las insuficientes las reglas procesales para acreditar delitos de esta naturaleza, especialmente en el conocimiento de las operaciones y situación económica de quienes intervienen en ellos. Un sector doctrinal podría optar porque las garantías cedan en aras de la salvaguarda social. De este modo, la criminalidad de económico-financiera se puede convertir en un fenómeno actual de nuestro tiempo que ponga a prueba el Derecho procesal penal y dogmático penal garantista.

En el supuesto de que se pretendiera hacer frente a la criminalidad de la globalización económica financiera y adoptar una política criminal práctica, podría requerirse una legislación penal característica que también se incluya en el Derecho penal moderno⁵³, lo que supondría: el reconocimiento de los bienes jurídicos colectivos como el orden económico financiero, enfrentándose a la definición de delitos cada vez más intangibles y abstractos; la ampliación de los espacios de riesgo jurídico penalmente relevantes, criminalizando varias actividades y comportamientos en innumerables sectores económicos y financieros; la imposición de penas privativas de libertad; el pasar de la víctima individual a la víctima colectiva (supraindividual o difusa), reconociendo la víctima planetaria o globalizada. En consecuencia, anulado el Derecho penal mínimo por la sociedad del riesgo, el Derecho penal exclusivamente en

50 ROMELO MALANDA, S., "Criminalidad económica y Derecho penal europeo tras el Tratado de Lisboa", op. cit., p. 259.

51 JUÁREZ TAVARES, "Globalización, Derecho penal y seguridad pública", op. cit., p. 310.

52 Como vaticina FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Crisis económica y derecho penal: la responsabilidad de los intermediarios financieros por la comercialización de productos a terceros, incremento de las insolvencias y de la conflictividad social" en *Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, 2010, p. 11.

53 GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanc, 2003, pp. 90 y s.

este ámbito no debe permanecer como un instrumento de *ultima ratio*, como ha sucedido hasta ahora, debe de intervenir sin olvidarse de los principios democráticos y contribuir con su tarea al fortalecimiento de la organización social, no sólo la económica-financiera.

Parece necesario llevar a cabo una transformación del blanco de la nueva política criminal, que concentre sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos, mas concretamente por los delitos cometidos a través de entidades financieras, que se desarrolle un Derecho penal moderno que se preocupe por la utilización de la propiedad, ya que en determinadas circunstancias produce daños materiales millonarios y en ocasiones, también personales, afectando a gran número de víctimas. Se cuenta, sobre todo, con el apoyo de unas mayorías sociales que se identifican con las víctimas de los abusos de los socialmente privilegiados. Pero, esta política criminal no pasa de ser una mera reivindicación.

Para superar parte de estos inconvenientes, en el ámbito de los riesgos financieros, se podría llegar a proponer una gestión democrática del riesgo⁵⁴, que comporta despojar del monopolio de la definición, análisis y evolución del mismo tanto a los productores como a los técnicos-expertos, dando paso a las demandas de intervención penal procedentes de las organizaciones sociales surgidas en los últimos tiempos en defensa de los intereses sociales. Así, lograr un equilibrio entre los diversos intereses presentes en la sociedad. En esta función de análisis y gestión de riesgos, puede desempeñar un papel el principio de precaución, que aplicado al ámbito financiero, tiene tres elementos esenciales: a) la seria creencia de que una actividad llevadas a cabo en paraísos fiscales por empresas o entidades financieras puede conllevar un peligro grave de alcance colectivo; b) la falta de evidencia plena o incertidumbre debido a la opacidad financiera respecto a la naturaleza y dimensión del daño; c) se toman medidas para anticiparse y prevenir el eventual daño. El principio de precaución, cuando se produce en un contexto de incertidumbre o de opacidad financiera, que expresan la necesidad de la adopción de medidas para protegerse de las eventuales

consecuencias nocivas potencialmente graves de una actividad económica-financiera que llevan a cabo las empresas y entidades financieras en territorios offshore. En este sentido, interpretar este principio, no exigiendo una prueba absoluta del fraude o la evasión fiscal, de los negocios jurídicos llevados a cabo por dichas empresas o entidades. En términos generales, se puede afirmar que habrá delito cuando resulte ilegal el origen del dinero ocultado en los paraísos fiscales mediante sociedades mercantiles (una ficción jurídica porque carecen de actividad económica in situ y gozan de privilegios allí para su actividad en el exterior), y siempre que se logre demostrar que el titular referido lo sea realmente y no haya declarado en su país de residencia esas rentas generadas por esas entidades instrumentales.

