

LA INCIDENCIA DEL *SOFT LAW* EN LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL*

Soft Law Impact in Criminal Law Expansion

MÓNICA DE LA CUERDA MARTÍN**

Fecha de recepción: 14/11/2020
Fecha de aceptación: 09/02/2021

acfs, Protocolo I (2021), 211-234
ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716
<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.16765>

RESUMEN Los elementos básicos sobre los que se asienta esta contribución son; Por un lado, el reconocimiento de las características básicas de los instrumentos de *soft law* y la apreciación de su desnaturalización. Y, por otro lado, el análisis del fenómeno expansivo del Derecho penal y su vinculación con la globalización y la sociedad del riesgo. Su análisis conjunto me permitirá determinar la efectiva incidencia del *soft law* en la expansión del Derecho penal, a la luz de lo sucedido en el caso del autoblanqueo de capitales que aunado a la tipificación de las conductas de utilizar y poseer (art. 301 CP), y siendo considerado como delito previo el fraude fiscal (art. 305 CP) genera importantes quiebras en uno de los principios más básicos y elementales del Derecho penal del Estado de Derecho, esto es, el principio *non bis in idem*.

Palabras clave: *Soft law*, *hard law*, Derecho penal, expansión, GAFI, blanqueo de capitales, autoblanqueo de capitales.

ABSTRACT The basic elements on which this contribution is based are: on the one hand, the recognition of the basic characteristics of *soft law* instruments and the appreciation of their denaturalization, on the other hand, the analysis of the expansive phenomenon of criminal law and its link with globalization and the risk society rise. The analysis of these factors jointly allows me to determine the effective incidence of the soft law in the expansion of criminal law, in the light of happening in the case of self-money laundering, that together with the classification of the conduct of using and possessing (art. 301 CP), and its consideration as a prior crime Tax fraud (art. 305 CP), are produced significant breaks on one of the most primary principles of the Criminal law for the rule of law, the non bis in idem principle.

Keywords: *Soft law*, *hard law*, expansion, criminal law, GAFI, money laundering, self money laundering.

* Para citar/citation: De la Cuerda Martín, M. (2021). la incidencia del “soft law” en la expansión del Derecho penal. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 211-234.

** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Cobertizo de San Pedro Mártir s/n, 45071 Toledo (España). Correo electrónico: Monica.CuerdaMartin@uclm.

1. INTRODUCCIÓN

¿Un instrumento jurídico no vinculante (soft law) puede incidir en la expansión-modernización del Derecho penal (económico)? Esta pregunta constituye la columna vertebral de mi contribución y con cuya respuesta pretendo ofrecer una visión acerca no solo de la complejidad de estos instrumentos, sino también, del propio fenómeno expansivo. Ello a través de uno de los ejemplos más ilustrativos y controvertidos, en particular, la introducción del autoblanqueo en nuestro ordenamiento jurídico. Para dicho análisis, partiré de las siguientes premisas;

I. Dualidad de instrumentos jurídicos en el ordenamiento internacional; Sin perjuicio de sus diferentes manifestaciones, disponemos en este plano de instrumentos de *hard law* y *soft law* que ostentan, respectivamente, la capacidad para dirigir o influenciar los ordenamientos jurídicos nacionales, y cuyas características se definirán por exclusión.

La desnaturalización de los rasgos propios del *soft law* y su conversión en instrumentos dotados de vinculatoriedad tácita mediante el reconocimiento de un *pseudosistema* sancionador, nos abocan a adentrarnos en el estudio de una dicotomía que, en lo que alcanzo a ver, aún no ha sido plateada, y que se vendría a identificar con la necesaria diferenciación entre *soft law dogmático (deber ser)* y *soft law real-práctico (ser)*.

II. La tendencia expansiva de nuestra legislación; Aun cuando su origen debe situarse en la promulgación del Código Penal (en adelante, CP) de 1995, es necesario tener presente que, con el paso del tiempo, esta tendencia expansiva no ha hecho más que consolidarse debido, entre otros motivos, a la creciente globalización y a la denominada sociedad del riesgo. Esto nos lleva a plantearnos un difícil equilibrio entre las necesidades de protección de bienes jurídicos (existentes y nuevos) y los peligros que supone para la protección de las garantías más propias y esenciales de un Derecho penal del Estado de Derecho.

Todo ello cobra una especial relevancia en el plano del Derecho penal económico, donde su continuo proceso expansivo, la exigencia internacional de reformas y el relevante papel que desempeña el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante, GAFI) lo convierten en un paradigmático ejemplo de la problemática que aquí se aborda.

III. La incidencia del soft law en la expansión penal; Gracias a una visión conjunta de las premisas anteriores, se puede avanzar que, efectivamente, las Recomendaciones del GAFI (*soft law*) ostentan la capacidad de

dirigir, y no solo de influenciar el sentir de los ordenamientos jurídicos nacionales, hasta el punto de que, en virtud de su contenido, se expande el Derecho penal con la inclusión de nuevas figuras penales, como el auto-blanqueo, lo que, además, puede implicar quiebras de principios esenciales como el *non bis in idem*.

2. “SOFT LAW”: CONCEPTO Y ALCANCE

2.1. Planteamiento general del *soft law*

El término *soft law* fue acuñado por Lord Macnair y, pese a sus diversas interpretaciones¹, en la actualidad puede entenderse como un Derecho laxo, blando o flexible caracterizado por identificarse como un conjunto de instrumentos emanados de organismos u organizaciones internacionales dotadas de autoridad y que careciendo de eficacia vinculante y sistema sancionador puede revestir diferentes manifestaciones, tales como; recomendaciones, principios, consejos, declaraciones o pautas reguladoras (Garrido Gómez, 2017, pág. 4).

El principal objetivo de este tipo de instrumentos se identifica con la búsqueda de un consenso internacional², siendo la adopción voluntaria de estas regulaciones, en opinión de Mostacci, sinónimo de la integración en la comunidad internacional (Mostacci, 2008, pág. 90). Ello denota, según Feler Alan, la intención incipiente de orientar los esfuerzos hacia el logro de determinados objetivos a través de expectativas comunes de conducta (Feler, 2015, pág. 292).

Así las cosas, entiendo que podemos configurar al *soft law* como un instrumento “*de fines*” encaminado a marcar las pautas generales de actuación en aras de garantizar la consecución de un objetivo concreto, pero que, a la vez, es lo suficientemente “*abierto*” como para dejar en manos de los

-
1. Inicialmente el término *soft law* se empleó para “describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían en operativos a través de su aplicación judicial”. *Vid.* en este sentido; Mazuellos Bellido, 2004, pág. 2; Alarcón García, 2010, pág. 274. Por su parte Barberis también ha enunciado, a mi juicio con gran acierto, las diferentes acepciones que puede tener este término. En este sentido; Barberis, 1994, págs. 282-283.
 2. Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta, no solo su excepcionalidad, sino que también se caracterizan por ser actos e instrumentos atípicos, debemos destacar que los mismos también están presentes en el Derecho público español a través de distintas formas y categorías, siendo así el caso de las circulares, las instrucciones o las cartas de servicio (Sarmiento, 2006, pág. 231).

