

MATEO G. BERMEJO

**PREVENCIÓN Y CASTIGO
DEL BLANQUEO DE CAPITALS
UN ANÁLISIS JURÍDICO-ECONÓMICO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2015

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|------------------------------|-------------|
| PRÓLOGO | 19 |
| AGRADECIMIENTOS | 25 |
| ABREVIATURAS | 29 |
| INTRODUCCIÓN | 31 |

PRIMERA PARTE

PERSPECTIVA METODOLÓGICA: LA UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PARA EL ESTUDIO DEL BLANQUEO DE CAPITALES

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE | 37 |
| CAPÍTULO I. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED). | 39 |
| 1. LA APROXIMACIÓN ECONÓMICA AL DERECHO | 39 |
| 1.1. Introducción | 39 |
| 1.2. Los orígenes y la evolución del AED..... | 41 |
| 2. CONCEPTOS CLAVE..... | 45 |
| 2.1. Una distinción fundamental: AED positivo y normativo..... | 45 |
| 2.2. AED positivo | 47 |
| 2.2.1. La teoría de la elección racional | 47 |
| 2.2.2. Contenido y ordenación de las preferencias | 49 |
| 2.2.3. El procedimiento de análisis en la teoría de la elección racional | 50 |
| 2.3. AED normativo | 53 |
| 2.3.1. Introducción..... | 53 |
| 2.3.2. El concepto de «eficiencia» | 54 |
| 2.3.2.1. Eficiencia paretiana | 54 |

| | Pág. |
|---|------|
| 2.3.2.2. Eficiencia potencial o Kaldor-Hicks | 55 |
| 2.3.2.3. Eficiencia en sentido instrumental..... | 56 |
| 2.3.2.4. ¿Eficiencia sin optimalidad? | 57 |
| 2.3.3. El Análisis Coste-Beneficio (ACB) | 58 |
| 2.3.3.1. ACB: problemas de cuantificación | 58 |
| 2.3.3.2. ACB: la dimensión normativo-ética..... | 59 |
| 2.3.3.3. Análisis Coste-Eficacia: la dimensión nor- mativo-técnica | 60 |
| 2.3.3.4. El consenso básico acerca del ACB..... | 61 |
| 3. ACB, IGUALDAD Y DERECHOS | 63 |
| 4. ANÁLISIS INSTITUCIONAL COMPARADO (AIC)..... | 65 |
| 5. SUMARIO Y ORIENTACIÓN | 68 |
| | |
| CAPÍTULO II. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL: APLICACIÓN A LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO DEL BDEC... | 69 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 69 |
| 2. AED POSITIVO EN DERECHO PENAL: LA DECISIÓN DE DELINQUIR | 70 |
| 2.1. La teoría de la elección racional y el análisis de los costes y beneficios privados del delito..... | 70 |
| 2.2. Racionalidad de los agentes en los delitos económicos: el caso del BdeC | 74 |
| 2.2.1. Frecuencia y estandarización de conductas | 76 |
| 2.2.2. Commensurabilidad: la presencia del dinero y la mayor facilidad para determinar el coste de oportunidad..... | 76 |
| 2.2.3. Transparencia: mayor facilidad para evaluar las conse- cuencias..... | 77 |
| 2.2.4. Maximización de la renta..... | 77 |
| 2.2.5. Neutralidad moral: ¿propiedad distintiva de la activi- dad mercantil? | 78 |
| 3. AED NORMATIVO: ESTRATEGIAS REGULATORIAS ORIEN- TADAS A LA PREVENCIÓN DE DELITOS ECONÓMICOS.... | 79 |
| 3.1. El ACB en la prevención del delito | 79 |
| 3.2. Política criminal: la función de la Ley penal | 81 |
| 3.3. Análisis de las estrategias regulatorias disponibles para la pre- vención y el castigo de delitos económicos: su aplicación al blanqueo de capitales | 83 |
| 3.3.1. Introducción..... | 83 |
| 3.3.2. Las estrategias regulatorias: análisis positivo y norma- tivo | 84 |

| | Pág. |
|--|-----------|
| 3.3.3. ¿Heterorregulación frente a autorregulación?: aproximación a las normas de prevención y castigo del blanqueo de capitales | 88 |
| 3.3.3.1. Introducción..... | 88 |
| 3.3.3.2. Heterorregulación, autorregulación, correulación (autorregulación regulada)..... | 89 |
| 3.3.3.3. Los efectos jurídicos de la autorregulación. | 94 |
| 4. SUMARIO Y ORIENTACIÓN | 96 |
| CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE | 98 |

SEGUNDA PARTE

**ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO DEL BLANQUEO DE CAPITALES:
LESIVIDAD SOCIAL Y BENEFICIOS SOCIALES**

| | |
|--|------------|
| INTRODUCCIÓN..... | 103 |
| CAPÍTULO III. EL BLANQUEO DE CAPITALES: CONCEPTO Y TÉCNICAS | 105 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 105 |
| 2. DEFINICIÓN CRIMINOLÓGICA DE BDEC..... | 105 |
| 2.1. Introducción | 105 |
| 2.2. Definición criminológica..... | 107 |
| 2.2.1. Introducción..... | 107 |
| 2.2.2. Definición criminológica..... | 107 |
| 2.2.3. Algunos conceptos asociados al de BdeC | 112 |
| 2.2.3.1. El BdeC como «proceso» orientado a un fin. | 112 |
| 2.2.3.2. Las diádas capital sucio/capital negro y capital de origen lícito/capital de origen ilícito | 114 |
| 2.2.3.3. El objeto del BdeC: ¿dinero, bienes, capitales, activos? | 115 |
| 3. CARACTERÍSTICAS CONTEMPORÁNEAS DEL BDEC | 116 |
| 3.1. Características del entorno social que proveen oportunidades para el BdeC | 116 |
| 3.2. Magnitud económica del fenómeno | 117 |
| 3.3. Vinculación con el crimen organizado..... | 118 |
| 3.4. Internacionalización | 120 |
| 3.5. Profesionalización del BdeC | 121 |
| 4. EL PROCESO DE BLANQUEO..... | 122 |