Pero lo realmente relevante es que para anticiparse a todo peligro y evitar incluso su surgimiento, la prevención llevada al extremo, implica que se fundamente la intervención penal partiendo del principio de precaución, que podría llevar a prohibir penalmente la realización de negocios jurídicos con cualquier empresa o entidad radicada en un territorio offshore, o la comercialización de cualquier producto financiero entramado en un paraíso fiscal.

Desde estos planteamientos, se podría afirmar que mediante el principio de prevención se puede llegar a adoptar la medida adecuada y necesaria para eliminar, reducir o al menos mitigar los efectos negativos para intereses protegidos —por ej. correcto funcionamiento del mercado financiero y la fiscalidad proporcional y justa—, basándose para ello en conocimientos económicos, ya adquiridos o consolidados, lo que tiene como consecuencia la utilización frecuente en este ámbito de leyes penales en blanco. Sin embargo, cuando el estado de tales conocimientos, de la economía-financiera, no permiten conocer con certeza la relación causa-efecto lesivos que puedan ir unidos a cierta actividad a través de pruebas incontestables, puede utilizarse ahora y en este ámbito el principio de precaución⁵⁵, actuando sobre riesgos que aún no se han convertido en peligros para desactivar las inciertas fuentes de éstos, en este caso los paraísos fiscales.

54 ROMEO CASABONA, C. M., "El principio de precaución en las actividades del riesgo", en La responsabilidad penal de las actividades de riesgo, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002, p. 18

55 Un análisis de este principio desde una perspectiva amplia, en el que se defiende que no contradice o rompe con las categorías fundamentales del delito, pero sobre todo se centra en relación a las normas penales en blanco y elementos normativos del tipo, vid., ROMEO CASABONA, C. M., "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", en AAVV, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 77 y ss.; el mismo, desde una perspectiva más amplia de las actividad de riesgo, ROMEO CASABONA, C. M., "El principio de precaución en las actividades del riesgo", op. cit., p. 15 y ss.

Este principio puede utilizarse para legitimar la intervención penal cuando no sabemos si un determinado producto financiero o determinado negocio jurídico, llevado a cabo por entidades radicadas en un territorio offshore, puede llegar a producir resultados dañinos, pero racionalmente se cree que puede ocasionar perjuicios. Se prohíbe penalmente la comercialización de ese producto o el negocio jurídico, que realicen las empresas o entidades a través de paraísos fiscales. En realidad, se trata de establecer una medida cautelar en el desarrollo de una actividad⁵⁶, aunque no haya evidencia para establecer un vínculo causa-efecto entre una y otra⁵⁷. Es decir, existe una incertidumbre acerca de los procesos causales que puedan desencadenar dichas actividades, pero incluso cuando esa incertidumbre afecta al propio daño, así como a la cuantificación del riesgo y el daño. A este respecto existen sólo presunciones y sospechas. Ello, plantea la cuestión de si se puede excluir las exigencias de peligrosidad ex ante del comportamiento punible, o por el contrario, haciendo uso de la teoría de la causalidad, se considera suficiente con que al menos se pueda excluir ex ante como absolutamente improbable la posibilidad de que la conducta conlleve un peligro para el bien jurídico.

Sobre todo en el ámbito financiero, algún autor sostiene que se puede obtener una mayor legitimación fundamentada la intervención penal en la redistribución de la renta. Desde esta perspectiva, existe un deber de fomentar la justicia fiscal, que se fundamenta en la solidaridad, por lo que se considera innecesario concretar un marco de riesgo relevante para intereses personales, ya que no son bienes personales los que se protegen. A esta argumentación se llega, al estimar que, el fundamento de la precaución no es fácilmente compatible con los requisitos necesarios para el establecimiento de la responsabilidad penal, que presupone

un conocimiento al menos general o potencial de las consecuencias que pueden derivarse de la acción de un sujeto y que la conducta de éste puedan al menos imputarse causalmente los efectos indeseables del riesgo⁵⁸. Parece evidente que, la previsibilidad y causación como pilares de la atribución de la responsabilidad penal son puestos en entredicho⁵⁹. Pero, también es cierto que una de las principales ventajas del principio de precaución es permitir una mejor ligazón de estos tipos con las referencias últimas a los bienes jurídicos individuales que serían mediatamente protegidos a través de los bienes jurídicos instrumentales, reforzando así la legitimidad político-criminal⁶⁰.