Estados la potestad de llevarlo a término de la forma que mejor se adecúe a sus parámetros constitucionales y a las exigencias propias y principios básicos de un Derecho del Estado de Derecho respetuoso y garantista. Por consiguiente, cuando los Estados aceptan el contenido de estos instrumentos solo se estarían comprometiendo a tomar las medidas necesarias para alcanzar un fin común de carácter global (por ejemplo, la lucha contra el blanqueo de capitales en un determinado ámbito), pero se guardarían para sí la potestad de decidir cómo y cuándo adoptan el contenido del *soft law*.

No obstante, debemos tener presente que en el plano internacional también disponemos de herramientas de *hard law* entendidas como “aquellos instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado” (Del Toro Huerta, 2006, pág. 528).

En virtud de ello y, sin perjuicio de posteriores matizaciones, es posible apreciar la existencia de un binomio fenomenológico derivado de la contraposición entre el *hard law* y el *soft law*, alzándose éstos como puntos antagónicos cuyas características propias se definirán por exclusión³ y guardando únicamente en común el orden institucional del que emanan, lo que no significa entender que son compartimentos estancos no interrelacionados, ya que el ordenamiento jurídico internacional prevé una serie de técnicas jurídicas⁴ destinadas a convertir aquellos instrumentos que nacen como *soft law* en *hard law*, de tal forma que, éstos últimos, puedan ser incorporados con plenos efectos a los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, esta conversión se enfrenta a una problemática temporal, en otras palabras, “llega tarde”, pues con carácter general la conversión del *soft law* en *hard law* se realiza con posterioridad a la introducción en los ordenamientos jurídicos nacionales del contenido del *soft law*. Ello obedece, como se verá a continuación, a la desnaturalización de las características propias de éstos últimos, convirtiéndose así en instrumentos jurídicos dotados de una vinculatoriedad táctica.

3. Respecto a las diferencias conceptuales entre *hard law* y *soft law*: Sánchez Cáceres, 2019, pág. 468.

4. Se trata concretamente de: 1) La incorporación en *hard law*; 2) La incorporación por referencia o reenvío; 3) La incorporación por aval del legislador. En mayor profundidad sobre el contenido de estas técnicas: Sarmiento, 2006, pág. 249.

2.2. Elementos propios del *soft law*

En palabras de Garrido Gómez el *soft law* se puede describir como “nuevos arreglos de gobernanza”⁵ que, si bien tienen naturaleza jurídica normativa⁶, no poseen obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad, sanciones y/o autoridades que los exijan (Garrido Gómez, 2017, pág. 56)⁷. Es importante valorar que de la mencionada conceptualización se derivan las principales características de esta tipología de instrumentos.

En primer lugar, *se trata de instrumentos carentes de eficacia vinculante*, Mostacci, Ramajoli, Del Toro Huerta o Mazuelos Bellido⁸ vienen a recoger el sentir prácticamente unánime de la doctrina al entender que no resultan de obligado cumplimiento para los Estados, de ahí que, normalmente, revistan la forma jurídica de recomendación. Con todo, para Mazuelos Bellido esta fuerza vinculante puede ser cuestionada (Mazuelos Bellido, 2004, pág. 2). Ello, en mi opinión, resulta un matiz de gran trascendencia y para cuya comprensión es necesario tener presente el resto de las características propias de esta institución, debido a que este cuestionamiento es consecuencia, precisamente, de su desnaturalización.

Ahora bien, que el *soft law* no sea vinculante no es óbice para entender que *está dotado de autoridad*. Autoridad que precisamente se deriva de su elaboración por organismos u organizaciones relevantes internacionalmente. Por esta razón, el *soft law* vendría a adquirir la autoridad de la institución que lo dicta.

-
5. Sobre la relación que guardan entre sí el *soft law* y la gobernanza; Laporta San Miguel, 2014, págs. 51-56 y 60.
 6. Existe un intenso debate acerca del entendimiento, o no, del *soft law* como fuente del Derecho internacional, y cuya respuesta depende en cierto modo, de la interpretación que se otorgue al art. 38 del Estatuto de la CIJ. Así, mientras que para Alarcón García el *soft law* conforme a una interpretación estricta no puede ser considerado fuente del Derecho Internacional (Alarcón García, 2010, pág. 528), para Escudero Alday, mediante una interpretación moderada, el mismo podrá ser considerado como tal siempre y cuando sea introducido en el ordenamiento jurídico mediante una norma de *hard law* (Escudero Alday, 2012, pág. 109 y ss.). La tercera opción, pasaría por *interpretación flexible* en virtud de la cual, el *soft law* puede ser considerado fuente del Derecho internacional, en tanto en cuanto, es consecuencia de la voluntad de los estados respecto de una determinada problemática de carácter global.
 7. En términos similares también se manifiesta Escudero Alday, para quien el *soft law* es “una fórmula de producción normativa que se coloca al lado de las formas tradicionales de regulación jurídica y que en este momento inicial puede caracterizarse a través de las siguientes notas: responde al esquema de consejo o recomendación, propone y no impone la realización de conductas” (Escudero Alday, 2012, pág. 128).
 8. En este sentido *vid.*, Mostacci, 2008, págs. 2-3, Romajoli, 2017, pág. 150; Del Toro Huerta, 2006, pág. 519; Sperti, 2012, pág. 108.

Más concretamente, el *soft law* puede provenir tanto de organismos propios de la Unión Europea⁹, como de organizaciones internacionales destinadas, en abstracto, a ordenar nuestra vida en sociedad (GAFI, OCDE, OMS, FMI etc.). En especial, los mayores inconvenientes surgen cuando el *soft law* es emitido por este tipo de organizaciones que, sin perjuicio del importante papel que desempeñan, en mi opinión a los instrumentos por ellas emitidas (tal es el caso del GAFI) se les vendría a otorgar una capacidad de afectación a los ordenamientos jurídicos nacionales superior a la que dogmáticamente les correspondería.

La tercera característica del *soft law* se identifica con la *ausencia (formal) de un sistema sancionador y de autoridades que lo exijan*. En efecto, si atendemos a la literalidad de estos instrumentos en ellos no podremos encontrar establecido un sistema sancionador *strictu sensu* de ahí que se diga que formalmente carecen del mismo. Con todo, si nos situamos en un ámbito más práctico, más real, podremos apreciar que, en realidad, sí están dotados del mencionado sistema sancionador, por cuanto el no respeto por parte de los Estados del contenido establecido en los mismos supone la imposición de sanciones “honoríficas” basadas en el descrédito internacional y en el señalamiento público¹⁰. Sanciones que, por cierto, pueden ser incluso más dañinas que las económicas. Esto es lo que autores como Alarcón, Caamaño Anido o Calderón Carrero¹¹ han calificado como *soft coerción* y vendría a identificarse con los propios canales de sanción del *soft law* al no resultar de aplicación las fórmulas tradicionales (Alarcón García,

-
9. En virtud del art. 249 del Tratado de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ostentan la capacidad de dictar recomendaciones y dictámenes no vinculantes, esto es, *soft law*.
 10. De esta opinión es Ibáñez cuando sostiene: “se trata de normas a las que les falta uno de los elementos del concepto de norma jurídica, es decir, el efecto o consecuencia jurídica, que también se le suele llamar “sanción”; qué ocurre si no se cumple la proposición que determina lo que debe de hacerse en una situación concreta, lo que ordena la norma. Estas normas “blandas, verdes o flexibles”, vienen a recuperar para el ámbito jurídico la característica básica de las normas sociales, dotadas de una sanción tácita que solo supone en mayor o menor medida un descrédito o pérdida de consideración pública” (Ibáñez García, 2018, pág. 3).
 11. Más concretamente, Caamaño Anido y Calderón Carrero, tras reconocer la existencia de modificaciones de los ordenamientos jurídicos nacionales a la luz de las disposiciones de *soft law*, entienden que, en aquellos casos en los que los Estados no las lleven a término “pueden sufrir determinados tipos de contramedidas por parte de las organizaciones e instituciones que las han dictado, como por ejemplo, la inclusión en una “lista negra”, sanciones económicas, obstaculización de operaciones con el país incumplidor por parte de un bloque de países que establecen legislación a tal efecto, o simplemente la suspensión de los pagos de un crédito internacional” (Caamaño Anido y Calderón Carrero, 2002, págs. 245-288).

