

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Lyonel Fernando Calderón Tello

DIRECTOR

Javier Sánchez-Vera Gómez-Truelles

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA
IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN

TESIS PRESENTADA PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO

Realizada por:

D. LYONEL FERNANDO CALDERÓN TELLO

Dirigida por el:

PROF. DR. D. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

Madrid-España



**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

Tesis presentada para la obtención del título de Doctor en Derecho
Realizada por D. LYONEL FERNANDO CALDERÓN TELLO
Dirigida por el PROF. DR. D. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

DEUS TUUS DEUS MEUS...

(RUT 1, 16)

Debo empezar por confesar y reconocer que sin la ayuda de María del Carmen verdadera esposa, amiga y compañera, nada de lo que día a día realizo tendría la menor posibilidad de surgir, ni qué decir del hecho de que resulten más o menos bien, porque a su lado lo importante ya no es hacer bien las cosas, sino simplemente hacer las cosas que tengo que hacer. Eso por sí sólo es una ganancia y una gozada, y debería bastar para concluir, porque el peso insostenible de la ley, del deber ser, del deber hacer bien las cosas, agota y envilece el cuerpo y el alma, y hasta los espíritus más nobles nada tardan en oscurecerse. Me ha pasado antes y muchas veces, por eso es una verdadera alegría que *el otro* te acepte como eres.

La verdad me gustaría decir algo más, todo lo que hago no tiene sentido sin la experiencia del matrimonio cristiano, porque en función de la gracia de vivir esta realidad que trasciende todo sentimiento y mi carne entera, puedo ser feliz con lo complejo y hermoso de la vida, por ejemplo, con los hijos; pero también, puedo disfrutar de las cosas vanas y superfluas, aunque importantes, como hacer una tesis doctoral. Por eso, es a mi esposa a quien agradezco por estas páginas y a quien se las dedico, porque ella más que nadie conoce del sacrificio y entrega que juntos hemos donado para que sean una realidad. Mi esposa, la ayuda adecuada, porque en ella veo constantemente la realidad de la que me alejo, porque la representación de este mundo pasa y yo paso y no lo acepto... y sin embargo, por ella porque *Él* lo ha querido así, puedo siempre reconocer mi pobreza y mi debilidad para encontrar el verdadero sentido y el fin último de la vida, de mi vida, que no es precisamente el edificarme en relación a lo que quiero hoy y ahora, sino el edificarme destruyendo lo que quiero hoy y ahora para ser en *el otro*, para ser en la donación de mi ser. Porque después de estos años que no son muchos y tampoco pocos, reconozco que no

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

siendo yo es cuando verdaderamente soy; y cuando soy yo, nada soy, porque no hay vida en mí, sino angustia y desesperación por ser lo que no es mí ser. De esta trágica y esperanzadora realidad doy testimonio.

También agradezco a nuestros hijos... Agustín y Catalina, fuente constante de inspiración, a quienes de una u otra manera les he robado algo de su tiempo y algunas cosas más... Ellos son una luz para no tropezar en el camino con las piedras del infausto sacrificio que no tiene sentido, de la estúpida vanidad y de la tacaña soberbia. Porque me hacen presente la verdadera alegría de la vida: el anuncio de tu *Nombre*, porque la tristeza viene por el afán de hacer lo que no se debe hacer y la alegría viene por aceptar con libertad al *Amor* y sus dones.

Agradezco también a nuestras familias, a nuestros abuelos y abuelas, a nuestros tíos y tías, y a nuestros primos y primas. De manera especial a mi padre Lyonel Fernando quien forjó en mí desde muy temprano el amor por la lectura y el estudio, pero sobre todo por ser quien a lo lejos ha estado cerca y presente por el amor y enseñanzas que en mí infundió desde niño; a mi madre Dolores Mariana quien me donó su fe, me donó una vida atravesada por el dolor y la alegría de la fe y el perdón como única forma posible de vivir con paz en esta vida. A mis suegros Gutenberg y Amparito, también mis padres, porque he aprendido con ellos a conocerme y a descubrir lo alejado que estaba de la verdad, de reconocer que soy un pobrecillo y que necesitaba descender un poco más, pero sobre todo porque he aprendido mucho de su generosidad. A nuestros hermanos y hermanas de antes y de ahora: Erika y Walter, Gutenberg y Steffy, Mariana y Kleber, Alembert y la más pequeña aunque muy grande, Valentina, de cada uno de ellos he aprendido algo, pero lo más importante está en que también todos ellos se han donado y mucho; no puedo olvidar mencionar a todos nuestros sobrinos, quienes son motivo de constante alegría y sacrificio: Lionela, Bruno, Eliel, Gabriela, Emilia, Gabriella Kristina, Ariana y Mateo.

A nuestras familias mi tributo y agradecimiento, porque con ellos hemos aprendido lo importante, porque ha sido su seno nuestra primera escuela de la verdadera ciencia, la Ciencia de la Cruz ¡Oh que triste la vida del que no

aprende de esta Ciencia! y ¡Qué feliz el que descubre que la Cruz nos lleva al cielo! No habría forma de pagar esta deuda.

Reconozco también a nuestras Comunidades y Catequistas de Guayaquil y de Madrid, especialmente al P. Julián y a Cuca, mencionándolos a ellos (considero que) los menciono a todos. La Comunidad, nuestra segunda escuela en la Ciencia de la Cruz, porque sin la experiencia constante del *Amor* que en ellas y en ellos irradia no podría siquiera levantar el párpado de mis ojos por el peso abrumador de mis pecados, no tendría la *Luz* para entender el sentido de mi vida y de mi historia, no podría acceder a la fuente de la *Vida* y de la alegría, y tampoco a la fuente del perdón. La Comunidad en la Iglesia es la fuente de la vida misma, por lo menos, la fuente de mi vida, porque en ella he sido gestado y formado para vivir ya no para mí, cosa difícil si se tiene en cuenta que soy un pobre y un débil, pero que merece la pena, porque soy feliz.

Culmino dando las gracias a todos aquellos con los que he compartido, pero sobre todo respecto de quienes he aprendido mucho en la experiencia de la vida y de la investigación:

A mis amigos de siempre, Raúl, Eddie, Kevin, Rommel y muchos otros.

A todos nuestros amigos de Madrid y España, de manera especial a Iñaki y Tere no sólo unos padres españoles, sino los abuelos en Madrid de Agustín y Catalina.

A Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles mi maestro, por haber dedicado mucho de su valioso tiempo a estas páginas, por sus puntiagudas críticas, su honestidad y libertad para comunicar las ideas, y por haberme participado de manera desinteresada y nada egoísta sus conocimientos.

A Don Enrique Bacigalupo Zapater, también si él lo acepta mi maestro, porque he aprendido mucho de él como persona, pero sobre todo de su infatigable amor y dedicación por el Derecho penal y su necesaria vinculación a la práctica.

A los compañeros y compañeras del Seminario de Derecho Penal del Instituto José Ortega y Gasset, porque muchas de estas páginas han surgido

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

directa e indirectamente con ocasión de las discusiones de los lunes por la tarde durante estos últimos tres años.

A los profesores, compañeros y amigos con los que he compartido muchas y gratas experiencias en toda mi etapa formativa, tanto en la carrera de Economía como en la de Derecho (ambas en la Universidad de Guayaquil), en el Diplomado de Economía (UA de México), en la Especialidad de Criminología (UG) y también en las Maestrías de Derecho Público (UCM), Derecho Privado (UCM) y Derecho Penal Económico (U de Granada).

A todos quienes conforman el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, por haberme permitido formarme en sus aulas y haberme acogido para realizar esta investigación. Aquí, de manera especial a María del Carmen Armendáriz León, Félix María Pedreira González, Pilar Gómez Pavón, Íñigo Segrelles de Arenaza, entre otros profesores y amigos. También, a los compañeros y compañeras de la Sala de Doctorandos con quienes he compartido más que un pequeño espacio, sino también gratas e irrepetibles discusiones y vivencias. A todos ellos agradezco porque también forman parte de esta, mi experiencia.

Finalmente, a todos aquellos que no nombro pero que están presentes, porque no somos nada sin la constante experiencia del otro en nuestra vida, porque la *Verdad* es la *Comunión*, el salir de uno mismo para llegar al *otro*.