En síntesis, al principio de precaución se le atribuye la cualidad de construir una especie de barrera de seguridad en la sociedad del riesgo. La legitimación última de castigar bajo pena conductas cuya lesividad no está probada, viene dada por la necesidad de ejercer una protección efectiva frente al riesgo. Por ello, se dice que la precaución refuerza a la prevención en situaciones de incertidumbre científica⁶¹, legitimando una intervención penal avanzada, aunque se afecte al principio de subsidiariedad, al prescindir completamente del filtro que representan los sistemas de control social de carácter extrapenal⁶². De hecho, CEREZO MIR, considera que dicho principio sólo debería servir de base para ampliación de las responsabilidades civiles y administrativas⁶³.

Parece que, el principio de precaución supone un paso adelante hacia la administrativización del Derecho penal en el ámbito de los nuevos riesgos. Si bien, el acercamiento entre ambas ramas del ordenamiento jurídico, en realidad siempre la hemos entendido, como una aproximación del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal en el plano de las garantías, como en efecto se ha producido, y no al revés, como

56 En este sentido, se ha pronunciado, MENDOZA BUERGO, B., "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo", op. cit., pp. 75 y s.

57 Vid., ROMEO CASABONA, C. M., "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", op. cit., pp. 79 y ss.

58 Esto ha llevado a que a este principio se le haya considerado más bien una *soft law*, vid., ROMEO CASABONA, C. M., "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", op. cit., pp. 83 y ss.

59 Así de rotunda se manifiesta, MENDOZA BUERGO, B., "El Derecho penal de la Globalización: el papel del principio de precaución", en *Derecho penal y política transnacional* (coords. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ), Atelier, 2005, pp. 342.

60 Cfr., MENDOZA BUERGO, B., "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo", en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto* (Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht, Recasens eds.), Atelier, 2003, pp. 75 y s.

61 *Ibidem*, págs. 79 y ss.

62 En lugar de ilícitos administrativos, se introducen incriminaciones anticipadas que son sólo delitos. En este sentido, vid., DONINI, M., "¿Una nueva edad media penal?, lo viejo y lo nuevo de la expansión del Derecho penal económico", en *Temas de Derecho penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico* (coord. Terradillos/Acale), Trotta, 2004, p. 202.

63 CEREZO MIR, J., "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal de riesgo", en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, n.º 10, 2002.

una deformalización del Derecho penal acompañada de la pérdida de garantías⁶⁴. En los últimos tiempos, con el principio de precaución se impone más esta última tendencia, en la medida en que, como se ha visto, se incriminan de forma anticipada hechos que jurídicamente pasan a ser por vez primera ilícitos, únicamente en el ámbito penal. Por este motivo, se afirma que a través del Derecho se pretende gestionar los riesgos. De tal manera que, el sistema se estaría escorando hacia modelos de intervención que identifican el bien jurídico a tutelar con mecanismos y funciones económicas y financieras, cuyo carácter multiforme y difuso, no pueden erigirse como un fundamento limitador del poder punitivo. Sin embargo, a mi juicio, esta crítica no debería de imputarse al Derecho penal económico ni financiero, ya que cuando la conducta afecta a intereses que exceden lo patrimonial, la intervención penal queda más justificada⁶⁵, dado su potencial destructivo y desestabilizador del sistema social-económico en su conjunto.

Para adelantar la intervención penal se utilizan estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo y dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto. Esta paulatina asunción, por parte del Derecho penal, de la función de prevención de los nuevos riesgos más insoportables para los bienes jurídicos más importantes mediante la tipificación de delitos de peligro abstracto no representa, necesariamente, que esta rama del ordenamiento jurídico haya entrado en un proceso de

paulatina administrativización. La práctica judicial se muestra de acuerdo con los delitos de peligro abstracto vinculados a la nueva sociedad de riesgo, en la medida en que se muestran como un instrumento eficaz de protección de la sociedad⁶⁶. El problema reside en que, la utilización de esta técnica depende la decisión del legislador que no sólo tiene en cuenta valoraciones del bien, sino también a criterios de oportunidad política y conveniencia para la actividad de policía⁶⁷.