2010, pág. 277). Un problema adicional y derivado de este tipo de sanciones no cuantificables es la posible *vulneración de principios esenciales* como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad. Las consecuencias indirectas del marcaje internacional como país incumplidor suponen un daño difícil de cuantificar y que podría suponer, entre otras cuestiones, una ralentización o supresión parcial en la llegada o establecimiento de capitales.

2.3. *Soft law dogmático (deber ser) vs. Soft law real-práctico (ser); Un análisis de la interdependencia de las características básicas de los instrumentos de soft law*

De todas las características mencionadas quizás la que ostente una mayor relevancia a efectos de establecer la diferenciación entre un *soft law dogmático* y un *soft law real* es la tercera, esto es, la relativa a la ausencia de un sistema formal de sanciones por cuanto vendría a identificarse como la unificación de los dos rasgos anteriores y, a la vez, es la que permite una mejor comprensión.

Las sanciones honoríficas supondrían el *reconocimiento táctico de la vinculatoriedad del soft law* pudiéndose apreciar la existencia de un *pseudosistema sancionador* derivado de la necesidad de que recomendaciones, consejos o principios sean respetados por todos los Estados tornándose así en vinculantes debido a la autoridad de la institución que los dicta. Por consiguiente, y aun cuando autoridad y vinculatoriedad no son sinónimos, se convierten en directamente proporcionales: A mayor relevancia o autoridad internacional de la organización que emita el instrumento de *soft law*, mayor vinculatoriedad. Teniendo ello en cuenta, es posible diferenciar entre;

- *Soft law dogmático (deber ser)*: Se concretaría en la definición propia de estos instrumentos: Están dotados de autoridad, pero ello no supone ni una vinculatoriedad, ni la existencia de un sistema sancionador económico y/o honorífico.
- *Soft law real-práctico (ser)*: Supone la desnaturalización de las características propias de estos instrumentos ostentando así una vinculatoriedad táctica y *pseudosistema* sancionador de carácter honorífico. En realidad, este *soft law práctico* se diferenciaría del *hard law* por cuanto, este último, nace con verdadera voluntad vinculante y el primero la adquiere con posterioridad.

En la actualidad, lamentablemente nos estaríamos encaminando hacia la aceptación de un *soft law real-práctico* que nos situaría fuera del margen

de lo que este tipo de instrumentos deberían ser. Este “*paso*” se alzaría como una consecuencia derivada del aumento de las relaciones de interdependencia entre los Estados y quienes lo dictan.

En mi opinión, no es adecuado dotar al *soft law* de una vinculatividad implícita partiendo de la reinterpretación de sus características propias y configuradoras (deber ser), ya que así, se le estaría reconociendo su capacidad para dirigir y no solo influenciar el sentido de nuestro ordenamiento jurídico interno y, más allá de que se estén obviando las técnicas de conversión de *soft law* en *hard law*, ello vendría a poner en peligro de una manera bastante grave la vigencia de algunos de los principios más básicos y esenciales de un Estado de Derecho, que debe ser entendido en palabras de Bacigalupo como “un principio directivo que requiere una concreción de sus detalles en cada situación” y que se caracteriza, continúa el mencionado autor “—al menos— por garantizar la seguridad de todos los ciudadanos, mediante una vinculación de la actualización del Estado a normas y principios jurídicos de justicia conocidos de tal manera que la misma resulte en todo caso comprensible” (Bacigalupo, Derecho penal y el Estado de Derecho, 2005, pág. 103).

2.4. *Las recomendaciones del GAFI: Un ejemplo de la desnaturalización del soft law*

El GAFI tiene como principal objetivo fijar los estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional¹², y para ello emite sus conocidas 40 Recomendaciones, las cuales ejercen una importante e innegable influencia en las legislaciones de los Estados que lo componen, alzándose como un éxito de cumplimiento internacional (Blanco Cordero, 2012, pág. 173).

Teniendo ello en cuenta cabe preguntarse; *¿son las recomendaciones del GAFI un instrumento de soft law?* La respuesta es sí y, además, se identifican como un claro ejemplo de la desnaturalización de estos instrumentos jurídicos situándose en el ámbito del *soft law práctico*. Más concretamente;

12. Información extraída del siguiente enlace web: https://www.iaaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114 (Consultado el día 14.04.2021).

I.—Revisten la forma jurídica de recomendación pero son obligatorias: Recomendar significa “dar consejo” y no obligar o vincular respecto a una determinada cuestión. En el caso de las recomendaciones del GAFI podemos observar cómo se intercala un lenguaje recominatorio con uno de carácter impositivo, así, se utilizan expresiones como “los países deberían”¹³ (recomendación) o “los países deben”¹⁴ (obligación).

II.—Ausencia de sistema sancionador y de autoridades que los exijan; En su tenor literal no podemos encontrar establecido ningún sistema de sancionador lo que vendría a denotar que su voluntad, al menos dogmática, es la de no ser obligatorias. Ahora bien, la emisión de informes de verificación o evaluación, en base a parámetros prefijados y objetivos, del nivel de cumplimiento y de la calidad de las medidas adoptadas por los Estados en la lucha contra el blanqueo de capitales hacen pensar todo lo contrario.

El GAFI dispone así de un sistema de sanciones indirecto mediante el cual, según autores como Blanco Cordero, se ha logrado una estrategia de señalamiento público de aquellos países que no cumplen con las mismas, es decir, el cumplimiento de las recomendaciones se ha logrado en primer término por motivos reputacionales (Blanco Cordero, 2012, pág. 173). Por este motivo, se podría decir que la sanción impuesta por el GAFI consistirá en la emisión de un informe negativo¹⁵.

La apreciación de esta sanción implica entender que las recomendaciones deben dejar de ser consideradas como tal para entenderse como obligatorias (eficacia vinculante tácita), siendo ello consecuencia de la autoridad que ostenta la organización en cuestión. De ahí que se pueda concluir que, las Recomendaciones del GAFI se identifican con un instrumento de *hard law* enmascarado en una forma jurídica de *soft law*, a saber, son *soft law real-práctico*.

13. “Introducción recomendaciones GAFI: Las Recomendaciones del GAFI, fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares”.