| | Pág. |
|---|------------|
| 4.1. Introducción/colocación (<i>placement</i>)..... | 123 |
| 4.2. Transformación/ensombrecimiento (<i>layering</i>)..... | 123 |
| 4.3. Integración..... | 124 |
| 4.4. La utilidad de esta clasificación en tres etapas..... | 125 |
| 5. TÉCNICAS UTILIZADAS PARA BLANQUEAR CAPITALS.... | 125 |
| 5.1. Introducción..... | 125 |
| 5.2. Técnicas de BdeC por sector económico..... | 129 |
| 5.2.1. Sector financiero (I): entidades financieras..... | 129 |
| 5.2.2. Sector financiero (II): establecimientos financieros no convencionales..... | 131 |
| 5.2.3. Sector comercial y de servicios..... | 132 |
| 5.2.4. Sector inmobiliario..... | 133 |
| 5.2.5. Sector de casinos y juegos de azar..... | 134 |
| 5.2.6. Sector de compraventa de joyas, metales preciosos, obras de arte y antigüedades..... | 135 |
| 5.3. Conclusión..... | 136 |
| 6. SUMARIO Y ORIENTACIÓN..... | 137 |
| | |
| CAPÍTULO IV. COSTES Y BENEFICIOS SOCIALES DEL BLANQUEO DE CAPITALS..... | 139 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 139 |
| 2. ANÁLISIS DE LOS COSTES Y BENEFICIOS DEL BDEC..... | 139 |
| 2.1. Introducción..... | 139 |
| 2.2. Análisis de los incentivos que determinan diferentes diseños del entorno legal..... | 140 |
| 2.2.1. Prohibición total del BdeC..... | 143 |
| 2.2.2. Prohibición parcial..... | 145 |
| 2.2.3. Legalización..... | 148 |
| 2.3. Evaluación de las consecuencias de los diferentes diseños ins- titucionales..... | 150 |
| 2.3.1. Introducción..... | 150 |
| 2.3.2. La lesividad social del BdeC..... | 151 |
| 2.3.2.1. Efecto criminógeno: el BdeC como incenti- vo para delinquir..... | 151 |
| 2.3.2.2. Efectos lesivos sobre la economía..... | 153 |
| 2.3.2.3. Corrupción pública y privada..... | 166 |
| 2.3.3. Los beneficios sociales del BdeC..... | 168 |
| 2.3.4. Problemas de distribución de costes y beneficios so- ciales entre distintas sociedades: la cuestión interna- cional..... | 168 |

| | Pág. |
|--|------------|
| 2.3.4.1. La inequitativa distribución de costes y beneficios del BdeC transnacional..... | 168 |
| 2.3.4.2. Análisis de los incentivos para que los refugios financieros cumplan con las normas de prevención del BdeC..... | 170 |
| 2.3.4.3. Armonización de la regulación internacional..... | 174 |
| 2.3.5. Conclusiones al ACB de la actividad de BdeC..... | 177 |
| 3. SUMARIO Y ORIENTACIÓN | 178 |
| CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE | 180 |

TERCERA PARTE

ANÁLISIS POSITIVO Y NORMATIVO DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BDEC

| | |
|--|------------|
| INTRODUCCIÓN..... | 185 |
| CAPÍTULO V. LA RACIONALIDAD DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BDEC..... | 187 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 187 |
| 2. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS INSTRUMENTOS DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BDEC | 188 |
| 2.1. Introducción | 188 |
| 2.2. Análisis de las normas inter y supranacionales..... | 189 |
| 2.2.1. Introducción..... | 189 |
| 2.2.2. La Declaración de Principios de Basilea (1988)..... | 191 |
| 2.2.3. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas —Convención de Viena— (1988)..... | 192 |
| 2.2.4. Cuarenta Recomendaciones del GAFI (1990) | 193 |
| 2.2.5. Convención del Consejo de Europa (1990) | 194 |
| 2.2.6. Directivas Europeas (1991, 2001, 2005)..... | 195 |
| 2.2.7. <i>Corpus Iuris</i> (1999)..... | 196 |
| 2.2.8. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada —Convención de Palermo— (2000)..... | 197 |
| 2.2.9. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)..... | 197 |
| 2.3. La evolución de las estrategias de intervención..... | 198 |

| | Pág. |
|---|------|
| 2.3.1. Primera etapa: la creación de un nuevo paradigma | 198 |
| 2.3.2. Segunda etapa: unificación de los estándares..... | 199 |
| 2.3.3. Tercera etapa: ampliación del ámbito de intervención de los estándares..... | 200 |
| 2.3.4. Cuarta etapa: consolidación de los estándares | 201 |
| 2.3.5. Quinta etapa: cambios en la estrategia regulatoria; del «intervencionismo» a la «gestión del riesgo» | 202 |
| 2.3.5.1. El contenido del cambio | 202 |
| 2.3.5.2. Los actores del cambio..... | 205 |
| 2.4. Toma de posición..... | 207 |
| 2.5. Conclusiones..... | 211 |
| | |
| 3. LAS FINALIDADES PERSEGUIDAS POR EL ESTADO: ESPECIALMENTE SOBRE EL DECOMISO DE LAS GANANCIAS ... | 213 |
| 3.1. Introducción | 213 |
| 3.2. Definición y clases de decomiso..... | 216 |
| 3.3. Decomiso de las ganancias derivadas del delito | 217 |
| 3.3.1. Introducción..... | 217 |
| 3.3.2. La función disuasoria del decomiso de las ganancias . | 218 |
| 3.3.3. La función inocuidadora del decomiso de las ganancias | 221 |
| 3.3.4. Tipos de decomiso de ganancias..... | 222 |
| 3.3.4.1. Decomiso de bienes: decomiso básico y decomiso sustitutivo..... | 222 |
| 3.3.4.2. Decomiso de valor equivalente..... | 223 |
| 3.3.4.3. Decomiso de ganancias directas e indirectas..... | 225 |
| 3.3.5. ¿Principio de beneficios brutos (<i>Bruttoprinzip</i>) o de beneficios netos (<i>Nettoprinzip</i>)? | 226 |
| 3.3.6. Restricciones deontológicas al decomiso de las ganancias: ¿proporcionalidad? | 228 |
| 3.3.7. El decomiso en delitos de terrorismo y actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista..... | 230 |
| 3.3.8. El decomiso de los beneficios económicos derivados de la comisión de delitos imprudentes | 231 |
| 3.3.9. El decomiso de los beneficios económicos derivados de la comisión de infracciones administrativas | 232 |
| 3.3.10. El decomiso civil | 233 |
| 3.4. Conclusiones..... | 234 |
| | |
| 4. INTERVENCIÓN DIRECTA E INDIRECTA: LA RESPONSABILIZACIÓN DEL SECTOR PRIVADO..... | 236 |
| 4.1. Introducción | 236 |