La cuestión que subyace es si en el ámbito financiero político criminalmente se justifica el recurso a los delitos de peligro y la delimitación con las sanciones administrativas, aunque no estaría justificado que se realicen significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad, así como en el conjunto de garantías penales y procesales. También si se podrían admitir ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco, que confía la delimitación del ámbito de lo prohibido a la normativa administrativa, con el consiguiente vaciamiento de la antijuridicidad, que pasa a ser puramente formal; una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de desobediencias, así como la utilización de los delitos de acumulación⁶⁸, entendidos como aquellos en que las conductas individualmente consideradas no representan un peligro especialmente relevante, de modo que éste sólo podría llegar a concretarse si las conductas se repiten. En este caso, no se tendría que esperar a

64 Precisamente una aproximación del Derecho administrativo sancionador será inevitable cuando se tenga que determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según establece el Proyecto de Ley orgánica de 15 de Enero de 2007 de reforma del CP, en la medida en que el Derecho penal del hecho y de la culpabilidad se basa en la responsabilidad individual. En sentido crítico, cfr., LUZÓN PEÑA, D. M., "Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales", en Estudios penales en Recuerdo del profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, 2003, p. 548. Pero, también es cierto que no pueden mantenerse argumentos político-criminales en contra de la responsabilidad de las personas jurídicas. Al respecto, vid., BAJO FERNÁNDEZ, M., "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1981, pp. 371 y s.

65 TERRADILLOS BASOCO, J., "Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico", op. cit., p. 220

66 Vid., CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, pp. 200 y s.

67 QUINTERO OLIVARES, G., "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo", en Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. (Arroyo/Neumann/Nieto coord.), Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 242

68 Al respecto, conviene recordar que además de una ausencia total de peligrosidad general en los hechos individuales aislados, al reputar tales conductas penalmente relevantes y atribuirles la condición de injusto culpable se modifica el concepto injusto, se infringe también el principio de culpabilidad por el hecho propio, ya que se fundamenta en el hecho realizado por terceras personas. Es decir, estamos ante una fundamentación del injusto *ex iniuria tertii*, rechazable desde los presupuestos de imputación configurados en torno a un reproche de la culpabilidad, basado en un hecho lesivo individual, y no en una culpabilidad colectiva o vicarial. Así como, dada la evidente desproporción entre una conducta de grado ínfimo de peligro y una pena privativa de libertad, se infringe el principio de proporcionalidad entre el grado de injusto y la sanción

que exista un peligro concreto para intervenir porque como se ha demostrado existe ya un daño a gran escala y, como no se dispone de un aparato administrativo adecuado, que vigile, supervise y sancione, quizás no quede más remedio, que recurrir, como se ha hecho en otros ámbitos, a la sanción penal como primera y única razón. Ni siquiera sería necesario un peligro abstracto y actual para intereses individuales, sino que basta con que pueda existir una probabilidad de conductas similares por terceras personas, para que la conducta, que en sí es insignificante, sea objeto de reproche penal. Entre ellos, podría incluirse la evasión y fraude fiscal.

También podría producirse una extensión del ámbito punitivo, abusando de la responsabilidad penal de garante y los delitos de comisión por omisión, y en los resultados imprudentes prescindiendo de la previsibilidad y de los conocimientos individuales del autor. El deslizamiento hacia un Derecho penal de responsabilidad objetiva representa una seria amenaza, que no debería pasar desapercibida. Todo ello, supuestamente con el fin de ampliar la capacidad de respuesta y la eficacia en el control de conductas, puesto que al disminuir estos delitos los requisitos de punibilidad, facilitan enormemente la aplicación del tipo y con ello el alcance de la utilización del instrumento penal. Pero, lo cierto es que en las inversiones con asesoramiento los intermediarios financieros⁶⁹ tienen una posición de garante que implica deberes específicos de información y veracidad, salvo renuncia del cliente (art. 79 bis LMV), por lo que se puede y se debe exigir responsabilidad penal en comisión por omisión por un delito de estafa.