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

ÍNDICE

	PÁGINA
ÍNDICE	9
ABREVIATURAS Y SIGLAS	17
RESUMEN	21
ABSTRACT.....	27
BIBLIOGRAFÍA IMPORTANTE POR MATERIAS	33
INTRODUCCIÓN.....	41

PRIMERA PARTE

**ELEMENTOS PARA CONFIGURAR EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS
CULPOSO O POR IMPRUDENCIA GRAVE**

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	57
II. ANTICIPACIÓN DE LAS TESIS QUE SOMETEMOS A PRUEBA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO DE LOS DISTINTOS CAPÍTULOS.....	60

CAPÍTULO I

EL DELITO CULPOSO O IMPRUDENTE

I.	LA IMPRUDENCIA COMO FORMA DE IMPUTACIÓN: BREVE INTRODUCCIÓN EN EL MARCO DEL ART. 301 CP.....	71
1.	BREVE EXPOSICIÓN SOBRE EL ORIGEN Y SENTIDO JURÍDICO DE LA CULPA Y SU DIFERENCIACIÓN DE LA IMPRUDENCIA	76
2.	IMPRUDENCIA JURÍDICA: CP 1995.....	88
3.	EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO IMPRUDENTE Y LA APLICACIÓN DEL ART. 301.3 CP: INNECESARIEDAD DE UN DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	91
4.	EL TIPO SUBJETIVO IMPRUDENTE Y LA APLICACIÓN DEL ART. 301.3 CP: DEBER DE CONOCER Y EVITAR REALIZAR EL COMPORTAMIENTO TÍPICO	108
5.	CLASES DE IMPRUDENCIA: FUNDAMENTACIÓN DE LA IMPRUDENCIA COMO COGNOSCIBILIDAD RELEVANTE.....	129
5.1.	NORMATIVIZACIÓN DE LAS ESPECIES DE CULPA: CONSCIENTE/INCONSCIENTE VS. PREVISIBLE/NO PREVISIBLE, UNA TERMINOLOGÍA DESACERTADA.....	133
5.2.	LA GRAVEDAD DE LA CULPA O IMPRUDENCIA: EXPLICACIÓN, FUNDAMENTACIÓN, CRÍTICA Y UBICACIÓN	141
6.	RESUMEN DE CONCLUSIONES	155

CAPÍTULO II

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS IMPRUDENTE

I.	ACCIÓN PENAL TÍPICA: GRUPOS DE SUPUESTOS DEL ART. 301 CP EN LOS QUE CABE LA IMPUTACIÓN POR IMPRUDENCIA	165
1.	DETERMINACIÓN DE LOS GRUPOS DE SUPUESTOS Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO.....	165
2.	INTERPRETACIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS EN LOS QUE CABE LA IMPRUDENCIA	180
2.1.	ADQUISICIÓN.....	180
2.2.	POSESIÓN	182
2.3.	UTILIZACIÓN	191
2.4.	CONVERSIÓN	197
2.5.	TRANSMISIÓN.....	199

2.6. REFERENCIA A LOS COMPORTAMIENTOS DE OCULTACIÓN Y ENCUBRIMIENTO DEL ART. 301.2 CP.....	201
3. RESUMEN DE CONCLUSIONES	204
II. BLANQUEO DE CAPITALES POR IMPRUDENCIA GRAVE	211
1. EL OBJETO DE LA IMPRUDENCIA EN EL DELITO DE BLANQUEO.....	211
2. EL BLANQUEO: ¿DELITO COMÚN O ESPECIAL?.....	217
3. FUNDAMENTO DEL INJUSTO PENAL EN EL DELITO DE BLANQUEO	221
4. EL BLANQUEO: ¿UN DELITO DE DOMINIO O DE INFRACCIÓN DE DEBER?.....	225
5. EL BLANQUEO DE SUJETOS ESPECIALMENTE OBLIGADOS.....	238
6. RESUMEN DE CONCLUSIONES	252

SEGUNDA PARTE

DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES Y RECEPCIÓN

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	263
II. ANTICIPACIÓN DE LAS TESIS QUE SOMETEMOS A PRUEBA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO DE LOS DISTINTOS CAPÍTULOS	268

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS O DE LA VIGENCIA DE LA NORMA: *CONSECUENCIAS DOGMÁTICO-PRÁCTICAS DE LA DISCUSIÓN MATERIAL RESPECTO DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y DE LA RECEPCIÓN*

I. DISCUSIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y SUS FUNCIONES EN DERECHO PENAL	273
1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	273
2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN DERECHO PENAL.....	276

3.	LA VIGENCIA DE LA NORMA PENAL COMO FUNCIÓN PRIORITARIA DEL DERECHO PENAL	283
4.	¿ES LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL LA FUNCIÓN PRIORITARIA DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO?	291
5.	EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	301
6.	FUNCIONES DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE BIEN JURÍDICO	307
7.	RESUMEN DE CONCLUSIONES Y COROLARIO.....	310

CAPÍTULO IV

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS: ¿PROTEGEN EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN DISTINTOS BIENES JURÍDICOS?

I.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE BLANQUEO	321
1.	EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN COMO FORMAS DE UNA MISMA PROHIBICIÓN	321
2.	INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE BLANQUEO.....	324
3.	TESIS SOBRE LA PROMOCIÓN Y NO CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE BLANQUEO.....	327
3.1.	¿AMNISTÍA FISCAL Y DEL BLANQUEO DE CAPITALS? CONTROVERSIAS SOBRE EL REAL DECRETO-LEY 12/2012 DE 30 DE MARZO	330
4.	UBICACIÓN SISTEMÁTICA	334
5.	EL DELITO DE BLANQUEO COMO UN DELITO UNIOFENSIVO	340
5.1.	POSTURA DEL MANTENIMIENTO.....	341
5.2.	POSTURA DEL BIEN JURÍDICO DIFERENTE.....	345
5.2.1.	EL ORDEN SOCIOECONÓMICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	346
5.2.2.	REPERCUSIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS EN LA ECONOMÍA: LIBRE COMPETENCIA, COMPETENCIA LEAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA	348
5.2.3.	EL TRÁFICO LÍCITO DE BIENES COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	353
5.2.4.	LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	356
6.	EL DELITO DE BLANQUEO COMO UN DELITO PLURIOFENSIVO	360

6.1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO	360
6.2. TEORÍA DEL MANTENIMIENTO Y PROTECCIÓN DE OTRO BIEN JURÍDICO: EL ORDEN SOCIOECONÓMICO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	362
7. POSICIÓN PERSONAL	363
8. RESUMEN DE CONCLUSIONES Y COROLARIO	366

CAPÍTULO V

OBJETO MATERIAL EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES: *HACIA UNA NECESARIA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN ENTRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES Y EL DELITO DE RECEPCIÓN*

I. SOBRE EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	375
II. CONCRECIÓN DE LA TESIS QUE SOMETEMOS A PRUEBA.....	378
III. OBJETO MATERIAL EN DERECHO PENAL.....	381
1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	381
2. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE OBJETO Y SUJETO EN LA FILOSOFÍA	385
3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE OBJETO MATERIAL	388
4. DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS JURÍDICO-PENALES DE BIEN JURÍDICO Y OBJETO MATERIAL	392
5. FUNCIONES DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE OBJETO MATERIAL	397
6. RESUMEN DE CONCLUSIONES	399
IV. OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES	402
1. CUESTIÓN PRELIMINAR: CRITERIOS PARA DELIMITAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE BLANQUEO Y RECEPCIÓN	402
2. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE BLANQUEO	407
3. CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE BIENES	411
4. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO PREVIO	420
5. LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS EN EL DELITO PREVIO	421

6.	LOS EFECTOS DEL DELITO PREVIO. UN APORTE SOBRE SI CABE O NO LA MAL LLAMADA RECEPCIÓN SUSTITUTIVA: LA RECEPCIÓN DE UNA RECEPCIÓN	423
7.	LAS GANANCIAS OBTENIDAS EN FUNCIÓN DEL DELITO PREVIO COMO OBJETO MATERIAL.....	430
8.	DELITO PREVIO DEL QUE PROCEDEN LOS BIENES: UNA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL.....	433
9.	DELITO PREVIO DEL QUE PROCEDEN LOS BIENES: UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	444
9.1.	LA INTRASCENDENTE DIFERENCIACIÓN O RELEVANTE IDENTIFICACIÓN ENTRE BIENES Y EFECTOS.....	451
9.2.	UNA REDUCCIÓN SISTEMÁTICA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 298 CP O UNA AMPLIACIÓN RESPECTO DEL ART. 301 CP.....	457
9.3.	INTERPRETACIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO: UNA TESIS SOBRE LA INNECESARIEDAD DE ESTE ELEMENTO EN EL ART. 298 CP	460
9.4.	ESTADÍSTICAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS DELITOS PREVIOS DE LOS QUE PROVIENEN LOS BIENES-EFECTOS: UNA PRUEBA SOBRE LA DELIMITACIÓN SISTEMÁTICA ENTRE EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN	476
9.5.	RECOMENDACIONES PARA UNA PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> SOBRE LA CORRECTA DELIMITACIÓN ENTRE EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN	479
10.	UNA FUNDAMENTACIÓN ADICIONAL: CONCURSO APARENTE DE LEYES ENTRE LOS ARTS. 298 Y 301 CP.....	484
11.	RESUMEN DE CONCLUSIONES	490
V.	EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO O <i>PHISHER MULE</i> PUNIBLE COMO RECEPCIÓN Y NO COMO BLANQUEO IMPRUDENTE	501
1.	EL PROBLEMA: ¿EN QUÉ TIPO PENAL SE DEBE ENCAJAR EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO O <i>PHISHER-MULE</i> ?.....	501
2.	PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DE LA ESTAFA INFORMÁTICA: ¿QUÉ ES EL <i>PHISHING</i> ?	506
3.	EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO PUNIBLE DESDE LA ESTAFA INFORMÁTICA: UNA TESIS JURISPRUDENCIAL.....	509
4.	EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO COMO BLANQUEO DOLOSO O IMPRUDENTE: UNA TESIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL	513
5.	EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO COMO PARTE DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DELITO DE RECEPCIÓN: TESIS DOCTRINAL	519