| | Pág. |
|--|------|
| 4.2. Los sujetos obligados: deberes esenciales y secundarios..... | 238 |
| 4.3. Deber esencial I: el deber de no ejecutar la operación (sujeto obligado/ <i>gatekeeper</i>) | 241 |
| 4.3.1. Introducción: concepto y breve genealogía del mismo. | 241 |
| 4.3.2. Análisis positivo y normativo de la función de <i>gatekeeper</i> | 242 |
| 4.4. Deber esencial II: el deber de informar (sujeto obligado/ <i>whistleblower</i>)..... | 244 |
| 4.4.1. Introducción: concepto y orígenes | 244 |
| 4.4.2. Análisis de las características del sujeto obligado/ <i>whistleblower</i> | 246 |
| 4.4.2.1. Introducción..... | 246 |
| 4.4.2.2. El deber de informar y el deber de confidencialidad..... | 247 |
| 4.4.2.3. Los incentivos para cumplir con el deber de informar | 249 |
| 4.4.3. Análisis positivo y normativo de la función de sujeto obligado/ <i>whistleblower</i> | 251 |
| 4.5. Las interrelaciones entre el <i>gatekeeping</i> y el <i>whistleblowing</i> en la legislación para la prevención del BdeC..... | 252 |
| 4.6. Conclusiones..... | 253 |
| 5. SUMARIO Y ORIENTACIÓN..... | 254 |

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO VI. INTERVENCIÓN INDIRECTA: CRIMINAL COMPLIANCE PARA LA PREVENCIÓN DEL BDEC EN LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL..... | 257 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 257 |
| 2. LOS FACTORES CRIMINÓGENOS PRESENTES EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL..... | 257 |
| 3. <i>COMPLIANCE PROGRAMS</i> : CONCEPTO Y ALCANCE | 261 |
| 3.1. Introducción | 261 |
| 3.2. Programas de Cumplimiento: concepto, fuentes, contenido... | 264 |
| 3.3. Los Programas de Cumplimiento en la prevención del blanqueo de capitales | 267 |
| 3.3.1. La gestión del riesgo..... | 267 |
| 3.3.1.1. Introducción..... | 267 |
| 3.3.1.2. El deber de diligencia con respecto al cliente. | 268 |
| 3.3.1.3. El deber de examen (examen general): el perfil del cliente..... | 270 |

| | Pág. |
|--|------------|
| 3.3.1.4. El deber de investigar (examen especial): el deber de investigar las operaciones inusuales..... | 271 |
| 3.3.1.5. Conclusión: la operación sospechosa como presupuesto de los deberes de informar y no ejecutar la operación | 273 |
| 3.3.2. Normas de conducta en los Programas de Cumplimiento: su papel en la gestión del riesgo | 273 |
| 3.3.3. Órganos de control interno. El <i>Compliance Officer</i> o <i>Geldwäschebeauftragter</i> | 276 |
| 3.3.4. Evaluación (interna y externa) de los Programas de Cumplimiento..... | 279 |
| 3.3.5. Sistema de información..... | 280 |
| 4. SUMARIO Y ORIENTACIÓN | 283 |
| | |
| CAPÍTULO VII. EL TIPO PENAL DE BLANQUEO DE CAPITALES | 285 |
| | |
| 1. INTRODUCCIÓN: EL FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL DE LA CRIMINALIZACIÓN | 285 |
| 2. ANÁLISIS <i>DE LEGE FERENDA</i> : LAS DISTINTAS FORMAS DE TIPIFICACIÓN PENAL SEGÚN LA FINALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL DEL LEGISLADOR..... | 286 |
| 3. ANÁLISIS <i>DE LEGE LATA</i> : EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL TIPO PENAL DEL ART. 301 DEL CP | 292 |
| 3.1. Las lagunas de punibilidad y la necesidad de art. 301 del CP. | 292 |
| 3.2. El bien jurídico protegido | 293 |
| 3.2.1. Planteamiento general: el tipo de BdeC y la Administración de Justicia..... | 293 |
| 3.2.2. La Seguridad Interior..... | 296 |
| 3.2.3. El orden socioeconómico..... | 297 |
| 3.2.4. Conclusiones..... | 300 |
| 3.3. Los antecedentes del art. 301 del CP: las normas supra e internacionales..... | 301 |
| 3.3.1. Introducción..... | 301 |
| 3.3.2. El tipo penal básico..... | 301 |
| 3.3.3. El tipo penal de receptación de bienes o ganancias.... | 302 |
| 3.3.4. El tipo penal de tendencia interna trascendente..... | 302 |
| 3.3.5. El tipo penal de BdeC imprudente..... | 303 |
| 3.4. Análisis de <i>lege lata</i> : interpretación del tipo penal de BdeC del art. 301 del CP | 303 |

| | Pág. |
|---|------------|
| 3.4.1. Introducción..... | 303 |
| 3.4.2. Límites del análisis | 305 |
| 3.4.3. El BdeC doloso: los tipos penales del art. 301.1 y 301.2 del CP | 306 |
| 3.4.3.1. Introducción..... | 306 |
| 3.4.3.2. Las modalidades de acción y los verbos típicos..... | 307 |
| 3.4.3.3. El objeto material | 312 |
| 3.4.4. La punibilidad de la tentativa | 313 |
| 3.4.5. Modalidades agravadas de blanqueo de capitales..... | 314 |
| 3.4.6. La intervención delictiva en el delito de blanqueo de capitales | 315 |
| 3.4.7. La punibilidad del autoblanqueo | 315 |
| 3.4.8. BdeC imprudente: el art. 301.3 del CP | 319 |
| 3.4.9. La relevancia de la ignorancia deliberada | 322 |
| 3.4.10. La autorregulación empresarial y la atribución de responsabilidad penal | 326 |
| 4. SUMARIO Y ORIENTACIÓN | 336 |
| CAPÍTULO VIII. LA EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BDEC..... | 339 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 339 |
| 2. LA EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BLANQUEO DE CAPITALS | 340 |
| 3. ALGUNOS ESTUDIOS COMPARADOS | 345 |
| 4. CONCLUSIÓN | 350 |
| CONCLUSIONES DE LA TERCERA PARTE..... | 352 |
| CONCLUSIONES FINALES | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 363 |