Una toma de postura definitiva me lleva a defender que, una ampliación o extensión del ámbito de intervención penal podría estar justificada en los delitos contra el orden socioeconómico y en los delitos financieros, incluso sería “soportable” la falta de un referente valorativo sobre la gravedad de los hechos descritos en el tipo, la flexibilización del aparato garantístico y el

sistema de imputación⁷⁰. Empero, en el ámbito económico y financiero, como se ha señalado, abundan más los ejemplos de absentismo, en un gran número de casos cuando se configura un delito como un delito de peligro abstracto se exige además condiciones objetivas de punibilidad y específicos elementos subjetivo del injusto. Sin olvidar que, también en algunos supuestos en este ámbito se excepciona la persecución de oficio y se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes.

Como ha señalado TERRADILLOS BASOCO⁷¹, lo admitido tributariamente no puede ser prohibido penalmente, la actual política criminal en este país en el sistema penal tributario ha quedado plasmada en el Real Decreto-ley 12/2012 que se aprobó una amnistía y en la reforma del CP mediante Ley 7/2012 que transforma la regularización fiscal de excusa absolutoria a causa de atipicidad. Tampoco lo admitido en los mercados financieros, como son las participaciones preferentes, no puede ser penalmente ilícito, la resolución de este conflicto se pretende resolver a través de arbitraje privado, procediendo a su devolución si irregularidad es manifiesta y grave.

En realidad, en este país, no se ha desarrollado un Derecho penal financiero, que además de tutelar como el buen funcionamiento del mercado financiero, devuelva la confianza del público en los mercados, proteja los intereses de los inversores y su patrimonio individual, así como asegure un sistema tributario justo. Incluso, el tipo penal introducido en la reforma 5/2010, de 22 de junio, del fraude de inversores (art. 282), es insuficiente porque pese a tipificar como delito la conducta de los gestores que difunden noticias o rumores falsos sobre la situación económica de empresas y personas, pero no tipifique la misma conducta cuando las noticias falsas sea sobre la situación económica del estado, lo que supone una amenaza para solvencia del Estado⁷².

69 Vid., el estudio de FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Crisis económica y derecho penal: la responsabilidad de los intermediarios financieros por la comercialización de productos a terceros, incremento de las insolvencias y de la conflictividad social” op. cit., pp. 18 y ss., donde se pone de manifiesto como la banca privada o de inversión influye como intermediarios sobre clientes para que contraten productos sofisticados y peligrosos, tratándose de productos que se negocian solo en mercados accesibles solo a entidades especializadas y por cuya colocación cobran comisiones, y se defiende la responsabilidad por estafa en comisión por omisión de aquellos que asesoran o aconsejan de forma inveraz. En este sentido, vid., también la STS 2015/2002, donde se aborda el concepto de engaño en los negocios de inversiones de capital.

70 Más ampliamente, vid., TERRADILLOS BASOCO, J., “Globalización, administratización y expansión del Derecho penal económico”, op. cit., pp. 230 y ss.

71 TERRADILLOS BASOCO, J., “Política criminal en materia socioeconómica hacia el derecho penal de la exclusión”, intervención en XXXIII Cursos de especialización en Derecho Universidad de Salamanca, Salamanca, 19-jul-2013.

72 FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Crisis económica y derecho penal: la responsabilidad de los intermediarios financieros por la comercialización de productos a terceros, incremento de las insolvencias y de la conflictividad social” op. cit., p. 61

No obstante, respecto a la posible propuesta de un Derecho de intervención en el ámbito de los delitos financieros, conviene matizar que si bien no cabe duda la aptitud del derecho fiscal y mercantil, su capacidad para marcar pautas de conductas, debido precisamente a que resultan menores y menos importantes las cortapisas imponen el Estado de Derecho. El rechazo del Derecho penal como principal directriz de comportamiento, podría llegar a suponer pasar el muerto a otras disciplinas vecinas. Por otra parte, no parece que, la indicación de una tercera vía alternativa tanto al ilícito penal como al ilícito administrativo, haya ofrecido hasta ahora convincentes soluciones, ya que permanece siempre abierto el problema, por un lado, de la tipología de las sanciones aplicables y, por el otro, de las garantías del Estado de Derecho.