6. POSICIÓN PERSONAL: EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO ES PARTE DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 298 CP	520
CONCLUSIONES FINALES Y COROLARIOS	535
FINAL CONCLUSIONS AND COROLLARIES	543
BIBLIOGRAFÍA	553
JURISPRUDENCIA UTILIZADA POR MATERIAS	601
NORMATIVA DE REFERENCIA.....	609

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS:

art./arts.:	artículo/artículos
cap.:	capítulo
coord.:	coordinado, coordinación
coords.:	coordinadores
dir.:	dirige, dirección
ed.:	edición
edit.:	editorial
etc.:	etcétera
fasc.:	fascículo
núm.:	número o numeral
ob. cit.:	obra citada
ord.:	ordinal
pág./págs.:	página/páginas
ss.:	siguientes
t.:	tomo
trad.:	traductor, traducción
vol.:	volumen

SIGLAS:

AA. VV.:	Autores Varios
AC:	Antes de Cristo
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AN:	Audiencia Nacional
AP:	Actualidad Penal
AT:	Antiguo Testamento
BM:	Banco Mundial
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CC:	Código Civil
CDJ:	Cuadernos de Derecho Judicial
CE:	Constitución Española
CEE:	Comunidad Económica Europea
CENDOJ:	Centro de Documentación Judicial del CGPJ
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
CICAD:	Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la OEA
CP:	Código Penal
CPC:	Cuadernos de Política Criminal
EE. UU.:	Estados Unidos de Norteamérica
EPC:	Estudios Penales y Criminológicos
FD:	Fundamento de Derecho
FJ:	Fundamento Jurídico
FMI:	Fondo Monetario Internacional
LEC:	Ley de Enjuicimiento Civil
LECrím:	Ley de Enjuicimiento Criminal
LH:	Libro Homenaje
LO:	Ley Orgánica
NT:	Nuevo Testamento
OEA:	Organización de Estados Americanos
OMC:	Organización Mundial del Comercio
ONU:	Organización de Naciones Unidas
PE:	Parte Especial
PG:	Parte General
PPU:	Promociones y Publicaciones Universitarias
RAE:	Real Academia Española de la Lengua
RCP:	Revista Concursal y Paraconcursal

ABREVIATURAS Y SIGLAS

RDC:	Revista de Derecho de la Circulación
RDCP:	Revista de Derecho Privado y Comunitario
RDM:	Revista de Derecho Mercantil
RDP:	Revista de Derecho Privado
RDPC:	Revista de Derecho Penal y Criminología
RdS:	Revista de Derecho de Sociedades
RECPC:	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RPPJ:	Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica
S.A.:	Sociedad anónima
SAN:	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEPBLAC:	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e infracciones monetarias del Banco de España
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRLSC:	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS:	Tribunal Supremo
USD:	Dólar estadounidense (United States dollar)

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

RESUMEN

Los problemas que se han propuesto como objeto de esta investigación tienen como denominador común la aplicación por parte de los tribunales del art. 301.3 CP que sanciona el blanqueo imprudente. Las dos partes de la investigación tienen una vinculación entre sí respecto de la aplicación del blanqueo culposo o por imprudencia grave. En la primera parte se establece el marco normativo de lo que es blanqueo imprudente, en la segunda parte se establece un marco normativo de lo que no es blanqueo imprudente porque se trata de supuestos de recepción.

A

La primera parte consta de dos capítulos y tiene como finalidad desarrollar una postura sobre cómo se debe construir el delito culposo o imprudente y de este modo, observar cómo funcionan los institutos de la imputación en este ámbito y trasladar sus soluciones al problema del delito de blanqueo cometido por imprudencia. Esto se aborda resolviendo o aportando una solución al problema jurisprudencial y doctrinal que se cierne en la base de todos los demás: determinar qué es el delito culposo o imprudente y cómo imputar cuando alguien actúa de manera imprudente introduciendo en el tráfico lícito, aquellos bienes-efectos cuyo origen está en una actividad delictiva.

En el Capítulo I se adopta una postura que explica que el tipo objetivo del delito imprudente no difiere en absoluto respecto del tipo objetivo del delito doloso y, por tanto, su diferenciación está en el lado subjetivo del tipo. La primera consecuencia relevante sería que la imputación objetiva y sus subinstitutos dogmáticos rigen de igual modo en ambas modalidades. Para construir nuestra postura hemos partido del par normativo-intelectivo

conocimiento/no conocimiento relevante jurídico-penalmente. Además, hemos propuesto una normativización de las especies de culpa que las entienda no como consciente/inconsciente, sino como previsible/no previsible. Por último, se aborda la cuestión de la gravedad de la culpa y aunque se señala que aquella no agrega nada al problema de la determinación de la imprudencia, como el legislador la ha previsto, es necesario dar una fundamentación penal de aquella sobre todo para lograr encajar su ubicación sistemática.

El Capítulo II tiene como finalidad establecer cuáles son los elementos que permiten configurar un delito culposo en el art. 301 CP. Este capítulo está estructurado en dos distintos apartados. El primero de ellos dedicado a resolver el problema de la determinación de los grupos de supuestos del art. 301 CP en los que cabe la explicación del tipo objetivo mediante la culpa o imprudencia, para luego interpretar cada una de las conductas típicas. El segundo apartado gira en torno a los problemas que se derivan de las posturas que la jurisprudencia y la doctrina han adoptado para la explicación de la imprudencia en el blanqueo. Partimos de la averiguación del fundamento del injusto en el delito de blanqueo para luego, derivar las consecuencias dogmático-prácticas de esta solución y su correlativa incompatibilidad con las respectivas soluciones jurisprudenciales y doctrinales. Se explica que no se puede sostener el carácter especial del delito de blanqueo de capitales, porque se trata de un delito de dominio y, sin embargo, también se atiende a la explicación del blanqueo de los sujetos especialmente obligados como un delito de infracción de deber no positivado.

B

La segunda parte de la investigación consta de tres capítulos y tiene como finalidad genérica lograr la correcta delimitación del ámbito de aplicación entre los delitos de blanqueo de capitales y receptación; como presupuesto para a su vez lograr como finalidad específica, solucionar los grupos de supuestos conocidos como intervención del mulero o *phisher mule*, y determinar si se trata de supuestos de blanqueo imprudente como habitualmente vienen siendo considerados por el Tribunal Supremo o como

supuestos de receptación según el art. 298 CP tal y como nosotros sostenemos. Es importante señalar que un sector de la doctrina y una parte de la jurisprudencia también sostienen la punibilidad de estas conductas como supuestos de participación en el delito de estafa informática.

En el Capítulo III, alrededor de la discusión sobre si el Derecho penal tiene como función primordial la protección de bienes jurídicos o de la vigencia de la norma, hemos extraído varias consecuencias dogmático-prácticas respecto del blanqueo de capitales y del delito de receptación que nos ayudan en la resolución del problema propuesto en esta parte de la investigación. Porque nosotros hemos verificado que tanto la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado un entendimiento propio del delito de receptación como del delito de blanqueo de capitales en función del concreto objeto de protección o si se quiere de la *ratio legis*, sin percatarse que si nos colocamos frente al texto de la ley, los tipos penales contenidos en los arts. 298 y 301 del CP constituyen conductas próximas y parecidas, por lo que antes de indagar sobre el concreto bien jurídico, hemos constatado que es preciso primero determinar si nos hallamos ante diferentes prohibiciones, es decir, establecer si nos encontramos ante diferentes normas. En definitiva, ubicar y aclarar cuál es la norma de determinación. Nosotros observamos que la teoría del bien jurídico, sin que ese sea su cometido, ha condicionado la irreflexiva (como sinónimo de automática o mecánica) interpretación de los tipos de la parte especial, un ejemplo patente es la interpretación del delito de receptación (hay que reconocer que esta observación es sólo posible plantearla si se estudia en su conjunto el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación) y su relación con el delito de blanqueo. Por lo que, en este capítulo, planteamos una forma distinta de resolver la delimitación, partiendo del análisis de la prohibición y luego, sólo luego, determinar qué es lo que aquella protege. La cuestión gira en torno a la necesidad de que la búsqueda o determinación del bien jurídico tenga en primer lugar, conexión con el texto de la norma y, en segundo lugar, que esta tarea tenga repercusiones dogmáticas en la interpretación típica.