PRÓLOGO

Conocí a Mateo Bermejo una soleada pero fría mañana del otoño bonaerense. La ocasión era extrañamente académica: un seminario-desayuno en el despacho profesional del querido Juan José Ávila, al que asistían estudiantes de la UBA y de otras universidades —creo— y al que por mi parte me dirigí instado, como en tantas otras ocasiones, por mi gran amigo Alejandro Freeland. El seminario discurrió entre cafés, medialunas y teorías de Jakobs. Al final, nos despedimos y me parece que ya entonces Mateo me indicó su interés por venirse a España a hacer el doctorado en la Universidad Pompeu Fabra.

El siguiente recuerdo es una referencia de Santiago Mir a Mateo diciéndome que en los cursos de doctorado —entonces interuniversitarios— teníamos un alumno «que hablaba como un profesor». Pero sobre todo quiero evocar las intervenciones de Mateo en mis seminarios de doctorado, llenas de referencias filosóficas y sociológicas, que permitían advertir su extensa y profunda cultura. Hablar de la estancia de Mateo en Europa es hablar, como en tantos casos, de dificultades, problemas y de alegrías. Me aborro hablar de lo primero y me centro en lo segundo. Al hacerlo resulta inevitable agradecer la generosidad del añorado colega Wilfried Bottke, que acogió a Mateo como wissenschaftlicher Assistent en la Universidad de Augsburg facilitando así su actividad investigadora.

Intento recordar los hitos de la investigación doctoral de Mateo en la Universidad Pompeu Fabra y me vienen a la cabeza, sobre todo, momentos de disfrute de la amistad profunda que nos une. Así, el de una mañana veraniega en la que él y Omar Palermo habían venido a casa a ayudarme a ordenar mi siempre caótica biblioteca. Ordenamos lo que pudimos y luego nos fuimos a almorzar en el jardín de un restaurante de Sant Cugat y allí, entre sol y sombra, acompañados de un lambrusco fresquito, fuimos pasando las primeras horas de la tarde en animada conversación.

Pero conviene que no me salga demasiado de la rígida estructura del prólogo a una monografía jurídica. El Dr. Bermejo presenta ahora a la comunidad científica del Derecho penal un gran trabajo sobre el blanqueo de capitales. Su actividad como fiscal en el retorno a la Argentina ha conllevado el transcurso de algún tiempo entre la defensa de la tesis y la publicación del libro. Sin em-

bargo, la obra mantiene íntegras su actualidad y frescura, su originalidad y su capacidad de rendimiento.

En efecto, resulta sabido, tras décadas de estudio, que aún no se ha resuelto satisfactoriamente la discusión acerca de cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos, siendo las concepciones en disputa significativamente distintas. Por su parte, un análisis empírico de las conductas de blanqueo pone de relieve que estas tienen: i) un efecto criminógeno (favorecen la comisión de delitos, en la medida en que facilitan el aprovechamiento seguro de los bienes obtenidos mediante dichos delitos); ii) un efecto anticompetitivo (alteran los procesos de formación de precios, aunque ello solo se refiere al blanqueo de grandes sumas); y iii) un efecto de incremento de poder de las organizaciones criminales (lo cual, de nuevo, solo vale para el blanqueo de grandes sumas). Así las cosas, parece que puede tener sentido reconstruir la sanción del blanqueo desde la perspectiva de la teoría de la elección racional. Este es el camino elegido por el Dr. Bermejo que, para alcanzar tal fin, estudia en la primera parte de la obra el Análisis Económico del Derecho y su aptitud metodológica para la política criminal de los delitos económicos.

Su planteamiento es expresión de la tesis de que, en realidad, la tipificación del blanqueo es un mecanismo con el que se pretende desincentivar de modo cualificado la comisión de delitos, de cualesquiera delitos. En efecto, al centrar su objeto en los beneficios de la actividad delictiva, la sanción del blanqueo incrementa los costes esperados a la hora de tomar la decisión de delinquir, pues facilita la obtención de pruebas encaminadas a la detección y castigo de tal hecho previo. Conviene no olvidar en este punto que, para la sanción del blanqueo, no es preciso que el hecho-base haya sido ya sancionado. Ello refuerza la tesis de que la persecución del blanqueo puede servir de instrumento para la obtención de prueba del delito-base. Por lo demás, la amenaza que la tipificación del delito de blanqueo representa para los beneficios derivados de cualquier delito (pues se orienta a su decomiso) disminuye los incentivos esperados a la hora de tomar la decisión de realizar la actividad delictiva.

El Dr. Bermejo observa luego que la sanción por delitos de blanqueo tiende a proyectarse sobre un conjunto de sujetos ajenos de entrada tanto a la actividad delictiva base como a la conducta de blanqueo en sentido estricto. A estos se les imponen deberes policiales, convirtiéndolos en colaboradores forzosos del Estado. Dado, por lo demás, que dichos deberes policiales se entienden en no pocas ocasiones como deberes de garante, su vulneración se estima suficiente para fundamentar una responsabilidad por el propio delito de blanqueo. Ello ocurre con una serie cada vez más amplia de empresarios y profesionales («sujetos especialmente obligados»), que son convertidos en gatekeepers o en garantes en sentido estricto; con el extendido recurso a whistleblowers; y, en fin, con la imposición de programas de cumplimiento (compliance programs) a las personas jurídicas en general, que, si pretenden evitar incurrir en una

específica responsabilidad penal por blanqueo de capitales, están obligadas a diseñarlos y ponerlos en práctica.