14. Recomendación B. 3. Delito de lavado de activos “Los países deben de tipificar [...]”

15. Sin ir más lejos, en el último informe en el que el GAFI evalúa a España, la otorga una calificación de 10 puntos sobre 11, lo que la sitúa “como uno de los países con un sistema más seguro de prevención el blanqueo de capitales” (https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2018/191204_np_2gafi.pdf) (Consultado por última vez, el 07.11.2020)

3. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

3.1. *El fenómeno expansivo: En especial, el caso del Derecho penal económico*

La expansión penal consiste, a grandes rasgos, en el incremento de la intervención punitiva del Estado y se vendría a caracterizar según Demetrio Crespo “por tres grandes notas: la administrativización¹⁶, la regionalización/globalización y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal” (Demetrio Crespo, 2020, pág. 38). Por consiguiente, tanto el Derecho penal en general, como el Derecho penal económico en particular, se han situado bajo el paraguas del denominado “Derecho penal moderno”¹⁷.

En este aspecto, es preciso lamentar que nuestro CP de 1995 decidiera iniciar esta senda. Senda que progresivamente se ha consolidado debido a las múltiples y sucesivas reformas, y que en el caso del Derecho penal económico han sido consecuencia, fundamentalmente, de exigencias internacionales¹⁸, lo que ha provocado la introducción de figuras tan controvertidas como la ampliación del blanqueo de capitales a las conductas de utilizar y poseer y la punición del autoblanqueo.

16. Respecto a este rasgo, se podría plantear un dilema paralelo que únicamente dejaré indicado, y que pasaría por dar respuesta a la siguiente cuestión: *¿son realmente todas las conductas tipificadas en el Código penal merecedoras de reproche?* En mi opinión no. Es preciso reconocer la existencia de un trasvase entre los ordenamientos administrativo (sancionador) y el orden penal, que no ha hecho más que difuminar los límites de la controvertida frontera entre el ilícito administrativo y la infracción penal.

A este respecto; Terradillos Basoco, 2006, pág. 70; Sotomayor Acosta, 2008, pág. 152; Navarro Cardoso, 2020, pág. 268 y ss.

17. Ello vendría a ser consecuencia de que, “por razones ajenas a la prevención o retribución, se afana por abarcar todos los rincones del comportamiento antisocial” (Bajo Fernández, 2013, pág. 407). En términos similares se posiciona Díez Ripollés quien entiende que “la modernización del Derecho penal es consecuencia de la acomodación de las nuevas sociedades postindustriales al modelo de estado social de derecho”, y donde, en su opinión, “los incrementos de la intervención penal derivan del surgimiento de nuevas realidades y conflictos sociales que ponen de manifiesto la existencia de relevantes intereses colectivos cuya protección penal está justificada” (Díez Ripollés, 2005, pág. 01:7).

Respecto al caso del Derecho penal económico: Gracia Martín, 2003, pág. 65.

18. Ello es puesto de manifiesto por Bajo Fernández, cuando dice “muchos delitos económicos han nacido debido a la presión internacional de funcionarios tecnócratas ignorantes de los principios del Derecho penal. La cuestión consiste en que esos mismos funcionarios tutores de normativa internacional, cuando se incorporan a las tareas de gobierno de sus propios países invocan las normas que ellos mismos gestaron en los organismos internacionales para obligar su anexión al Derecho interno. Así, se han incorporado al Derecho penal español delitos tan discutibles en su concepción o alcance como el blanqueo de capitales” (Bajo Fernández, 2013, págs. 409-410).

Ello ha provocado que el Derecho penal económico vigente, tal y como sostiene Bajo Fernández, participe de “las particularidades para ingresar en la criticable condición de Derecho penal expansivo y Derecho penal simbólico, por lo que su legitimación y justificación dependerán del modo que consiga evitar las características negativas de ambas categorías” (Bajo Fernández, 2013, pág. 409), expresiones que según el mencionado autor definen la peligrosa situación a la que ha llegado el Derecho penal de la democracia parlamentaria (Bajo Fernández, 2013, pág. 407).

No obstante, sin perjuicio de que el fenómeno expansivo sea un hecho que podemos y debemos criticar, no es menos cierto, según Corcoy Bidasolo, que se trata de un fenómeno que difícilmente podemos evitar (Corcoy Bidasolo, *Expansión del derecho penal y garantías constitucionales*, 2012, pág. 46), en tanto en cuanto, el Derecho penal ha superado su tradicional papel de prevención de riesgos individuales para alzarse como un instrumento de gestión de problemas sociales (Felip I Saborit, 2010, pág. 64) que, en un mundo globalizado como en el que vivimos, necesitan de una respuesta conjunta y uniforme.

En este sentido, cabría delimitar el fenómeno expansivo del denominado *Derecho penal mínimo*, encargado de reducir el Derecho penal al mínimo necesario que “se precisa para evitar la violencia social informal, como posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos” (Demetrio Crespo, 2020, pág. 34). Frente a este modelo axiológico, reconoce Demetrio Crespo, “se erige en la actualidad un fenómeno de expansión del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir el Derecho penal a un núcleo duro correspondiente en esencial al llamado “Derecho penal clásico” y que estaría “dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial”. Así —para este autor— “los postulados axiológicos del modelo del Derecho penal mínimo parecen imponerse, pues, a las exigencias de intervención penal procedentes de una sociedad caracterizada modernamente como una sociedad de riesgos” (Demetrio Crespo, 2020, pág. 36).

Estoy de acuerdo con Demetrio Crespo¹⁹, en que no es posible entender el Derecho penal mínimo en los términos del Derecho penal clásico²⁰, sino que debemos reconocer que, como consecuencia de la globalización, se han generado nuevos riesgos necesitados de protección y que nos obligan

19. En el mismo sentido; Jiménez Díaz, 2014, pág. 08:3.

20. Según Díez Ripollés “el derecho penal clásico permanecería anclado en la protección del catálogo de bienes jurídicos tradicionales y en donde seguirían rigiendo los habituales y rigurosos criterios de imputación y garantías del presunto delincuente” (Díez Ripollés, 2005, pág. 01:7).

a modernizar y adaptar nuestro Derecho penal. En la actualidad debería optarse por un Derecho penal mínimo que responda a las necesidades de protección de todos los intereses que se pudieran encontrar en riesgo, ni siendo estos los mismos que hace, por ejemplo, 50 años. El problema radica en una tendencia a criminalizar y expandir el Derecho penal, no solo más allá de lo necesario, sino que además dicha expansión no se realiza de acuerdo a una utilización correcta de unos instrumentos jurídico-normativos adecuados (véase, las Recomendaciones el GAFI).

En consecuencia, siguiendo a Corcoy Bidasolo, no quedaría más remedio que plantearnos “qué Derecho penal queremos —deber ser— y sobre todo qué Derecho penal garantista y “medio” podemos conseguir —ser—” (Corcoy Bidasolo, 2012, págs. 46-47).

Precisamente, el delito de blanqueo de capitales ha sido calificado, según Abel Souto, como un claro ejemplo expansionista que olvidando el principio de subsidiariedad rompe con un “Derecho penal garantista”, sino que, además, transforma al desbordado tipo del blanqueo de capitales en un genuino representante del Derecho penal del enemigo²¹. Más concretamente, las principales modificaciones introducidas en este tipo penal son; Por un lado, la ampliación de las conductas típicas de poseer y utilizar²². Y por otro lado, la punición del autoblanqueo, surgiendo así los principales problemas cuando se produce la aplicación conjunta de ambas, esto es, en aquellos casos de autoblanqueo en los que se persigue la conducta típica de posesión o utilización, que son precisamente los casos en los que se produce la quiebra de principios esenciales, como veremos en momentos posteriores.