En el Capítulo IV, a partir de las conclusiones alcanzadas en el capítulo anterior, nos planteamos como objeto resolver y/o determinar si en verdad el

delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación protegen distintos bienes jurídicos tal y como la doctrina y jurisprudencia vienen mayoritariamente aceptando. Nosotros, partiendo de la identidad de la prohibición en ambas hipótesis jurídico-penales hemos negado esta posibilidad, afirmando que la solución está en considerar que modernamente la receptación según la actual configuración normativa de la sociedad lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico. Esta solución se alcanzó en función de la interpretación teleológica, averiguando cuál es el concreto objeto jurídico de protección o bien jurídico protegido por el delito del art. 301 CP. La idea ha sido la siguiente: si las conductas del delito de receptación y las del delito de blanqueo de capitales se subsumen entre sí porque deben ser entendidas como formas típicas que prohíben el blanqueo de capitales (bienes, efectos) desde diversas estrategias en función del delito del que han procedido, al determinar el concreto ámbito de protección en el delito de blanqueo de capitales encontramos también el bien jurídico del art. 298 CP.

Con estos presupuestos, en el Capítulo V se propone una interpretación que resuelve el problema de la delimitación del ámbito de aplicación entre los delitos de blanqueo y receptación. El capítulo que consta de cinco apartados aporta una solución a partir de la interpretación del objeto material de ambos tipos penales y del elemento normativo denominado *delito previo* del que provienen los bienes-efectos. Los apartados I y II recuerdan y desarrollan respectiva y nuevamente cuál es el problema y la solución propuesta. El apartado III ofrece un marco dogmático del que hemos partido para entender qué es el objeto material y sobre todo cuál es su diferenciación respecto del objeto de protección de la norma. En el apartado IV se proponen una serie de fundamentaciones que explican que el ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo y la receptación se encuentra delimitado sistemáticamente en función del delito del que provengan los bienes-efectos que constituyen el objeto material. Así, si el delito previo es uno contra el patrimonio y el orden socioeconómico, el comportamiento es punible vía art. 298 CP, en los demás

supuestos el comportamiento es punible según el art. 301 CP. Alrededor de esta cuestión se aporta la fundamentación y a la vez la explicación a varios problemas, entre otros: a) la interpretación del término bienes y su identificación con el término efectos; b) la solución dogmática y la punibilidad de la receptación de una receptación (la mal llamada receptación sustitutiva); c) la justificación del porqué el blanqueo de un blanqueo es blanqueo y no receptación; d) la explicación de la innecesariedad del ánimo de lucro en el delito de receptación; e) la corroboración práctica de la tesis sostenida en función de las estadísticas jurisprudenciales; f) una propuesta *de lege ferenda* para una mejor y más clara delimitación entre el delito de blanqueo y el delito de receptación; g) la confirmación dogmática de la solución mediante las reglas del concurso aparente de leyes, etc. Con todos estos elementos (incluyendo los que hemos desarrollado en el Capítulo I y II sobre la imprudencia en el blanqueo) y lograda la finalidad genérica del capítulo, en el apartado V se ofrece una respuesta a la habitual imputación por imprudencia en los supuestos del mulero en relación con la macro actividad de *phishing* y/o estafa informática. Aquí, respondiendo a la pregunta sobre cuándo se es responsable de un delito de blanqueo y cuándo de uno de receptación, ofrecemos soluciones prácticas a los supuestos conocidos por el Tribunal Supremo, descartando de plano la solución que este alto tribunal viene acogiendo, porque el comportamiento del mulero no debe ser considerado un supuesto de blanqueo imprudente, porque es siempre parte del ámbito de aplicación del art. 298 CP.

**THE CRIME OF MONEY LAUNDERING:
PROBLEMS AROUND RECKLESSNESS AND RECEIVING**

ABSTRACT

The proposed problems, which are the subject of this research, have as a common denominator the application by the courts of the art. 301.3 CP, which punishes laundering by recklessness. The two parts of the research have a link between them regarding the implementation of imprudence laundering or by gross negligence. In the first part is established the regulatory framework about what is the reckless laundering, in the second part is established the regulatory framework about what is not reckless laundering because it is about cases of receiving.

A

The first part consists of two chapters and aims to develop a position on how the negligent offense is constituted and thus, observe how institutes of imputation work in this area and translate their solutions to the problem of laundering offense by recklessness. This is addressed by resolving or providing a solution to the jurisprudential and doctrinal problem looming on the basis of all others: to determine what is culpable negligence or recklessness and how to impute when someone acts recklessly introducing in legitimate trade, those goods-effects that originate from a criminal activity.

In Chapter I a stance is introduced which explains that the objective element of the recklessness offense does not differ at all from the objective element of intentional crime and hence their differentiation is on the side of the subjective element. The first relevant consequence would be that the objective imputation and its dogmatic sub-institutes govern in the same way both modes. To build our position we started off the pair policy-intellective knowledge/no criminally relevant legal knowledge. In addition, we have proposed a

standardization of the types of guilt that understands not as conscious/unconscious but as expected/not expected. Finally, the question of the gravity of the imprudence is addressed and it is noted that although this does not add to the problem of determination of recklessness, as the legislature has placed it, it is necessary to give a penal basis of that specially to achieve fitting its systematic location.

Chapter II aims to establish the elements in configuring a negligent offense in the art. 301 CP. This chapter is divided into two distinct sections. The first one is dedicated to solving the problem of determining group cases of art. 301 CP in which the explanation of the objective element fits by fault or negligence, to then interpret each one of the typical behaviors. The second section focuses on the problems arising from the positions jurisprudence and doctrine have adopted for the explanation of laundering by recklessness. We start from the ascertainment of the foundation of the unjust in the laundering offense to then derive the dogmatic and practical consequences of this solution and its incompatibility with the respective correlated jurisprudential and doctrinal solutions. It explains that you cannot hold the special nature of the crime of money laundering, because it is a crime of domain and yet, it also addresses the explanation of the laundry of the subjects particularly obligated as an offense of infringement of duty not established legally.

B

The second part of the research consists of three chapters and has the overall aim to achieve the correct delimitation of the scope between the crimes of money laundering and fencing; as a precondition to in turn achieve as specific purpose to solve the groups of cases known as mule intervention or *phisher mule*, and determine if these cases refer to laundering by recklessness, as is usually been considered by the Supreme Court or as cases of fencing according to art. 298 CP as we hold. It's worth noting that a sector of the doctrine and jurisprudence also hold the criminal liability of such conducts as cases of participation in the crime of computer fraud.

In Chapter III, in discussing whether the criminal law has as its primary function the protection of legal rights or of the validity of the rule, we have extracted several dogmatic-practical consequences regarding money laundering and the crime of fencing which help us in the resolution of the proposed problem in this part of the research. Because we have verified that both the doctrine and jurisprudence have developed a unique understanding of the crime of fencing as the offense of money laundering in function to the concrete object of protection, or if you like, of the *ratio legis*, without realizing that if we stand against the text of the law, the criminal offenses contained in articles 298 and 301 of the CP constitute close and similar behavior, hence before investigating the concrete legal rights, we have found that it is necessary to first determine whether we are dealing with different prohibitions, that is, to establish whether we are dealing with different standards. In short, locate and clarify which is the standard of determination. We note that the theory of legal right, without that being its mission, has conditioned the thoughtless (as synonymous with automatic or mechanical) interpretation of the types of the special part, a striking example is the interpretation of the crime of fencing (admittedly this observation is only possible to raise if you study the whole crime of money laundering and the crime of fencing) and its relationship to the crime of money laundering. So in this chapter, we propose a different way of solving the boundary, based on the analysis of the prohibition and then, only then, determine what does it protects. The issue revolves around the requirement that the search or determination of the legal right serves, dogmatically, for something. Because it means that, the operation has connection with the law and works for the typical elements interpretation.

In Chapter IV, based on the conclusions reached in the previous chapter, we set as our objective to resolve and/or determine if indeed the crime of money laundering and the crime of fencing protect different legal rights as the doctrine and jurisprudence have largely agreed. We, based on the identity of the prohibition in both legal-criminal cases, have denied this possibility, asserting that the solution resides in considering that fencing today, under the current rules of society, seeks to prevent the legitimate traffic of goods in the

economy with the effects arising from committing a patrimonial crime and against the socioeconomic order. This solution was reached on the basis of a teleological interpretation, finding out what is the concrete legal object of protection or legal right protected by the crime of art. 301 CP. The idea was as follows: if the behaviors of the crime of fencing and the crime of money laundering are subsumed together because they must be understood as typical forms that prohibit money laundering (goods, effects) from different strategies depending on the crime of which they originated, in determining the proper scope of protection in the crime of money laundering we also find the good legal of art. 298 CP.