Como observa el Dr. Bermejo, la gestión técnica de riesgos por parte del Estado puede adoptar dos modalidades básicas: la prevención técnica centralizada o la prevención técnica descentralizada. En el primer caso, el Estado procede a crear directamente la entidad de control (en el caso que aquí nos ocupa, el Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales). En el segundo caso, en cambio, el Estado lo que hace es fijar el marco de la autorregulación que habrán de llevar a cabo los administrados.

El modelo de gestión del riesgo derivado del blanqueo de capitales parece ser, de entrada, uno significativamente centralizado. Sin embargo, esa centralización empieza muy pronto a mostrar matices. Ello sucede, de entrada, con el establecimiento de obligaciones de colaboración para sujetos especialmente caracterizados (denuncia de operaciones sospechosas: whistleblowing), cuya omisión se sanciona administrativamente. Resulta ocioso poner de relieve que a tales sujetos se les atribuyen funciones de policía administrativa. La cuestión es si solo se trata de eso. Pues bien, en la medida en que el delito de blanqueo de capitales, y en consecuencia también la intervención en él, es punible en Derecho español tanto en la modalidad dolosa como en la gravemente culposa, las cosas no acaban aquí. Al menos a ciertos sujetos especialmente obligados se les imponen deberes de garante cuyo objeto es la propia evitación del blanqueo y no ya su denuncia. Parece, en efecto, que el cumplimiento del deber administrativo de comunicación sería suficiente solo en aquellos casos cuya inserción en el ámbito del blanqueo de capitales ni siquiera fuera previsible para un sujeto medianamente diligente. En efecto, la realización de actos de blanqueo o de favorecimiento de este por imprudencia leve no es punible. Así, en situaciones de hecho en las que solo un sujeto extraordinariamente diligente advertiría la existencia de blanqueo de capitales, no es penalmente exigible la abstención del sujeto especialmente obligado. Ante la más leve sospecha no pesa sobre este un deber de abstención, pero sí de comunicación. Ahora bien, todo ello cambia cuando de la sospecha se pasa a la posibilidad efectiva de hallarse ante un acto de blanqueo. En tal caso, los sujetos especialmente cualificados caracterizados como gatekeepers deben abstenerse de intervenir en el hecho, so pena de incurrir en responsabilidad penal.

La expresión de gatekeeper comprende distintos grupos de sujetos de características no plenamente coincidentes, aunque se trate en todo caso de terceros a quienes se implica en el cumplimiento de funciones de protección de bienes jurídicos mediante la denegación de su cooperación con los potenciales infractores. A partir de esa constatación, a tales sujetos se les impone, en particular, un deber de abstención —de denegación de cooperación— en aquellos casos en que observen que los actos que se proponen llevar a cabo quienes solicitan sus servicios resultan antijurídicos. La infracción de dicho deber de abstención permite atribuirles responsabilidad —incluso penal— por el contenido de ilegali-

dad de los actos y negocios que realicen sus clientes. Lo importante a los efectos que aquí interesan es, con todo, subrayar cómo pueden ser hechos penalmente responsables por delitos de blanqueo terceros a quienes, siendo particulares, se les imponen deberes de control sobre las actividades económicas que pueden dar lugar al referido blanqueo de capitales.

La LO 5/2010 incluyó el blanqueo en el ámbito de delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas (art. 302.2 CP); y, con ello, no hizo sino agudizar el problema de la extensión de la responsabilidad mediante transferencia de funciones policiales de colaboración con la Administración a particulares. En efecto, ya no se trata de que determinadas personas físicas y jurídicas, por operar en determinados sectores «sensibles», hayan sido constituidas por la normativa administrativa en sujetos especialmente obligados a denunciar operaciones sospechosas de blanqueo bajo amenaza de la correspondiente sanción administrativa. Ni siquiera se trata de que la mayoría de esos sujetos se hayan convertido eo ipso en garantes a los efectos del Derecho penal de modo que, si concurren las demás circunstancias propias de la imputación en comisión por omisión, puedan ser imputados como intervinientes en un delito de blanqueo imprudente (o doloso-eventual). La cuestión es que las empresas en su totalidad pasan a convertirse por la vía jurídico-penal en sujetos obligados a controlar posibles operaciones de blanqueo, a detectarlas y a neutralizarlas, so pena de ser hechas corresponsables de ella.

En efecto, ninguna empresa de una cierta entidad puede excluir a priori que en su actividad ordinaria de compra y venta de mercancías sus empleados puedan llegar a cometer dolosa o imprudentemente actos de blanqueo de capitales. Pues bien, en virtud del art. 31 bis CP una persona jurídica incurre en responsabilidad penal por un determinado delito cuando este es cometido en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por sus administradores de hecho o de derecho y por sus representantes. Pero también —y esto es lo más relevante en lo que aquí interesa— cuando el delito ha sido cometido por subordinados siempre que no se haya ejercido sobre ellos el debido control. Por regla general, ese «debido control» viene identificándose por la doctrina con la adopción de programas de cumplimiento normativo jurídico-penal (criminal compliance programs) y el esfuerzo por su puesta en práctica efectiva. Lo anterior significa, en la práctica, que todas las empresas, todos sus administradores y directivos se hallan obligados —a partir de ahora— a actuar como garantes de la no comisión de delitos de blanqueo en su organización; en otras palabras, como agentes de policía. La conformación de esta posición de garantía universal es, probablemente, la máxima expresión de la capacidad del delito de blanqueo de capitales para expandir el Derecho penal.