Sea como fuere, estamos en condiciones de reconocer que toda esta intensificación punitiva de la que es objeto el Derecho penal económico nos sitúa en un plano de enorme complejidad aplicativa de los tipos penales²³ y, en consecuencia, nos vemos abocados a la necesidad de reelaborar la

21. El motivo de ello residiría, según este autor en el hecho de que “castiga con penas desproporcionadas e injustificables, conductas muy alejadas de la puesta en peligro del bien jurídico y derogar o reducir garantías del imputado, lo transmuta, en el marco de una lógica de emergencia o discurso securitario, incompatible con las exigencias de un *ius puniendi* democrático, en una de las más clamorosas muestras de la fundamentación sociotecnológica de un Derecho penal convertido en un instrumento político con quiebra de los valores y principios constitucionales, en una herramienta “para investigar y perseguir situaciones patrimoniales anómalas” (Abel Souto, 2016, pág. 124).

22. Respecto al contenido de ambas conductas típicas; Abel Souto, 2015, pág. 127 y ss.

23. Más concretamente, esta complejidad aplicativa debería, según Quintero Olivares, a la gran cantidad de excepciones o variaciones, lo que, en su opinión, y debido a una amalgama de complejas causas, da lugar a que se afirme que la misma está desfigurada (Quintero Olivares, 2020, pág. 50).

tradicional teoría del delito²⁴ en aras de adaptarla no solo a las emergentes conductas típicas, sino también, a aquellas tradicionales que se han sido objeto de reformulación/modernización²⁵.

Con todo, ello no significa optar por la creación de un nuevo Derecho penal²⁶, sino que solamente se estaría exigiendo la adaptación del vigente a las necesidades derivadas de la evolución del Derecho penal económico. Al efecto cabría plantear tres opciones; 1) Crear dentro del CP español una nueva parte general, distinta de la existente, en la que se establecieran estas necesarias reformulaciones; 2) Dado que los problemas en el ámbito del Derecho penal económico se deben al intento de aplicación de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales propias del Derecho penal tradicional, la solución pasaría por una concienciación jurídico penal de que determinadas instituciones tradicionales o doctrinas consolidadas, no pueden ser aplicadas tal y como se conocen, sino que deben de ser adaptadas; 3) Optar por un modelo como el italiano de legislación complementaria específica en donde se recogiera todo el Derecho penal económico y las leyes de carácter administrativo que lo completan, recuerdesé que la mayoría son tipos penales en blanco.

De estas opciones, en primer lugar, descartaría la segunda por entender que se trata de una utopía que carga contra la discrecionalidad y que constreñiría al poder judicial a resolver determinadas problemáticas en el ámbito del Derecho penal económico mediante doctrinas e interpretaciones concretas.

24. *Vid.* en este sentido; Gracia Martín, 2003, págs. 86-88; Martínez-Buján Pérez, 2014, pág. 62.

25. De esta opinión es entre otros autores, Martínez-Buján, cuando sostiene: “una de las cuestiones más importantes que se han suscitado a raíz de este fenómeno de la expansión es el hecho de que se haya producido una situación de tensión, al intentar proyectar sobre los nuevos delitos socioeconómicos principios generales y estructuras dogmáticas que fueron elaboradas para la exégesis de los delitos tradicionales, cuando el Derecho penal no había iniciado todavía su moderna fase de ampliación a la tutela de nuevos bienes jurídicos” (Martínez-Buján Pérez, 2014, pág. 62).

26. En sentido contrario se posiciona Quintero Olivares cuando entiende que; como derivación de los problemas y especialidades que plantea el Derecho penal económico, se ha preferido “renunciar al encaje en la teoría del delito tradicional y admitir que estamos ante “otro derecho penal”, como, por ejemplo, puede ser el Derecho penal militar. De ese modo tendríamos un subsistema penal, en el que habría una “Parte general” especial para los delitos económicos en cuyo centro se situaría una teoría del delito reformulada, en la que se insertarían todas las particularidades de los delitos económicos, con inclusión de problemas generales que son especialmente importantes para la delincuencia económica, como es, por ejemplo, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (Quintero Olivares, 2020, pág. 51).

Entre la primera y la tercera, sería partidaria de la última. Optaría así por la promulgación de una ley especial que disgregue los subsistemas en los que se compone el Derecho penal y otorgue seguridad jurídica en este complejo ámbito, lo que a su vez supondría reconocer que las actuales estructuras de teoría del delito no son suficientes para afrontar sus intensas problemáticas. Ahora bien, la solución ni es tan sencilla ni la justificación ha de ser tan escueta ya que paralelamente se vendrían a generar una serie de problemas que poseen una difícil solución, y que por razones obvias aquí no puedo abordar sino simplemente plantear.

3.2. La expansión penal de la globalización y su relación con la sociedad del riesgo

Ya se ha hecho alusión a la globalización²⁷ como una de las principales causas de la expansión penal y a la estrecha relación que con ella guarda la denominada sociedad del riesgo. Sociedad del riesgo que partiendo “de la constatación de un conjunto de realidades sociales que se podrían, quizás, sintetizar en tres grandes bloques; 1) La generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos y que podrían ser calificados como artificiales [...]; 2) Se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas [...]; 3) Las actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de manera que el control del riesgo no solo se escapa del dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quien está”²⁸ (Díez Ripolles, 2005, págs. 01:3-01:4).

En otras palabras, la integración económica supranacional, la evolución de los mercados, la cibercriminalidad o la criminalidad organizada transnacional²⁹ se alzan como concretos riesgos sociales de la globalización sin los cuales la necesidad de tipificar nuevas figuras penales o reformar las preexistentes hubiera sido menor. Pero es más, dadas las características de este tipo de delincuencia, en términos generales, se requiere una lucha coordinada y conjunta por parte de una pluralidad de Estados, de ahí que sea necesario recurrir a instrumentos jurídicos supranacionales que ten-

27. Respecto al concepto de globalización; Romeo Maldana, 2012, págs. 314-315.

28. En términos similares; Schünemann, 1996, págs. 30-31; Jiménez Díaz, 2014, pág. 082; May, 2012, págs. 304, 306.

29. Más concretamente, la relación existente entre la criminalidad organizada transnacional y el fenómeno de la globalización es puesta de manifiesto por autores como; Terradillos Basoco, 2006, pág. 91 y ss; Donini, 2003, pág. 96.

gan la capacidad de dirigir (*hard law*) o influenciar (*soft law*) el sentir y la respuesta unánime por parte de los diferentes países ante una concreta problemática de carácter global.

Por esa razón, autores como Silva Sánchez entienden que el objetivo fundamental del Derecho penal de la globalización es el de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional que evite la conformación de “*paraísos jurídico-penales*”, puesto que la existencia de tales “*paraísos*” resulta especialmente disfuncional cuando se trata de combatir una modalidad de delincuencia, en la que el lugar y el momento de la intervención de los principales responsables de las organizaciones pueden resultar perfectamente disponibles (Silva Sánchez, 1999, pág. 72).