With these assumptions, Chapter V proposes an interpretation that solves the problem of delimiting the scope of application between the offenses of laundering and fencing. The chapter, which consists of five sections, provides a solution based on the interpretation of the material object of both criminal types and regulatory element called *previous offense* from which the goods-effects come. Sections I and II remind and develop respectively and anew what the problem and the proposed solution are. Section III provides a dogmatic framework from which we began to understand what the material object and above all its differentiation with object of protection of the norm. In section IV a number of foundations are set that explain the scope of application between the crime of money laundering and fencing is delimited systematically in function of the offense from which the goods-effects come which constitute the material object. Thus, if the predicate or previous offense is one against the patrimony and the socioeconomic order, the behavior is punishable via art. 298 CP, in other cases the behavior is punishable under art. 301 CP. Around this question the foundation and also the explanation is provided to several problems, including: a) the interpretation of the term goods and their identification with the term effects; b) the dogmatic solution and the punishability of receiving a fencing (the so-called substitution fencing); c) the reasons why the laundering of money laundered is laundering and not fencing; d) an explanation for the unnecessary intent of profit in the crime of fencing; e) practical corroboration of the thesis taken according to jurisprudence

statistics; f) a proposal *de lege ferenda* for further delineation between the crime of laundering and that of fencing; g) the dogmatic confirmation of the solution by the rules of the apparent competition of laws, etc. With all these elements (including those that we have developed in Chapter I and II on laundering by recklessness) and achieved the overall aim of the chapter, in section V a response is provided to the common imputation for negligence in cases of mulero in relation to the macro activity of *phishing* and/or computer fraud. Here, answering the question of when one is responsible for a laundering offense and when for one of fencing, we offer practical solutions to known cases by the Supreme Court, rejecting outright the solution that the high court is accepting, since the behavior of the mulero should not be considered a case of laundering by recklessness, because it is always part of the scope of art. 298 CP.

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

BIBLIOGRAFÍA IMPORTANTE POR MATERIAS

FUNDAMENTOS Y CUESTIONES DE PARTE GENERAL, ENTRE OTROS:

- ALCACER GUIRAO, R.: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, edit. Atelier, Barcelona, 2003.
- BACIGALUPO SAGESSE, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, edit. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal*, PG, edit. Hammurabi, segunda ed., Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal*, PG, edit. Akal, Madrid, 1998.
- BACIGALUPO, E.: *Lineamientos de la Teoría del Delito*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
- BACIGALUPO, E.: *Teoría y Práctica del Derecho penal*, t. I, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, edit. Ramón Areces, segunda ed., Madrid, 2010.

- CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, edit. PPU, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, edit. B de F, Buenos Aires, 2005.
- CUELLO CONTRERAS, J.: *Culpabilidad e imprudencia: de la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, edit. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.: *Deber de cuidado y delito imprudente*, edit. Bosch, Barcelona, 1998.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», en *InDret*, 2/2009.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, edit. Reus, Madrid, 2007.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Resultado lesivo e imprudencia*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- JAKOBS, G.: «El delito imprudente (1974)» en *JAKOBS, G.: Estudios de Derecho penal*, trad. y Estudio Preliminar por PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G.: *Derecho penal*, PG, trad. CUELLO CONTRERAS, J., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., edit. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JAKOBS, G.: *La imputación penal de la acción y la omisión*, edit. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., Bogotá, 1996.
- JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal*, PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., edit. Comares, quinta ed., Granada, 2002.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1958.
- MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de Derecho español por, CORDOBA RODA, J., edit. Ariel, Barcelona, 1962.
- MEZGER, E.: *Derecho penal*, Libro de Estudio, PG, trad. Núñez, R., Ed. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
- MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, PG, t. II., edit. Revista de Derecho Privado, trad. segunda ed. alemana 1933 por RODRÍGUEZ MUÑOZ, J., puesta al día por QUINTANO RIPOLLÉS, A., Madrid, 1957.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, edit. Reppertor, novena ed., Barcelona, 2011.
- NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito culposo*, Su estructuración jurídica en la dogmática actual, edit. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1975.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal*, PG, Teoría Jurídica del Delito, t. I., edit. Rafael Castellanos, segunda ed., Madrid, 1986.
- PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ.: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS», en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, trad. PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia en el Derecho penal*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica», Doctrina de la culpa penal, en *ADPCP*, Sección Doctrinal, t. VII, fasc. I., 1954.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho penal de la culpa*, edit. Bosch, Barcelona, 1958.
- ROXIN, C.: *Derecho Penal*, PG, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la segunda ed. alemana y notas por: LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., edit. Civitas, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal», en *CPC*, núm. 68, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Atribuciones normativas en Derecho penal*, edit. Grijley, Lima, 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, edit. BAC, edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España de la Orden de Predicadores, cuarta ed., Madrid, 2001.
- SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: *Dolo e imprudencia en el Código penal español*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.: *Teoría del delito imprudente*, edit. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal*, PG, trad. CANCIO MELIÁ, M., SANCINETTI, M., edit. Aranzadi, Navarra, 2005.

BLANQUEO DE CAPITALES Y RECEPCIÓN, ENTRE OTROS:

- ABEL SOUTO, M.: «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español», en *I congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, edit. Tirant lo Blanch, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., Valencia, 2009.
- ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, edit. Bosch, Barcelona, 2005.
- ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *Prevención del Blanqueo de Capitales*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo de Capitales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ARIAS HOLGUÍN, P.: *Aspectos Político-Criminales y Dogmáticos del tipo de comisión doloso de Blanqueo de Capitales (Art. 301 CP)*, edit. Iustel, Madrid, 2011.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en *Curso de Derecho Penal Económico*, director BACIGALUPO ZAPATER, E., edit. Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en *Política criminal y blanqueo de capitales*, editores: BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., edit. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, edit. Aranzadi, tercera ed., 2012.

- BLANCO LOZANO, C.: «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en *Comentarios a la legislación penal*, t. XVII, dir. COBO DEL ROSAL, M., coord. BAJO FERNÁNDEZ, M., edit. Edersa, Madrid, 1996.
- CARPIO DELGADO (DEL), J.: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento*, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Capítulo XIX. El Blanqueo de Capitales», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Estudios y Comentarios de Legislación, edit. Civitas, Madrid, 2011.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, edit. Dykinson, Madrid, 1999.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo de capitales*, edit. Colex, Madrid, 1998.
- FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal del denominado mulero o phisher-mule en los fraudes de banca electrónica», en *Cuadernos de Política Criminal* (110), 2013.
- FLORES MENDOZA, F.: «Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de phishing bancario», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

- GÓMEZ INIESTA, D.: *El Delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, edit. Cedecs, Barcelona 1996.
- GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho Penal Español*, PE, edit. Dykinson, segunda ed., Coord. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 2005.
- PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo de Capitales*, edit. Edersa, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva», en *Blanqueo de Capitales, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Núm. 37, septiembre de 2007.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C: «III. Receptación y blanqueo de capitales», en *Compendio de Derecho penal*, PE, vol. II, dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., edit. Ramón Areces, Madrid, 1998.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

INTRODUCCIÓN

A

En relación a la justificación del título de la investigación señalaremos que los problemas genéricos que se han propuesto como objeto de la misma tienen como denominador común la aplicación por parte de los tribunales del art. 301.3 CP que sanciona el blanqueo imprudente. En este sentido, los problemas son diversos y bastante heterogéneos entre sí y, sin embargo, se encuentran estrechamente ligados por la solución que ofrecemos respecto de la estructura del tipo de blanqueo de capitales y en su modalidad imprudente. Porque a partir de lo que sostenemos que es el blanqueo y el tipo imprudente, se resuelven los diversos problemas. De este modo, se constata que las dos partes de esta investigación tienen una vinculación con la aplicación del art. 301.3 CP. Brevemente podemos decir que la primera parte ha tenido como objeto estructurar el tipo imprudente de blanqueo de capitales y la finalidad ha consistido en establecer un marco teórico que permita resolver los supuestos que en efecto son blanqueo de capitales imprudente. En la segunda parte del trabajo el objeto ha sido lograr la delimitación del ámbito de aplicación propio del delito de blanqueo respecto del delito de receptación; como presupuesto para resolver los supuestos del mulero o *phisher mule* que habitualmente vienen siendo considerados como blanqueo imprudente. Aquí hemos partido del análisis de las prohibiciones de los arts. 298 CP y 301 CP, y aquello que se protege con aquellas. Lo hemos hecho con la finalidad de excluir del ámbito de aplicación del blanqueo de capitales imprudente aquello que la jurisprudencia y la doctrina opinan que debe ser incluido y que desde la explicación que ofrecemos nosotros resulta todo lo contrario, porque para nosotros la conducta del mulero es punible en relación al art. 298 CP. Esta segunda parte, como

podrá observar el lector, ha superado con creces la finalidad para la cual ha sido construida, porque no sólo logramos resolver el problema respecto de la correcta aplicación del art. 301.3 CP, sino que, además, se desarrolla una moderna explicación de la receptación y su relación sistemática con el art. 301 CP. Esta explicación permite la resolución de muchos problemas en el propio ámbito de la receptación y del blanqueo de capitales. Razón por la que la investigación ha trascendido el exclusivo tratamiento del blanqueo imprudente, aunque el estudio de la norma del art. 301.3 CP haya sido la motivación y su razón de ser. Nos encontramos, por tanto, ante una investigación sobre blanqueo de capitales que propone un marco teórico-práctico para la resolución de los problemas en el ámbito de la imprudencia y de la receptación.