Pues bien, todos estos aspectos de la criminología, de la política criminal y del diseño institucional en materia de blanqueo de capitales son objeto del excepcional trabajo que Mateo Bermejo presenta a la comunidad científica y que

tengo el honor de presentar. El Dr. Bermejo es, ciertamente, un gran científico del Derecho: sus cualidades intelectuales me asombran, su amistad y su lealtad me honran, su cariño tantas veces mostrado y demostrado —y que es mutuo— me abrumba. Y, como eso sucede con tantos discípulos de tantos países de nuestra común patria iberoamericana, me siento —mirando atrás, pero también hacia delante— cada vez más profundamente anonadado y agradecido a Dios. En su diálogo sobre la amistad (De amicitia), Marco Tulio Cicerón dejó escrito: «Est enim amicitia nihil aliud nisi omnium divinarum humanarumque rerum cum benevolentia et caritate consensus; qua quidem haud scio an excepta sapientia nihil melius homini sit a dis immortalibus datum»¹. Puede parecer muchísimo, pero por momentos pienso que incluso se quedó corto.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

¹ «Pues la amistad no es otra cosa sino el acuerdo sobre todas las cosas divinas y humanas con benevolencia y amor; ciertamente no sé si, exceptuada la sabiduría, algo mejor que esta se dio al hombre por los dioses inmortales».

INTRODUCCIÓN

El blanqueo de capitales supone un interesante desafío para quienes pretenden abordarlo como objeto de estudio: tanto la perspectiva criminológica como la político-criminal y la estrictamente jurídico-penal presentan dificultades teóricas y prácticas importantes. No todas estas dificultades le son atribuibles al fenómeno en sí sino que, en algunas ocasiones, son tributarias de limitaciones propias del grado de desarrollo del debate académico en cada uno de estos ámbitos del conocimiento: así, por ejemplo, las interrelaciones existentes entre los regímenes jurídicos estatales, las regulaciones técnicas de grupos de expertos y la autorregulación de los agentes del mercado incluyen una complejidad en el análisis político-criminal y jurídico-dogmático que se halla aún insuficientemente teorizada.

Al revisar la literatura académica y técnica sobre el tema se evidencia que mientras que en algunos países, como en España, ha prevalecido más bien un enfoque jurídico-dogmático de la cuestión con un fuerte acento en lo que se denomina la Parte Especial del Derecho penal, en otros, como en Alemania, los estudios criminológicos y de política jurídica aparecen matizando la prevalencia de aquel enfoque, mientras que en la literatura anglosajona es la perspectiva de política jurídica y, eventualmente, la criminológica la que parecen mayoritarias.

Dado este estado de cosas, al iniciar el análisis del objeto de estudio consideré que una aproximación a la regulación del blanqueo de capitales que se limitara al análisis jurídico-interpretativo del alcance del tipo penal de blanqueo de capitales del Código Penal español poco podría aportar de novedoso, dado el importante caudal de obras en español que ya existían sobre el tema. Al mismo tiempo, por aquella época ya había comenzado a interesarme por una particular perspectiva teórica que manifiesta una decidida e interesante apertura del sistema jurídico a las ciencias sociales: el Análisis Económico del Derecho (AED).

El AED es un instrumento muy versátil para el análisis del fenómeno jurídico, de particular interés en el estudio de la decisión de delinquir y de la respuesta conductual ante los incentivos positivos y negativos que establecen las normas legales y, por ende, un recurso teórico de gran utilidad en el diseño de política jurídica. Asimismo, provee de un criterio de valoración de

las consecuencias de la misma: la eficiencia; de este modo se puede valorar la corrección de una política y compararla con diseños institucionales alternativos.

Por ello, el presente trabajo parte del presupuesto de que la aplicación del marco teórico del AED al blanqueo de capitales puede aportar una perspectiva novedosa que permita una descripción y predicción adecuada de las conductas vinculadas al blanqueo, al tiempo que permita, por un lado, analizar los costes y beneficios sociales de dicha actividad (y establecer, así, su eventual lesividad social) y, por otro, con base en los daños sociales atribuibles a dicha actividad, orientar una respuesta político-criminal (político-jurídica) que resulte eficiente.

De lo expresado, resulta con claridad que el particular interés del trabajo en el análisis de la decisión de delinquir, en la lesividad social del blanqueo y en el diseño de política jurídica deja menos espacio para la dogmática jurídico-penal. Pero, a pesar de ello, y debido a la relevancia que el aparato teórico de la dogmática puede tener en relación con la eficacia del sistema de prevención, he incluido algunos apartados en los que se presentan las cuestiones más relevantes al respecto: así, por ejemplo, se exponen algunas cuestiones interpretativas del tipo penal de blanqueo de capitales del Código Penal español y, por otro lado, se analiza la interrelación entre el tipo penal de blanqueo, la regulación administrativa y los programas de prevención del blanqueo de capitales que deben implementar ciertas empresas en relación con la infracción del deber y la creación del riesgo jurídicamente desaprobado.

La línea argumental del presente trabajo se estructura en tres partes. En la Primera Parte se lleva a cabo un extenso y detallado análisis de la perspectiva teórica adoptada, el AED, que será luego aplicada al objeto de estudio: la actividad de blanqueo de capitales y el sistema de prevención y castigo del mismo. En la Segunda Parte se comienza a analizar desde la perspectiva del AED el fenómeno del blanqueo prestando particular atención al debate acerca de sus costes y beneficios sociales. En la Tercera Parte se aplica el AED al sistema de prevención y castigo del blanqueo de capitales para sentar las bases teóricas de su evaluación respecto de su aptitud para reducir la lesividad social atribuible a este fenómeno.

El desarrollo que se lleva a cabo en la Primera Parte de los términos teóricos del AED se justifica por el escaso conocimiento que existe del mismo en el mundo de habla hispana y por la diversidad de corrientes que coexisten con diversos e interesantes matices. Por ello, aquí se desarrollan los conceptos clásicos de la elección racional (análisis positivo) y las variantes que presenta la aplicación de la idea de eficiencia (análisis normativo) como criterio de orientación en el diseño de política jurídica. Asimismo, este desarrollo resultará de interés para aproximarse a la aplicación de este enfoque al fenómeno del BdeC y sentar las bases del análisis que se desarrollan en las Segunda y Tercera Partes.