Creo que en este punto es de interés traer a colación la afirmación de Demetrio Crespo cuando sostiene: “El debate acerca de la idoneidad del Derecho penal para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo se ha llevado a sus últimas consecuencias en el marco de la discusión político-criminal y dogmática acerca de la expansión del Derecho penal en la “sociedad del riesgo” como consecuencia de la transformación de las estructuras socio-económicas en la sociedad postindustrial, que ha conducido a una importantísima inflación punitiva” (Demetrio Crespo, 2020, pág. 37)³⁰. Ello, desde mi perspectiva, no puede ser más cierto. La evolución de las estructuras sociales y económicas propias de la transformación de la sociedad postindustrial hacia una globalización mundial han provocado el nacimiento de bienes jurídicos de carácter colectivo (véase el orden socioeconómico en el caso del blanqueo de capitales) que irremediamente han supuesto un incremento de las figuras penales. No obstante, tal y como se señaló *supra*, esta inflación penal no tiene por qué situarse en los márgenes del Derecho penal mínimo entendido en el sentido de castigar el mínimo indispensable en aras de una correcta protección de los bienes jurídicos, ya sean estos tradicionales o modernos (orden socioeconómico, por ejemplo).

Pero *¿es toda expansión penal un mal en sí mismo contra el que debemos de luchar por implicar la quiebra de garantías esenciales?* Demetrio Crespo nos recuerda que “la modernización del Derecho penal es necesaria, y por otra parte, imparable. Se ha producido una transformación de la criminalidad que conlleva, sin duda, un cambio en los planteamientos

30. En términos similares se posiciona Jiménez Díaz para quien “El Derecho penal actual es un Derecho en expansión como respuesta a dicha sociedad del riesgo, de manera que lo que viene a calificarse como expansión del Derecho penal se vincula básicamente a su utilización para defender a la sociedad moderna de esos nuevos peligros que comporta la actual era postindustrial” (Jiménez Díaz, 2014, pág. 08:3).

jurídicos que deben de abordarla” (Demetrio Crespo, 2020, pág. 69) y, efectivamente, yo soy de la misma opinión. No podemos decir que toda expansión penal sea “perjudicial”, puesto que en ocasiones la misma puede quedar justificada por cuanto se hace necesario proteger nuevos intereses en riesgo que años atrás eran inimaginables. Por ello y de manera breve es preciso diferenciar entre las distintas tipologías de expansión;

I.—Expansión extensiva vs. Expansión intensiva; Mientras que la primera consiste en la introducción de nuevos tipos penales derivados de la necesidad de proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la actual sociedad del riesgo. En este sentido, en opinión de Demetrio Crespo, esta modalidad de expansión estaría referida a “aquella que pretende una cierta democratización de la persecución penal frente al determinismo económico” (Demetrio Crespo, 2014, pág. 5). La *expansión intensiva* se caracteriza, entre otros aspectos, por realzar el perfil del autor frente a la gravedad de un hecho concreto, un severo incremento de penas o endurecimiento de la ejecución penitenciaria, siendo así su manifestación más aguda el *derecho penal del enemigo* (Felip I Saborit, 2010, pág. 65)³¹, en definitiva, sería aquella supone un recrudescimiento del punitivismo.

II.—Expansión irrazonable o injustificada vs. Expansión justificada; La primera es aquella que implica, o puede implicar, la quiebra de las garantías propias de un Estado de Derecho. En cambio, la segunda se identificaría con la desarrollada dentro de los márgenes de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, teniendo en cuenta que la expansión-modernización es un fenómeno difícilmente evitable y hasta cierto punto necesario, por cuanto vendría a ser el resultado de la adaptación de la legislación penal a la protección de los nuevos riesgos existentes, es preciso señalar que, en principio, no toda expansión ostenta la capacidad de socavar el Derecho penal propio

31. Para Demetrio Crespo, “El Derecho penal del enemigo es aquel que pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben de ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio” y “es consecuencia, entre otros factores, del uso simbólico del Derecho penal y de la propia crisis del Estado Social” pudiendo así “identificarse sin demasiadas dificultades con una corriente regresiva, que carece de legitimidad constitucional” (Demetrio Crespo, 2020, págs. 15, 17, 38). No obstante, tal y como sostiene el mencionado autor, “la expansión/modernización del Derecho penal y el “Derecho penal del enemigo, deben diferenciarse en principio adecuadamente porque mientras que aquella se centra sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico, este último afecta principalmente a la criminalidad organizada y el terrorismo. Sin embargo —continúa Demetrio Crespo—, tampoco son fenómenos que queda tratar aisladamente porque ambos comparten determinadas tendencias de la política criminal contemporánea, en particular, la búsqueda de la eficacia y la seguridad (Demetrio Crespo, 2020, pág. 68).

de un Estado de Derecho, sino que deberemos de centrar nuestra atención en la expansión intensiva y, fundamentalmente, en aquella que puede ser calificada como irrazonable o injustificada.

No obstante, ello genera una problemática ulterior identificada con la ausencia de criterios objetivos que nos permitan calificar, de una u otra forma, los fenómenos expansivos penales. Por ello, la única caracterización posible pasa por acudir a criterios subjetivos de carácter general como, por ejemplo, la valoración de los motivos de política criminal o el respeto a los principios generales del Derecho donde juega un importante papel el principio de proporcionalidad³². Ni que decir tiene que todos somos concedores de la dificultad que presentan estas valoraciones subjetivas, situándonos así en un plano de total incertidumbre donde nuestras opiniones cobrarán todo el protagonismo.

4. EL GAFI Y SUS RECOMENDACIONES; EJEMPLO DE INCIDENCIA DEL SOFT LAW EN LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Las Recomendaciones del GAFI, como sostuve en otro momento, son un instrumento de *soft law práctico*, por lo que estamos en condiciones de afirmar que han dejado de ostentar una mera capacidad de influir el sentir de los ordenamientos jurídicos nacionales para pasar a dirigir su contenido. Asimismo, también ha de tenerse en cuenta que en el ámbito del Derecho penal económico la práctica totalidad de las reformas introducidas en los últimos años y, que lo caracterizan como una de más peculiares manifestaciones del fenómeno expansivo, proceden de instancias internacionales. Ello sin perjuicio de reconocer el importante papel que en este ámbito también desempeñan los instrumentos de *hard law* identificados con las directivas o reglamentos comunitarios jurídicamente vinculantes emitidos por el Parlamento Europeo y por el Consejo.

Así las cosas, cabría preguntarse; *¿las consecuencias de la expansión penal, y por ende la posible quiebra de garantías es igual de relevante cuando tiene lugar por la utilización de instrumentos de hard law, que cuando es el resultado de la adopción del soft law?* La respuesta a esta pre-

32. Hassemer nos recuerda que “en el sistema de un Derecho de la intervención, y ante todo el Derecho penal lo es, las garantías del Estado de Derecho normalmente han desempeñado la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, minimizarlas y controlarlas. En este contexto, el principio central es la proporcionalidad de las intervenciones, que por lo tanto deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo, así como razonables en cada caso” (Hassemer, 1998, pág. 39).

gunta pasa por reconocer que, en el primer caso, los Estados están obligados directamente a transponer e introducir en sus ordenamientos jurídicos las disposiciones que emanan de un mecanismo de *hard law*. En cambio, cuando se trata de *soft law* (en su versión dogmática) los Estados ostentan una doble potestad; Por un lado, la de decir acerca de la pertinencia de su introducción. Y por otro lado, la de determinar los términos en los que el contenido del instrumento en cuestión se va a adoptar, debiendo así garantizar el respeto a los principios más básicos y elementales de un Derecho penal del Estado de Derecho.