B

Podría parecer forzado juntar en una sola investigación estas dos partes, porque aparentemente se trata de dos grandes problemas muy diferenciados. Sin embargo, debemos tener presente que desde la postura que mantenemos en esta investigación, la receptación y el blanqueo comparten el hecho de ser dos tipos de hipótesis jurídico-penales que atacan a la misma prohibición (Capítulos III y IV). Además, debo señalar que cuando decidí emprender la investigación siempre fue un asunto relacionado con la correcta aplicación del art. 301.3 CP, cuestión que no ha variado hasta su culminación. El problema con el que nos encontramos en el camino ha sido que la aplicación del art. 301.3 CP por parte de la doctrina y la jurisprudencia se ha realizado respecto de tres grandes grupos de supuestos: a) supuestos de blanqueo imprudente; b) supuestos de blanqueo doloso; y, c) supuestos de receptación. En todos los casos nos encontramos frente a una inadecuada aplicación de la norma del blanqueo de capitales imprudente. Los dos primeros grupos de supuestos constituyen objeto de la primera parte de la investigación y se corresponden con problemas cuya solución depende de la estructura propia del delito de blanqueo imprudente. Respecto del último grupo de supuestos se ofrece una respuesta en la segunda parte de la investigación, aquí se trata de un problema cuya solución tiene en cuenta la estructura del delito de blanqueo imprudente, pero en concreto requiere de la averiguación de lo que es el blanqueo y lo que

es la receptación. Jamás me imaginé los resultados que se iban a obtener (aunque puedo señalar que la observación de los problemas permitía desde un principio vislumbrar que las soluciones ofrecidas no eran del todo convincentes y sí muy discutibles) y, sin embargo, siempre supe que eran cuestiones referidas a la correcta aplicación del art. 301.3 CP. En la primera parte se establece el marco normativo de lo que es el blanqueo imprudente, en la segunda parte se establece un marco normativo de lo que no es blanqueo imprudente porque se trata de supuestos de receptación.

C

El por qué se decide realizar esta concreta investigación tiene estrecha relación con la situación jurídica en la que se encuentra la aplicación del blanqueo imprudente. Un problema que se suscita ya respecto de sus antecedentes en la normativa internacional. En este sentido, la doctrina ha criticado que muy a pesar de que la normativa internacional en materia de prevención de blanqueo no ha contemplado en general la modalidad imprudente como forma posible de comisión de esta conducta antijurídica; sin embargo, en Europa, en las legislaciones internas de cada país, son varios los Estados que se han decidido por la punibilidad del blanqueo imprudente, entre los que cabe citar: Alemania, Bélgica, España, Finlandia, Países Bajos, Reino Unido y Suiza. El ordenamiento jurídico-penal español castiga el blanqueo de capitales culposo desde 1992. En efecto, la LO 8/1992 de 23 de diciembre introdujo en el CP de 1973 el numeral tercero del art. 344 *bis h*), una estructura típica que, sin importantes cambios, pero con la directa mención a hechos cometidos por imprudencia grave, se sancionó también en el CP de 1995 dentro de los arts. 301 y ss., introducido por la LO 10/1995 de 23 de noviembre. De este modo, rige la punición del blanqueo culposo o por imprudencia grave y que hasta las últimas reformas operadas respecto del CP vigente, mantiene invariable su prohibición. Un tipo penal que requiere una adecuada interpretación para su aplicación, y que a pesar de que existen muchos comentarios y críticas sobre la cuestión especialmente en manuales de Parte Especial, no existe una monografía que estudie de manera particularizada este asunto de trascendental importancia, sobre todo por la relevancia práctica que en los últimos años ha

suscitado. Además, se constata que los estudios monográficos existentes sobre el blanqueo de capitales, que no son pocos, aunque se han dedicado al estudio del blanqueo imprudente, se puede afirmar que son investigaciones para explicar el delito de blanqueo de capitales doloso y las referencias al blanqueo imprudente han sido breves, aunque no por breves menos importantes. Desde ese entonces, cuando alguien se acerca a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del blanqueo de capitales imprudente se encuentra con varios problemas que encarnan la confusa situación jurídica en la que se encuentra esta materia. Una situación en la que las soluciones lejos de articularse de manera ordenada y coherente, parecen criterios contruidos en función de la solución previamente pensada. Toda esta situación jurídica expresada de modo gráfico mediante los problemas jurisprudenciales que a continuación enunciaremos, ha motivado la realización de la investigación.

D

La sentencia del Tribunal Supremo 1034/2005 de 14 de septiembre¹, contiene en sí gran parte de los problemas que sobre la cuestión existe y que servirá para introducir al lector en los problemas que esta investigación ha asumido para proponer una solución a cada uno de ellos. En esta sentencia se condena por blanqueo imprudente a un individuo por haber realizado durante varios días seguidos cuatro importantes imposiciones de dinero (en pesetas) por un monto considerable en su cuenta bancaria personal. Estas operaciones contrastaban con los movimientos que normalmente acostumbraba a realizar: ingresos de pequeño importe y cargos con domiciliaciones de recibo, y que le permitieron luego realizar a su vez, tres transferencias en dólares fuera de España por un monto total de USD 135.000. La sentencia previa afirma que el condenado tenía conocimiento de que su comportamiento era anómalo e irregular y aun así decidió actuar en la forma en que lo hizo, mostrando un proceder descuidado y poco precavido. Estos son en resumen los hechos

¹ Todas las sentencias que a lo largo de la investigación serán citadas, han sido ubicadas en el portal electrónico <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>, del Centro de Documentación Judicial, CENDOJ, órgano técnico adscrito al Consejo General del Poder Judicial español, CGPJ.

probados con los que el Tribunal Supremo cuenta para resolver y al amparo de los que se abren campo varios problemas dogmático-prácticos.

Un primer problema tiene relación con la imposibilidad de aplicar el tipo penal a este comportamiento esto, según el primer motivo del recurso por indebida aplicación del art. 301.3 CP, porque entiende quien recurre que como no es un sujeto especialmente obligado por la normativa administrativa de referencia (por ejemplo, intermediario u operador del mercado financiero, etc.), no es punible su comportamiento. Aquí la idea básicamente sería que el delito de blanqueo imprudente es un delito especial que incumbe a los sujetos obligados y cuando no se es sujeto obligado el comportamiento es atípico respecto del art. 301.3 CP. Por tanto, vemos que se requiere una adecuada dilucidación de esta cuestión: determinar si el art. 301.3 CP es un delito especial o no, sobre todo cuando hay sentencias del Tribunal Supremo que afirman todo lo contrario, es decir, que el delito de blanqueo de capitales imprudente es uno común.

Por otro lado, un segundo problema que acarrearía la imposibilidad de aplicar el tipo penal a este comportamiento (también constante en el primer motivo del recurso por indebida aplicación del art. 301.3 CP) estaría en que tan solo los supuestos contenidos en el art. 301.2 CP son susceptibles de ser cometidos por imprudencia. Con lo que el problema estaría en la no dilucidación de en qué grupos de supuestos cabe la imprudencia o mejor, en la necesidad de determinar en qué supuestos de blanqueo cabe la imprudencia y en cuáles no.

Estas dos situaciones tienen a su vez un correlativo y previo problema. La sentencia, la jurisprudencia y la doctrina en general afirman que la imputación por imprudencia en el blanqueo presenta grandes dificultades dogmáticas porque el blanqueo es esencialmente un delito doloso que incluso exige un determinado elemento subjetivo del tipo (conocimiento de la ilícita procedencia del bien) y que en determinados supuestos requiere también una concreta finalidad (ayudar, ocultar, etc.) por lo que la configuración imprudente es en sí un problema. De lo que se trataría es de determinar qué es

un delito imprudente y cómo imputar un comportamiento imprudente para luego, resuelta esta cuestión de Parte General, encajar el problema particular del blanqueo imprudente y solucionarlo según la postura que se haya acogido o desarrollado. Pero esto no es todo, también es importante interpretar los elementos típicos para de una vez resolver si cabe o no un tipo imprudente en el art. 301 CP, sobre todo porque las posturas en este ámbito son radicales y van desde aceptar que cabe la imprudencia en todos los comportamientos hasta negar la posibilidad de aplicación del tipo imprudente en el blanqueo.