Es en la Segunda Parte donde se comienza a aplicar con mayor profundidad el marco teórico al objeto de estudio. Luego de la necesaria definición y contextualización del fenómeno del blanqueo de capitales, se analiza la eventual lesividad del blanqueo, presupuesto necesario para resolver si se trata de una actividad que deba ser prohibida o promocionada. El trasfondo de la cuestión es algo confuso: mientras que, por un lado, algunos académicos parecen haber promovido la idea de que el blanqueo tiene grandes beneficios sociales y, por ende, debe ser promocionado, por otro lado, la retórica a la que han recurrido algunos organismos *supra-* e internacionales para promover su prohibición hace uso de un lenguaje emotivo que pretende más convencer que realizar distinciones. La conclusión que se adelanta es que «ni tanto ni tan poco»; en ciertas circunstancias el blanqueo puede dar lugar a beneficios sociales (bien lo saben los paraísos fiscales) pero, al mismo tiempo, los efectos lesivos son destacables: el efecto criminógeno, el efecto de incremento del poder económico del crimen organizado y los efectos lesivos sobre la libre competencia en el mercado remiten a una dañosidad social que no solo no debe soslayarse sino que justifica la prohibición de la actividad.

Es en la Tercera Parte donde, sobre la base de la justificación de la prohibición del blanqueo lograda en la Segunda Parte, se analiza el sistema de prevención y castigo del blanqueo de capitales. En los tres capítulos que conforman esta parte del trabajo se analizan diversos instrumentos jurídicos con base en los que se articula la política de prevención y castigo del blanqueo de capitales. Se argumentará que la finalidad del sistema de prevención y castigo del blanqueo consiste en evitar que quienes obtienen bienes de la actividad delictiva puedan ocultar su origen, ya que ello impediría que el Estado decomisara los bienes y los utilizase como prueba del delito previo. Así, el blanqueador (como sujeto analíticamente diferenciado del interviniente en el delito que da origen a los bienes) provee el servicio de evitar que su cliente sea privado de las ganancias y, a la vez, condenado con base en el carácter probatorio que poseen los bienes ilícitamente obtenidos. La eficacia de los institutos del decomiso y del castigo, que son prestaciones del sistema de Administración de Justicia, es tributaria de la intervención directa de agencias estatales (policía, fiscalía, unidades de información financiera) así como de la intervención indirecta por medio de agentes de sector privado obligados a colaborar en la prevención (los así llamados sujetos obligados): un análisis de eficiencia es necesario para saber bajo qué condiciones dicha responsabilización de profesionales y empresas resulta justificable. Por último, podrá observarse que las empresas que actúan como sujetos obligados a colaborar en la prevención deben implementar programas de cumplimiento (*Compliance Programs*) para cumplir con el régimen legal y, de ese modo, evitar ser utilizadas para el blanqueo: las alternativas que presentan la pura heterorregulación jurídica o la autorregulación del sector privado en la con-

figuración de los deberes parecen decantar en la práctica hacia una perspectiva mixta, la así llamada «autorregulación regulada» que también debe someterse a un análisis de eficiencia.

Para finalizar esta introducción cabe decir que el presente trabajo puede ser interpretado de dos formas. Por un lado, y principalmente, como un análisis del fenómeno del blanqueo de capitales y, sobre todo, del sistema de prevención y castigo del mismo: se pretende describir las razones que motivan la decisión de delinquir y, partiendo de este supuesto conductual, procurar el marco teórico a partir del cual juzgar la adecuación del sistema de prevención al criterio de eficiencia. Pero, a la vez, por otro lado, se evidencia la utilidad del AED tanto para la explicación y predicción de las conductas delictivas (al menos en el ámbito de los delitos económicos y del crimen organizado) como para la elaboración de propuestas de carácter normativo (normativo-ético y normativo-técnico) en el diseño de política jurídica. Puede decirse, entonces, que el trabajo presenta una cierta circularidad debido a que, por una parte, se pretende que la perspectiva metodológica adoptada sea la adecuada para analizar el objeto de estudio seleccionado y, a la vez, para que haya beneficio académico en el estudio del blanqueo de capitales, resulta necesario que el objeto de estudio se vea iluminado en nuevos aspectos debido a la aproximación teórica adoptada: tengo la expectativa de que esta doble labor esté lograda.

PRIMERA PARTE

**PERSPECTIVA METODOLÓGICA:
LA UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO PARA EL ESTUDIO
DEL BLANQUEO DE CAPITALES**

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE

La primera parte de este trabajo pretende exponer los lineamientos del marco teórico desde el cual se analizará el fenómeno del blanqueo de capitales (BdeC, en adelante) y las estrategias regulatorias dirigidas a su prevención y al castigo de los responsables.

En el capítulo I se explica en qué consiste el Análisis Económico del Derecho (AED, en adelante) y cuáles son los instrumentos teóricos de que provee, partiendo de la descripción del Derecho como un sistema de modificación de incentivos. Por un lado, se analiza el denominado AED positivo que tiene como pretensión explicar o predecir la respuesta conductual de los individuos a las distintas formas de intervención jurídica, partiendo del supuesto conductual de racionalidad (en sentido instrumental) de aquellos. Por otro lado, se hace una descripción y crítica del criterio a partir del cual el AED evalúa los efectos de la legislación: la eficiencia. Asimismo, se explican los instrumentos básicos del Análisis Coste-Beneficio (ACB, en adelante) como disciplina que permite operativizar y guiar el diseño de políticas públicas para la persecución de la eficiencia como objetivo social. Por último, se analizan las insoslayables cuestiones normativas que se derivan de la asunción de la eficiencia como un valor social y su relación/tensión con otros valores sociales y con los derechos fundamentales.