Por lo tanto, considerando que cualquier quiebra de garantías, con independencia de donde proceda es inaceptable, en mi opinión, la “gravedad” de la mencionada vulneración no es igual en ambos casos, puesto que cuando se trata de instrumentos de *soft law* los Estados estarían renunciando a potestades que les son propias, es decir, rechazan su facultad de decidir a los meros efectos de evitar la sanción honorífica que su incumplimiento lleva aparejado.

Precisamente, esto es lo que sucedió en el caso de la introducción del autoblanqueo en nuestro ordenamiento jurídico mediante la reforma operada en el 2010, obedeciendo así a la necesidad de respetar el contenido de la consideración sexta de la nota interpretativa de la recomendación 3ª del GAFI, y en la que se vendrían a poner de manifiesto las siguientes circunstancias en aras de concretar la efectiva incidencia del *soft law* en la expansión del Derecho penal;

I.—Renuncia a las facultades que les son propias; Si observamos con detenimiento el contenido de la misma, podremos comprobar como el legislador del momento no valoró la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento esta figura, ni tampoco realizó una especial justificación de la misma, sino que simplemente se limitó a transcribir el contenido de la recomendación en cuestión en el art. 301 CP.

II.—Quiebra de garantías; La introducción del autoblanqueo aunada a la tipificación de las conductas de poseer y utilizar conlleva quiebras del principio *non bis in idem*.

La situación concreta en la que se estaría produciendo tal vulneración, de acuerdo con una interpretación restrictiva elaborada por la jurisprudencia del TS, sería la siguiente; Partiendo de entender que el delito fiscal puede y debe ser considerado como un ilícito previo al blanqueo de capitales³³,

33. Sobre este aspecto *Vid* entre otras, las siguientes obras; Martínez-Arrieta Márquez del Prado, 2014; Demetrio Crespo, 2016, págs. 1-19; Blanco Cordero, 2011, págs. 01:1-01:46; Almagro Martín, 2016, págs. 173-212.

la cuestión pasa por determinar la relación que guardarían entre sí ambos delitos, máxime en aquellos casos en los que el sujeto activo es el mismo. Así, dejando al margen la posibilidad de aceptar un delito continuado, la solución quedaría reconducida al plano concursal debiéndose optar entre un concurso de normas o un concurso de delitos, y jugando en esta delimitación un papel determinante el hecho de entender que la finalidad de ocultación o encubrimiento de los bienes blanqueados es esencial³⁴ a efectos de la concreción del delito de blanqueo de capitales.

En el caso del autoblanqueo cabría preguntarse si existe finalidad de ocultación o encubrimiento de los bienes blanqueados cuando el sujeto que comete el delito previo utiliza los fondos para gastos ordinarios de consumo y, en su caso, si existen una o dos conductas típicas. En mi opinión, en estos supuestos existe una sola conducta típica y la sanción por ambas nos llevaría a una vulneración del principio *non bis in idem*, puesto que, en base a la teoría de los actos coopenados si se condena por el delito de fraude fiscal y por blanqueo de capitales se estaría produciendo una vulneración del mencionado principio, por cuanto la conducta de blanqueo es considerada como el agotamiento del delito fiscal. Siendo ello así, existiría una unidad de acto y solo se cometería un ilícito final, no siendo posible entender perfeccionado el blanqueo al no concurrir la finalidad de ocultación o encubrimiento, elemento esencial del mismo. En este sentido, encontramos la STS 265/2015, de 29 de abril, según la cual, la mera tenencia o utilización de fondos ilícitos (como la cuota defraudada) en gastos ordinarios de consumo no constituye autoblanqueo, pues no se trata de actos cuya finalidad sea integrar fondos en el sistema económico-financiero con apariencia de legalidad, y en el caso de castigarse por ambos ilícitos (fraude y blanqueo) se estaría penando por dos delitos que se producen de manera simultánea, en tanto en cuanto, parece obvio que el tipo de defraudación fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo en vez de declarar e ingresar a las arcas del Estado el dinero que le corresponda pagar conforme a la normativa tributaria, lo destina a otros menesteres.

III.—La conversión del soft law en hard law “llega tarde”; Cuando abordaba las características propias de esta tipología de instrumentos mencioné que, en términos generales, tal conversión se realizaba con posterioridad a la inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales del contenido del *soft law*. Pues bien, en el caso del autoblanqueo sucede precisamente esto,

34. Entre otras; STS 1080/2010, de 10 de octubre (EDJ 2010/264941); STS 690/2015, de 27 de octubre (EDJ 2015/216244).

la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha del blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, establece en su considerando 11 la necesidad de tal tipificación. Sin embargo, España, en aras de cumplir con las Recomendaciones del GAFI lo hace en 2010, y ello únicamente se debió a la necesidad de evitar la existencia de sanciones internacionales como país incumplidor, es decir, de sanciones honoríficas.

5. VALORACIÓN FINAL

I.—Soft law dogmático (deber ser) vs. Soft law real-práctico (ser); Esta dicotomía es la principal consecuencia derivada de la desnaturalización que ha sufrido esta institución jurídica.

La relevancia y la necesidad de estos instrumentos en aras de alcanzar un consenso internacional es innegable, si bien, ello no puede justificar una difuminación de sus elementos propios. Al menos en el caso del GAFI estos instrumentos han dejado de tener una mera capacidad de influenciar para ostentar una de dirigir y, bajo una etiqueta que no les corresponde (*soft law*), se enmascaran verdaderos instrumentos de *hard law*.

II.—Necesaria expansión del Derecho penal; Ciertamente la expansión penal es necesaria en cuanto existen nuevos intereses que, derivados de la globalización y de la sociedad del riesgo, necesitan de una especial protección. Ahora bien, ello no es óbice para atentar contra los principios más elementales de un Derecho penal propio del Estado de Derecho.

Por esta razón no podemos decir que la expansión sea “dañina” *per sé*, así como siquiera entiendo que sea un mal en si misma considerada. Pero, a *sensu contrario*, tampoco es posible determinar que la expansión sea siempre y en todo caso “válida” y acorde con nuestro ordenamiento jurídico y con las exigencias derivadas de la sociedad en la que nos insertamos. Creo que, por encima de todo, debemos procurar que la expansión penal no suponga la desnaturalización de tipos penales y su alejamiento de los fines para los que inicialmente estaban destinados, tal y como sucede en el caso del blanqueo de capitales.

Se debe optar por una expansión penal lo más acorde posible a un Derecho penal mínimo entendido, como se ha dicho, en el sentido de castigar las conductas imprescindibles en aras de proteger todos los bienes jurídicos (viejos y nuevos). La búsqueda de puntos de equilibrio entre todos los intereses en conflicto es la meta a la que debemos aspirar, ya que de otro modo estaríamos fomentando un malicioso populismo punitivo que nos

llevaría directamente a una ampliación penal presidida por parámetros que quedan muy lejos de la necesidad y la razonabilidad.