E

El blanqueo imprudente también presenta otros problemas. En la Sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre, se reclama contra la sentencia que condenó a una persona como autora de un delito de blanqueo de capitales imprudente. En este caso todo gira alrededor de un comportamiento fraudulento que tiene su inicio en el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la *web*, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática (banca *on line*) a quienes se les redirecciona a una página *web* que es una réplica casi perfecta de la original y en la que se les requiere normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito para que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. El autor *pescar* (*phishing*) las claves bancarias que permiten el acceso a las cuentas del incauto para poder realizar una disposición patrimonial no autorizada. Los hechos probados de esta sentencia indican que una persona (una *entidad* dice la sentencia) obtuvo mediante *phishing* la clave de la cuenta bancaria de la víctima. Con las claves fraudulentamente obtenidas ingresaron a la cuenta vía *web* y realizaron disposiciones de dinero mediante transferencia bancaria. Recién en este momento de la total actividad delictiva aparece el comportamiento de la condenada, quien recibió en su *e-mail* una oferta laboral que consistía en aperturar una cuenta para recibir en ella unas transferencias de dinero para luego retirar el dinero y remitirlo a otro sitio fuera de España a través de una empresa de giros o de transferencias de dinero. Su contraprestación por efectuar el encargo pactado eran 250 euros por cada

transferencia realizada. La acusada aceptó realizar lo que se le propuso y, además, afirma la sentencia, sin mostrar preocupación alguna sobre el significado jurídico de lo que realizaba. El monto de lo transferido al exterior fue de aproximadamente 10.000 euros, el monto de su comisión fue de casi 750 euros en tres transferencias. Hasta aquí el resumen de los hechos probados con los que tiene que contar el Tribunal Supremo para resolver la cuestión.

Los problemas que se le plantean al Tribunal Supremo giran en torno a una pregunta, ¿es este comportamiento subsumible como ha dicho la Audiencia Nacional en el art. 301.3 CP? La acusación particular afirma que no, que debe ser encajado en el art. 248.2 CP de la estafa informática. Por otro lado, la misma sentencia en referencia a otra jurisprudencia de la Sala entiende que hay opiniones que encajan este comportamiento en el art. 301.3 CP, solución por la que se decanta el propio Tribunal en el caso. Finalmente, la doctrina también cuestiona si tal vez los hechos sean constitutivos de un delito de receptación según el art. 298 CP, aunque sin aportar razones contundentes. Alrededor de todo esto, surgiría un problema cuya resolución se precisa: determinar el ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales respecto del delito de receptación; logrando esto, se podrá determinar si el supuesto de hecho reseñado y los análogos caben o no en el art. 301.3 CP como viene continuamente haciendo el Tribunal Supremo.

F

Con este panorama previo del que nuevamente confieso surgió la inquietud por investigar el blanqueo de capitales imprudente, partimos para desarrollar nuestra investigación. Este es el momento oportuno para advertir que los problemas reseñados y descritos no agotan en absoluto la problemática de la aplicación del art. 301 CP y en concreto del art. 301.3 CP y, sin embargo, considero que son en la actualidad los más acuciantes y necesitados de respuesta. Por lo que la delimitación en el estudio de estos particulares problemas es una decisión deliberada y justificada además porque un estudio de otro problema particular adicional excedería el marco de la investigación y probablemente la tornaría tediosa por su extensión y descuadrada por lo disímil

de los problemas que en ella se resuelven. Piénsese por ejemplo en la imputación de la persona jurídica o en los problemas de *ne bis in idem* (blanqueo y tráfico de drogas) o en la relación con el delito fiscal, todos estos problemas cuya respuesta también se requiere (y que motivan la continuación de la investigación en este ámbito). Por otro lado, también es importante advertir que el orden de la exposición está en función de aquello que considero debe resolverse primero porque de su solución se requiere para poder continuar con la resolución de los demás problemas. De este modo, iremos de la parte más general a la parte más específica, desde la determinación de lo que es el delito culposo o imprudente, pasando por la estructuración del tipo de blanqueo imprudente para llegar a la solución a partir de estas consideraciones dogmáticas de los problemas puntuales de blanqueo de capitales imprudente (Capítulos I y II). Para luego, a partir de la delimitación del ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales (imprudente), desechar lo que no es típico según el art. 301 CP (Capítulos III, IV y V).

G

La investigación se divide en dos partes (en relación a los problemas descritos). La primera consta de dos capítulos y tiene como finalidad desarrollar una postura sobre cómo se debe construir el delito culposo o imprudente y de este modo, observar cómo funcionan los institutos de la imputación en este ámbito y trasladar sus soluciones al problema del delito de blanqueo cometido por imprudencia. Esto se aborda resolviendo o aportando una solución al problema jurisprudencial y doctrinal que se cierne en la base de todos los demás: determinar qué es el delito culposo o imprudente y cómo imputar cuando alguien actúa de manera imprudente introduciendo en el tráfico lícito, aquellos bienes-efectos cuyo origen está en una actividad delictiva.

En el Capítulo I se adopta una postura que explica que el tipo objetivo del delito imprudente no difiere en absoluto respecto del tipo objetivo del delito doloso y, por tanto, su diferenciación está en el lado subjetivo del tipo. La primera consecuencia relevante sería que la imputación objetiva y sus substitutos dogmáticos rigen de igual modo en ambas modalidades. Para

construir nuestra postura hemos partido del par normativo-intelectivo conocimiento/no conocimiento relevante jurídico-penalmente. Además, hemos propuesto una normativización de las especies de culpa que las entienda no como consciente/inconsciente, sino como previsible/no previsible. Por último, se aborda la cuestión de la gravedad de la culpa y aunque se señala que aquella no agrega nada al problema de la determinación de la imprudencia, como el legislador la ha previsto, es necesario dar una fundamentación penal de aquella sobre todo para lograr encajar su ubicación.

El Capítulo II tiene como finalidad establecer cuáles son los elementos que permiten configurar un delito culposo en el art. 301 CP. Este capítulo está estructurado en dos distintos apartados. El primero de ellos dedicado a resolver el problema de la determinación de los grupos de supuestos del art. 301 CP en los que cabe la explicación del tipo objetivo mediante la culpa o imprudencia, para luego interpretar cada una de las conductas típicas. El segundo apartado gira en torno a los problemas que se derivan de las posturas que la jurisprudencia y la doctrina han adoptado para la explicación de la imprudencia en el blanqueo. Aquí partimos de la averiguación del fundamento del injusto en el delito de blanqueo para luego, derivar las consecuencias dogmático-prácticas de esta solución y su correlativa incompatibilidad con las respectivas soluciones jurisprudenciales y doctrinales. Se explica que no se puede sostener el carácter especial del delito de blanqueo de capitales, porque se trata de un delito de dominio y, sin embargo, también se atiende a la explicación del blanqueo de los sujetos especialmente obligados como un delito de infracción de deber no positivado.

H

La segunda parte de la investigación consta de tres capítulos y tiene como finalidad genérica lograr la correcta delimitación del ámbito de aplicación entre los delitos de blanqueo de capitales y receptación. Todo como presupuesto para a su vez lograr como finalidad específica, solucionar los grupos de supuestos conocidos como intervención del mulero o *phisher mule*. Esta tarea se emprende para determinar si los referidos supuestos están

incluidos en el ámbito de la estafa informática o si se trata de supuestos concretos de blanqueo de capitales imprudente como habitualmente vienen siendo tratados por el Tribunal Supremo o si, por el contrario, nos encontramos ante supuestos de receptación del art. 298 CP tal y como nosotros sostenemos. Hay que aclarar que, aunque esta haya sido la finalidad metodológica de la segunda parte, los resultados de la investigación no se agotan en la solución de los referidos supuestos, porque se presenta además una solución al problema de la relación sistemática entre blanqueo y receptación, con las consecuencias dogmático-prácticas que de ello deviene.