En el capítulo II se aplican los instrumentos teóricos del AED al Derecho penal económico en general y al estudio de la prevención y el castigo del BdeC en particular. En este ámbito del Derecho el análisis positivo se encarga de explicar/predecir la decisión de delinquir, partiendo del supuesto de que una persona comete un delito porque los beneficios esperados del mismo exceden los costes esperados. Para conocer bajo qué circunstancias un individuo cometerá un delito resulta necesario comprender cuáles son los beneficios y costes esperados de este. La pena, como reacción distintiva del Derecho penal, cumple una función preventiva (prevención a través del castigo), al disuadir a los potenciales infractores de la comisión de delitos por medio de la imposición de un coste esperado que el potencial infractor deberá considerar al momento de realizar la evaluación de costes y beneficios esperados por él de su propia conducta. En relación con el análisis normativo, se describe la así llamada «función de coste social del delito» y

el ACB aplicados a la prevención del delito. Asimismo, en este contexto teórico se analizan diferentes estrategias regulatorias que pueden ser eficientes en la prevención del blanqueo de capitales. Siguiendo el esquema anterior, se parte del análisis positivo de la decisión de delinquir en los delitos económicos para indicar las razones que permiten predicar que los delincuentes económicos actúan de forma racional en sentido instrumental, orientando las conclusiones al análisis de los motivos y racionalidad que acompañan al BdeC. Luego, se hace un análisis de distintas estrategias de intervención con que cuenta el Estado para disuadir a los individuos de la comisión de delitos económicos, articulando con el marco teórico necesario para comprender el complejo contexto regulatorio en el que se inserta el sistema de prevención y castigo del BdeC que se desarrolla en la Tercera Parte de este trabajo.

CAPÍTULO I

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

1. LA APROXIMACIÓN ECONÓMICA AL DERECHO

1.1. Introducción

El AED forma parte de una serie de enfoques interdisciplinarios que se interesan por las interrelaciones entre el Derecho y su entorno social, tales como los estudios de Derecho y psicología, Derecho y teoría política positiva o Derecho y sociología. Todos estos enfoques comparten la utilización de los métodos de las ciencias sociales para aplicarlos al análisis del fenómeno jurídico¹. La particularidad del AED consiste en que para el estudio de fenómenos y problemas del sistema jurídico se aplican técnicas de análisis económico².

La aplicación del análisis económico al estudio del Derecho permite una aproximación a las instituciones jurídicas distinta de las usualmente transitadas en la tradición jurídica continental europea. En este ámbito, el enfoque de estudio se ha caracterizado por uno de carácter descriptivo y sistematizador (exegético) de lo que las normas dicen, así como por el de la dogmática jurídica (análisis jurídico formal), cuyo eje central es el establecimiento de reglas de interpretación de esas normas conforme a ciertas fuentes o principios³.

El AED importa de la microeconomía una teoría del comportamiento humano para predecir en qué forma la gente responderá a los cambios en la legislación (*análisis positivo/descriptivo*) y, al mismo tiempo, provee un

¹ Acerca de las aproximaciones interdisciplinarias entre Derecho y ciencias sociales, ver J. MACEY, «Law and The Social Sciences», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 21 (1997-1998), pp. 171 y ss. También existen otras aproximaciones del género «Law and...» que no se fundan en las ciencias sociales como Derecho y literatura o Derecho y biología, cfr. T. ULEN, «The Lessons of Law and Economics», *J. Legal Econ.*, 2 (1992), p. 104.

² S. PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 31.

³ *Ibid.*, p. 30. También acerca del desarrollo de la ciencia jurídica desde el siglo XIX con base en una pretensión descriptiva y exegética del sistema jurídico y sus diferencias con la perspectiva del AED, A. CALSAMIGLIA, «Justicia, Eficiencia y Derecho», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (septiembre-diciembre 1988), pp. 306-309.

estándar normativo para evaluar el Derecho y las políticas públicas: la eficiencia (*análisis normativo/prescriptivo*)⁴.

El análisis positivo es una aproximación metodológica que, partiendo del supuesto conductual de racionalidad de los agentes (es decir, el individuo como *homo oeconomicus*), pretende explicar y predecir las consecuencias de las instituciones jurídicas sobre el comportamiento humano, mientras que el análisis normativo se interesa por el *deber ser* del Derecho, para lo que evalúa dichas consecuencias con el objeto de conocer su adecuación al valor «eficiencia» y proponer diseños jurídicos (institucionales) alternativos que mejor satisfagan los requisitos impuestos por dicho baremo⁵.

Puede decirse, así, que el AED presenta una *orientación a las consecuencias* (*Folgenorientierung*) en un doble sentido: por un lado, en relación con la elaboración de pronósticos de las consecuencias o efectos esperados de la legislación —o de las decisiones judiciales— (*Folgenprognose*) partiendo del supuesto conductual de la elección racional y, por otro, en la valoración de dichas consecuencias o efectos (*Folgenbewertung*) conforme al valor eficiencia⁶.

Si bien este enfoque se puede utilizar tanto para la aplicación judicial de la ley como para orientar la actividad del legislador en la creación de la ley⁷, en el presente trabajo lo utilizaré para analizar la política jurídica orientada a la prevención y el castigo del delito de blanqueo de capitales⁸, limitándome en aquellas cuestiones que referan a problemas de imputación de responsabilidad o interpretación de la ley a seguir la teoría del delito y los cánones tradicionales respectivamente.

⁴ Todo cfr. R. COOTER y T. ULEN, *Law and Economics*, 4.ª ed., Reading/Massachusetts (*et al.*), Pearson Addison Wesley, 2004, p. 4.

⁵ Cfr. I. ORTIZ DE URBINA, «El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?», en C. COURTIS (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 325.

⁶ Cfr. H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr, 1995, pp. 3-6.

⁷ Cfr. J. C. BAYÓN, «Justicia y Eficiencia», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 244. Acerca del papel del AED y, particularmente, de los incentivos para guiar la conducta de los ciudadanos y de la eficiencia como valor en la teoría de la legislación, véase M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 36-38. También A. CALSAMIGLIA, «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», en *Doxa*, núm. 13 (1993), pp. 165, 166 y 172 y ss.; y A. CALSAMIGLIA, «Justicia, Eficiencia y Derecho», pp. 330 y ss. En el mismo sentido, entendiendo que el AED resulta útil tanto para la aplicación del Derecho como para la teoría de la legislación pero que «el análisis económico del derecho es en primer lugar una teoría de la legislación», H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, pp. 8, 13. En relación con el Derecho penal, refiriéndose tanto a la política criminal como a la dogmática del delito, J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho penal», en *ADPCP*, 1996, fascículo I, pp. 95-96.

⁸ Un análisis del AED como instrumento metodológico en el marco de la teoría de la legislación (*Gesetzgebungstheorie*) en H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, pp. 414 y ss.