La sustitución de las penas privativas de libertad por otras menos afflictivas, como propone la tercera vía, conlleva que la exclusión del CP tendría como consecuencia que, contendría sólo tipos penales con valencia interpersonal y, en el plano patrimonial, de tipo micro-económico, excluyendo los hechos de alcance macro-económico, por su naturaleza los más graves e insidiosos⁷³. En suma, mientras la huida de la sanción penal privativa de libertad, representa un odioso privilegio concedido a sujetos pertenecientes a las clases sociales más elevadas, a pesar de la afectación a intereses particularmente cualificados, el descenso del umbral garantístico evoca esquemas sancionatorios propios del ilícito administrativo⁷⁴.

Concretamente, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN⁷⁵, manifiesta que los delitos económicos más graves que tendrían que llevar aparejada una pena privativa de libertad y deben tener idénticas reglas de imputación y las mismas garantías que el resto de delitos del Derecho penal nuclear. Aunque acaba aceptando un Derecho penal alternativo que no recurra a la pena privativa de libertad para otras infracciones de menor entidad. En contra de esta última afirmación, estimo que los inconvenientes se superarían en parte, haciendo innecesario cualquier tipo de Derecho penal especial, si existiese un acuerdo de fondo sobre la necesidad de verificar las posibilidades de despenalizar parte signifi-

cativa del archipiélago penal, no limitándose al ámbito socioeconómico, donde precisamente debería imponerse la tendencia contraria. Todo esto, sin olvidar la exigencia de actualizar las características de la intervención penal en el ámbito financiero, en el cual una tutela de este tipo parece necesaria y deben imponerse penas privativas de libertad.

La etiqueta de Derecho de intervención, como podría ser el Derecho penal financiero que se ha tratado de esbozar en estas páginas, sirve sólo para indicar el subconjunto penal dirigido a satisfacer las nuevas exigencias de tutela. El Derecho penal tiene el deber ir hasta el fondo de la modernidad, es decir, hasta el fondo en este caso de las causas de la crisis financiera, que han provocado la crisis económica, sin cerrarse de forma numantina para rechazar todo desafío. En esta línea, conviene destacar que la internacionalización de la criminalidad económico financiera representa un enorme reto para la creación e internacionalización de la política criminal y penológica en el ámbito de la cooperación internacional, interregional, bilateral y nacional. Si se quiere llevar a cabo políticas de intervención preventivas y represivas, la coordinación con los gobiernos y las autoridades extranjeras es crucial, pues sólo así podrán intentarse atajar las causas y desarrollarse las acciones internacionales especiales y necesarias con el fin de investigar y reprimir la criminalidad mafiosa. Resulta necesario, un enfoque mundial común para abordar el problema podría contribuir a fortalecer la cooperación y los mecanismos internacionales de aplicación de la ley. Esto requeriría la normalización de las definiciones legales de delitos económicos y financieros, así como conocimientos técnicos especializados para investigar tales delitos dentro de los organismos de aplicación de la ley, especialmente en los países en desarrollo.

Ciertamente, los problemas por domésticos que parezcan, son de carácter planetario y, por ende, requieren respuestas y soluciones globales. El fenómeno de la delincuencia transnacional, asociada generalmente a la delincuencia económico y financiero, ha puesto en evidencia la insuficiencia de las diversas jurisdicciones nacionales para su persecución. Por tanto, la creación y el mantenimiento de un marco viable de lucha conjunta

73 Cfr., entre otros, SEMINARA, S., "La Evolución del Derecho penal del Mercado Financiero desde la perspectiva europea", en *La política criminal en Europa* (dir. Mir/Corcoy), Atelier, 2004, p. 284; en el mismo sentido, se ha pronunciado reiteradamente en nuestra doctrina TERRADILLOS BASOCO, J., "Globalización, administratización y expansión del Derecho penal económico", op. cit., pp. 238 y s.

74 Vid., SEMINARA, S., "La Evolución del Derecho penal del Mercado Financiero desde la perspectiva europea", op. cit., p. 286

75 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del "Big Crunch" y la selección de bienes jurídico-penal", en *La política criminal en Europa* (dir. Mir/Corcoy), Atelier, 2004, pp. 98.

contra la delincuencia transnacional económica-financiera es un reto importante al que se enfrenta la comunidad internacional, en la medida en que los gobiernos no podrán solucionar adecuadamente estos nuevos problemas que surgen si actúan aisladamente o a través de las formas tradicionales de cooperación internacional en materia de prevención del delito. Una estrategia preventiva concertada más los lazos formales, ofrecen una base de colaboración internacional consolidada contra el crimen.