III.—La incidencia del soft law en la regulación del autoblanqueo de capitales; Tal y como se ha comentado, el *soft law* dota a los Estados de la potestad de decir acerca de la pertinencia de una tipificación penal y, en su caso, sobre sus términos, condiciones y límites.

En este sentido debemos de tener en cuenta que; 1) España introdujo el autoblanqueo sin estar formalmente obligada a ello; 2) Renunció a la potestad de adaptación a nuestro Código penal; 3) La conversión del *soft law* en *hard law* se ha dilatado en el tiempo.

De cualquier modo y, más allá de la calificación jurídica como *soft law* que reúnen las recomendaciones, considero que lo verdaderamente relevante es la renuncia a las potestades de reflexión y adaptación que tenía el Estado. Sinceramente, si nos hubiéramos esforzado en realizar un análisis y en emitir una justificación a esta figura, sin duda, se habrían apreciado las incongruencias en las que la misma entra, evitándose, o al menos minorándose, su capacidad de afectación a los principios esenciales del Derecho penal del Estado de Derecho.

Pero es más, si realmente no estábamos dispuestos a realizar los mencionados análisis y reflexiones, únicamente tendríamos que haber esperado a que esta figura apareciera recogida en una directiva internacional (*hard law*). En este caso, aun cuando la contravención de principios se mantendría, al menos, la tipificación se hubiera realizado acorde a normas imperativas formal y materialmente hablando.

Por último y, contestando a la pregunta lanzada en las primeras líneas de esta contribución he de decir que, efectivamente, los instrumentos de *soft law* influyen en la expansión del Derecho penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel Souto, M. (2015). El blanqueo de dinero; Problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense”. En E. D. Serrano, *Halcones y palomas: Corrupción y delincuencia económica* (págs. 101-178). Madrid: Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas.
- Abel Souto, M. (2016). *La expansión penal del blanqueo de capitales*. México: Centro Mexicano de estudios en lo penal y tributario A.C.
- Alarcón García, G. (2010). El *soft law* y nuestro sistema de fuentes. En J. C. Arrieta Martínez de Pisón, *Tratado sobre la ley general tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo. Tomo I* (págs. 271-298). Cizur Menor: Aranzadi.

- Almagro Martín, C. (2016). Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente al blanqueo de capitales. En C. Almagro Martín, *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales* (págs. 173-212). Cizur Menor: Aranzadi.
- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho penal y Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bajo Fernández, M. (2013). “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”. En F. J. Álvarez García, *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos* (págs. 407-416). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barberis, J. A. (1994). *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Ábaco.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Blanco Cordero, I. (2011). El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N. 13-01*, 01:1-01-46.
- Blanco Cordero, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales. 3ª Ed.* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Caamaño Anido, M. A. (2002). Globalización económica y poder tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho tributario? *Revista española de derecho financiero, N. 114*, 245-288.
- Corcoy Bidasolo, M. (2012). Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos fundamentales, N. 8*, 45-76.
- Del Toro Huerta, M. I. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. *Anuario Mejicano de Derecho Internacional, VI*, 513-549.
- Demetrio Crespo, E. (2014). El significado político del Derecho penal económico. En E. Demetrio Crespo Eduardo y M. Maroto Calatayud, *Crisis financiera y derecho penal económico* (págs. 3-22). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Demetrio Crespo, E. (2016). Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente al blanqueo de capitales. *Revista General de Derecho penal, 26*, 1-19.
- Demetrio Crespo, E. (2018). Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho. En P. R. De la Cuesta Aguado, *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. Hc. Juan Mª Terradillos Basoco* (págs. 193-208). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Demetrio Crespo, E. (2020). *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la constitución*. Madrid: Reus.
- Díez Ripolles, J. L. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N. 07-01*, 01:1-01:37.
- Donini, M. (2003). ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico. *Nuevo foro penal, 63*, 92-119.

- Escudero Alday, R. (2012). El concepto de *soft law*. En J. J. Moreso, *Contribuciones a la Filosofía del Derecho* (págs. 127-148). Madrid: Marcial Pons.
- Feler, A. (2015). *Soft Law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas. *Lecciones y Ensayos*, 95, 281-303.
- Felip I Saborit, D. (2010). Observaciones a la expansión 10 años después. En R. y. Robles Planas, *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier.
- Fernandez Teruelo, J. (2009). La expansión selectiva del Derecho penal. *Revista digital de la Facultad de Derecho*, 1, 1-19.
- Garrido Gómez, M. I. (2017). *El soft law como fuente del Derecho extranacional*. Madrid: Dykinson.
- Gracia Martín, L. (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y la expansión del Derecho penal de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. (1998). Perspectivas del Derecho penal del futuro. *Revista penal*, 1, 37-41.
- Ibáñez García, I. (2018). Notas sobre el *soft law*. *Actualidad Administrativa*, N. 8.
- Jiménez Díaz, M. J. (2014). Sociedad del reigo e intervención penal. *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 16-08, 08:1-08:25.
- Laporta San Miguel, F. J. (2014). Gobernanza y *soft law*: Nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional. En A. Ruiz Miguel, *Entre Estado y Cosmopolis; Derecho y justicia en el mundo global* (págs. 41-81). Madrid: Trotta.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2014). La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. *Revista penal Mexico*, 5, 61-75.
- Martínez-Arrieta Márquez del Prado, I. (2014). *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente al blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- May, S. (2012). Nuevos riesgos, seguridad y prevención: sobre la transformación del estado moderno y sus formas de actuación jurídica. En E. Pérez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pachecho, & J. L. Serrano Moreno, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (págs. 303-322). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mazuellos Bellido, Á. (2004). *Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces? *Revista electrónica de estudios internacionales*, VIII, 1-40.
- Mostacci, E. (2008). *La soft law nel sistema delle fonti: un studio comparato*. Padova: Cedam.
- Navarro Cardoso, F. (2020). A vueltas con la vieja delimitación entre el ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas. En E. Demetrio Crespo, *Derecho penal económico y teoría del delito* (págs. 263-292). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2020). Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico. En E. Demetrio Crespo, *Derecho penal económico y teoría del delito* (págs. 49-69). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Romajoli, M. (2017). *Soft law* e ordinamento amministrativo. *Rivista trimestrale. Diritto amministrativo*, 1, 147-162.

- Romeo Maldana, S. (2012). Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: El derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. *Estudios penales y criminológicos*, XXXII, 313-386.
- Sánchez Cáceres, L. F. (2019). El sistema de hard law y soft law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación. *CEFD: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N. 39, 467-488.
- Sarmiento, D. (2006). La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law. *Cuadernos de Derecho público*, 28, 221-226.
- Schünemann, B. (1996). Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en la sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2008). ¿El derecho penal garantista en retirada? *Revista penal*, 21, 148-164.
- Sperti, A. (2012). Una soft law costituzionale? *Politica del diritto*, N. 1, 107-140.
- Terradillos Basoco, J. M. (2006). Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal. *Nuevo foro penal*, 70, 86-115.

ENLACES WEB

- https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114
- https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2018/191204_np_2gafi.pdf