VI. EPÍLOGO

En el ámbito internacional es necesario adoptar medidas para el saneamiento total, transparente, efectivo y radical del sistema financiero. El imperio de la Ley a través de un Derecho internacional financiero, que incluya una política criminal intervencionista en este ámbito, es la vía idónea para conseguir la restauración del sistema de mercado en este sector. La UE debe plantear la solución de los problemas de desregulación y los muchos riesgos que genera para los Estados miembros “el espacio financiero Europeo” sin fronteras para el capital. Por su parte, la globalización en lugar de exigir menos Estado, debería suponer una funcionalización de los instrumentos económicos, políticos y jurídicos del Estado a los imperativos de las estrategias de la mundialización. Lo que la razón exige del Estado es su apertura a la economía globalizada, además de una decidida y copiosa intervención, que sirva para depurar las responsabilidades penales y políticas.

Desde estos planteamientos, la armonización europea tendría que representar un modelo autónomo de respuesta a la globalización como fenómeno de desregulación, de crisis de los modelos tradicionales de hacer Derecho: el aspecto defensivo de esta perspectiva me parece prioritario, porque no se pueden impulsar modelos alternativos de la economía mundial, si no es construyendo precisamente, un sistema que represente un proyecto de resistencia, un polo dialéctico dentro del contexto global. En esta línea, debería llevarse a cabo una política-criminal que demande enérgicamente la persecución y la sanción de estas infracciones a nivel mundial a través Convenciones internacionales e instrumentos jurídicos regionales que determinen y sirvan

para armonizar las conductas económicas-financieras punibles, que tutelen el buen funcionamiento de los mercados financieros, la confianza del público en los mercados, los intereses de los inversores y su patrimonio individual, así como asegure un sistema tributario justo. Aunque para llevar a cabo un Derecho penal financiero en los diferentes Estados, sea necesaria la utilización de la técnica de leyes penales en blanco, el recurso a los delitos de peligro y la delimitación con las sanciones administrativas.

Por otra parte, resulta necesario adoptar medidas que controlen y dismantelen los paraísos fiscales con el fin de impulsar la justicia fiscal y económica, el buen gobierno y la financiación de la lucha contra la pobreza, el derecho de injerencia internacional en los paraísos fiscales, para lo cual es necesario romper la sacralidad del secreto bancario. La razón estriba en que la existencia de paraísos fiscales y el secreto que impide saber si los flujos económicos que protegen proceden de los mercados ilícitos o de la fraudulenta evasión fiscal, siendo al final los mismos. Por ello, deben revisarse las normas de transparencia fiscal internacional para que lejos de limitarse a denegar algún beneficio fiscal avancen en la línea de sancionar de forma suficiente y disuasoria la conducta quienes operan fuera del territorio, o que infringen los requisitos que deben exigirse allí.

Además, aunque el Tratado de Lisboa prevé la creación de una Fiscalía Europea “para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión” (art. 86.1.f TFUE), lo cual puede abrir una vía para dotar de mayores competencias penales a la Unión (por ejemplo, creando una Sala de lo Penal en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea)⁷⁶. Resulta conveniente, la creación de un espacio judicial y una fiscalía contra la delincuencia financiera a nivel continental e internacional es la pieza básica, junto con el establecimiento de un cuerpo jurídico compartido, es decir, la creación de una Corte internacional económica, hasta mecanismos para ampliar la jurisdicción y cooperación. Éste es el instrumento clave para realizar las investigaciones pertinentes, obligar a las entidades bancarias a conservar las pistas de las transacciones, rescatar los fondos de dinero “sucio”, desvelar las redes de “empresas tapadera”, establecer

76 ROMEO MALANDA, S., “Criminalidad económica y Derecho penal europeo tras el Tratado de Lisboa”, op. cit., p. 269. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones contra los intereses financieros de la Unión, y para incoar un procedimiento penal Y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones. Por lo tanto, al menos de momento, no se crean, de forma. Simultanea la Fiscalía, órganos judiciales penales especiales para la persecución de delitos europeos

el principio de residencia para la fiscalidad empresarial y decretar el encarcelamiento de los delincuentes financieros⁷⁷.

En principio la persecución no puede lograrse de manera efectiva si no se establecen, de forma paralela a la aprobación de normas comunes, mecanismos de cooperación y coordinación judicial y policial efectivos, para lo cual el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (muy vinculado a la armonización normativa) supone un enorme avance. Así, habrá que continuar mejorando instrumentos tales como Eurojust, Europol o el Espacio Schengen⁷⁸. Es preciso que los funcionarios encargados de la aplicación de la ley reaccionen rápidamente para proteger las pruebas o congelar e incautar los activos obtenidos ilegalmente. No obstante, hay varios factores que dificultan estas acciones y que a veces hacen imposible llegar a descubrir a los delincuentes y los activos obtenidos ilegalmente. Estas dificultades surgen a raíz de las diferencias entre los países en cuanto a ordenamientos jurídicos nacionales, aplicación de convenios internacionales y nivel de conocimientos especializados de sus respectivos investigadores y fiscales.

La persecución de los crímenes transnacionales, como los delitos financieros, requieren mínimo de un principio de justicia universal limitado, es decir, la cooperación judicial internacional podrá supeditarse a la presencia de puntos de conexión y a su carácter subsidiario. Es necesario también aplicar a estos delitos la Orden Europea de Detención y Entrega, igualmente resulta imprescindible cumplir en este ámbito con el deber de auxilio judicial por parte del Estado respecto de los jueces que investigan y enjuician los delitos amparados por el principio de justicia transnacional. Para el buen fin de estas investigaciones y enjuiciamiento debe existir un auxilio judicial por parte de la totalidad de los poderes del Estado.

Todo ello, sin olvidar que, la cooperación policial y judicial, por muy intensa que sea, no puede, sin embargo, agotar las expectativas político-criminales. Las exigencias de una actuación eficaz frente al crimen financiero pasan por alto que las demandas que la sociedad dirige al Derecho penal son siempre prácticas.

La eficacia socialmente demandada no se identifica con la agravación de las sanciones o la minoración de garantías, sino con el incremento de resultados preventivos. En este camino, no cabe articular estrategias que prescindan de una referencia a valores. Por ello, es muy importante construir una nueva cultura de la progresividad fiscal como forma solidaria de redistribución de riqueza, la cual tiene que estar sostenida por una armonización fiscal en áreas geoeconómicas que impida la competición fiscal a la baja e instaure impuestos unitarios a las empresas para disuadir su deslocalización. Pero, sobre todo, la tarea inicial es el control político de la economía mundial y los mercados financieros, después en el ámbito jurídico-penal consiste en fijar una persecución internacional de los tipos delictivos económicos-financieros, que están afectando a las personas en cualquier parte del planeta. Lo que supone una ponderación de costes que ha de integrar la eventual colisión de cada una de las alternativas con los principios garantizadores que se entienden definidores del sistema.

Situados en este debate, como se ha tratado de demostrar, no parece que los avances en la lucha contra la delincuencia económica y financiera global se hayan realizado con un utilitarismo a ultranza desconecedor de principios garantizadores. La razón no sólo estriba en que los delitos graves exigen respuestas preventivamente adecuadas, y la criminalidad transnacional y financiera no puede solventarse prescindiendo de la pena privativa de libertad, al menos si se quiere mantener cierta coherencia con las valoraciones inherentes a todos los sistemas jurídicos-penales. Por tanto, no se trata de rebajar el sistema de garantías, porque no es aceptable rebajar la contundencia de las sanciones, sino que ampliar el catálogo de delitos bancarios o financieros, además estos deben perseguirse extraterritorialmente. En suma, es necesario conseguir un progreso enérgico para hacer frente a este tipo de criminalidad a través de la internacionalización de medidas preventivas (control político-mundial de la economía mundial y el sistema financiero) y represivas desde la armonización legislativa penal de los países y la creación de una Corte internacional económica hasta mecanismos para ampliar la jurisdicción y cooperación.

77 JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica", op. cit., p. 156 y s.

78 ROMEO MALANDA, S., "Criminalidad económica y Derecho penal europeo tras el Tratado de Lisboa", op. cit., p. 330,