En el Capítulo III, alrededor de la discusión sobre si el Derecho penal tiene como función primordial la protección de bienes jurídicos o de la vigencia de la norma, hemos extraído varias consecuencias dogmático-prácticas respecto del blanqueo de capitales y del delito de receptación, que nos ayudan en la resolución del problema propuesto en esta parte de la investigación. Porque nosotros hemos verificado que tanto la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado un entendimiento propio del delito de receptación como del delito de blanqueo de capitales en función del concreto objeto de protección o si se quiere de la *ratio legis*, sin percatarse que si nos colocamos frente al texto de la ley, los tipos penales contenidos en los arts. 298 y 301 del CP constituyen conductas próximas y parecidas, por lo que antes de indagar sobre el concreto bien jurídico, hemos constatado que es preciso primero determinar si nos hallamos ante diferentes prohibiciones, es decir, establecer si nos encontramos ante diferentes normas. En definitiva, ubicar y aclarar cuál es la norma de determinación. Nosotros observamos que la teoría del bien jurídico, sin que ese sea su cometido, ha condicionado la irreflexiva (como sinónimo de automática o mecánica) interpretación de los tipos de la parte especial, un ejemplo patente es la interpretación del delito de receptación (hay que reconocer que esta observación es solo posible plantearla si se estudia en su conjunto el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación) y su relación con el delito de blanqueo. Por lo que, en este capítulo, nosotros planteamos una forma distinta de resolver la delimitación, partiendo del análisis de la prohibición y luego, solo luego, determinar qué es lo que aquella protege. La cuestión gira en torno

a la necesidad de que la búsqueda o determinación del bien jurídico tenga en primer lugar, conexión con el texto de la norma y, en segundo lugar, que esta tarea tenga repercusiones dogmáticas en la interpretación típica.

En el Capítulo IV, a partir de las conclusiones alcanzadas en el capítulo anterior, nos planteamos como objeto resolver y/o determinar si en verdad el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación protegen distintos bienes jurídicos tal y como la doctrina y jurisprudencia vienen mayoritariamente aceptando. Nosotros, partiendo de la identidad de la prohibición en ambas hipótesis jurídico-penales hemos negado esta posibilidad, afirmando que la solución está en considerar que modernamente la receptación según la actual configuración normativa de la sociedad lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico. Esta solución se alcanzó en función de la interpretación teleológica, averiguando cuál es el concreto objeto jurídico de protección o bien jurídico protegido por el delito del art. 301 CP. La idea ha sido la siguiente: si las conductas del delito de receptación y las del delito de blanqueo de capitales se subsumen entre sí porque deben ser entendidas como formas típicas que prohíben el blanqueo de capitales (bienes, efectos) desde diversas estrategias en función del delito del que han procedido, al determinar el concreto ámbito de protección en el delito de blanqueo de capitales encontramos también el bien jurídico del art. 298 CP.

Con estos presupuestos, en el Capítulo V se propone una interpretación que resuelve el problema de la delimitación del ámbito de aplicación entre los delitos de blanqueo y receptación. El capítulo que consta de cinco apartados aporta una solución a partir de la interpretación del objeto material de ambos tipos penales y del elemento normativo denominado *delito previo* del que provienen los bienes-efectos. Los apartados I y II recuerdan y desarrollan respectiva y nuevamente cuál es el problema y la solución propuesta. El apartado III ofrece un marco dogmático del que hemos partido para entender qué es el objeto material y sobre todo cuál es su diferenciación respecto del objeto de protección de la norma. En el apartado IV se proponen una serie de

fundamentaciones que explican que el ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo y la receptación se encuentra delimitado sistemáticamente en función del delito del que provengan los bienes-efectos que constituyen el objeto material. Así, si el delito previo es uno contra el patrimonio y el orden socioeconómico, el comportamiento es punible vía art. 298 CP, en los demás supuestos el comportamiento es punible según el art. 301 CP. Alrededor de esta cuestión se aporta la fundamentación y a la vez la explicación a varios problemas, entre otros: a) la interpretación del término bienes y su identificación con el término efectos; b) la solución dogmática y la punibilidad de la receptación de una receptación (la mal llamada receptación sustitutiva); c) la justificación del porqué el blanqueo de un blanqueo es blanqueo y no receptación; d) la explicación de la innecesariedad del ánimo de lucro en el delito de receptación; e) la corroboración práctica de la tesis sostenida en función de las estadísticas jurisprudenciales; f) una propuesta *de lege ferenda* para una mejor delimitación entre el delito de blanqueo y el delito de receptación; g) la confirmación dogmática de la solución mediante las reglas del concurso aparente de leyes, etc. Con todos estos elementos (incluyendo los que hemos desarrollado en el Capítulo I y II sobre la imprudencia en el blanqueo) y lograda la finalidad genérica del capítulo, en el apartado V se ofrece una respuesta a la habitual imputación por imprudencia en los supuestos del mulero en relación con la macro actividad de *phishing* y/o estafa informática. Aquí, respondiendo a la pregunta sobre cuándo se es responsable de un delito de blanqueo y cuándo de uno de receptación, ofrecemos soluciones prácticas a los supuestos conocidos por el Tribunal Supremo, proponiendo una solución distinta a la que este alto tribunal viene acogiendo, porque el comportamiento del mulero no debe ser considerado un supuesto de blanqueo imprudente, porque es siempre parte del ámbito de aplicación del art. 298 CP.

I

Para concluir con esta Introducción he de decir que de entre las muchas críticas a la punición del blanqueo imprudente destaca la de ser un tipo de recogida. Pero para nosotros, los tipos imprudentes no pueden ser utilizados como tipos de recogida aplicables a situaciones probatorias inciertas, sino que

sus requisitos deben ser comprobados de manera inequívoca si es que se quiere conseguir una imputación jurídico-penal eficiente y en este sentido, capaz para lograr la imposición de una pena. Entonces, aunque esta sea la crítica: ser el tipo penal del blanqueo imprudente un tipo de recogida, de todos modos, la jurisprudencia (y la interpretación en general) está obligada a construir adecuadamente la imputación. Es decir, cumpliendo las reglas de imputación, porque de lo contrario se estaría actuando de manera arbitraria y los jueces no están autorizados para fallar de manera arbitraria. Esta idea constituye de algún modo el hilo conductor de esta investigación: construir una explicación coherente del delito imprudente que permita explicar el blanqueo de capitales por imprudencia grave respetando las reglas de imputación jurídico-penal en los diferentes problemas concretos a los que se enfrenta la aplicación del art. 301.3 CP, desechando aquello que no sea punible porque es atípico o porque sea punible respecto de otro tipo penal.

PRIMERA PARTE

ELEMENTOS PARA CONFIGURAR EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS CULPOSO O POR IMPRUDENCIA GRAVE

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

PRIMERA PARTE

**ELEMENTOS PARA CONFIGURAR EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS
CULPOSO O POR IMPRUDENCIA GRAVE**

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Como ya hemos anticipado en la Introducción, la sentencia del Tribunal Supremo 1034/2005 de 14 de septiembre nos ayuda a entender los problemas que sobre el blanqueo imprudente existe, pero sobre todo aquella problemática referida a esta parte de la investigación. En esta sentencia se condena por blanqueo imprudente a un individuo por haber realizado durante varios días seguidos cuatro importantes imposiciones de dinero (en pesetas) por un monto considerable en su cuenta bancaria personal, mismos que contrastaban con los movimientos que normalmente acostumbraba a realizar (ingresos de pequeño importe y cargos con domiciliaciones de recibo) y que le permitieron luego realizar a su vez, tres transferencias en dólares fuera de España por un monto total de USD 135.000. Al respecto, la sentencia previa afirma que el condenado tenía conocimiento de que su comportamiento era anómalo e irregular y aun así decidió actuar en la forma en que lo hizo, mostrando un proceder descuidado y poco precavido. Estos son, en resumen, los hechos probados con los que el Tribunal Supremo cuenta para resolver y al amparo de los que se observan varios problemas dogmático-prácticos.

La sentencia del Tribunal *a quo* es recurrida por el condenado, el primer motivo del recurso se lo hace por indebida aplicación del art. 301.3 CP, porque entiende quien recurre que como no es un sujeto especialmente obligado por la

normativa administrativa de referencia (por ejemplo, un intermediario u operador del mercado financiero, etc.) no es punible su comportamiento. La idea básicamente sería que el delito de blanqueo imprudente es un delito especial que incumbe a los sujetos obligados y cuando no se es sujeto obligado, el comportamiento es atípico respecto del art. 301.3 CP. Por tanto, es necesario determinar si el artículo 301.3 CP es un delito especial o no, sobre todo porque hay sentencias del Tribunal Supremo que afirman todo lo contrario, es decir, que el delito de blanqueo de capitales imprudente es uno común. Un segundo problema que acarrearía la imposibilidad de aplicar el tipo penal a este comportamiento, también constante en el primer motivo del recurso por indebida aplicación del art. 301.3 CP, estaría en que tan solo los supuestos contenidos en el art. 301.2 CP son susceptibles de ser cometidos por imprudencia. El problema estaría en el no esclarecimiento de en qué grupos de supuestos cabe la imprudencia o mejor, en la necesidad de determinar en qué supuestos de blanqueo cabe la imprudencia y en cuáles no.

Nosotros por nuestra parte hemos detectado que estas dos situaciones tienen a su vez un correlativo y previo problema. Porque la sentencia, la jurisprudencia y la doctrina en general, afirman que la imputación por imprudencia en el blanqueo presenta grandes dificultades dogmáticas, porque el blanqueo es esencialmente un delito doloso que incluso exige un determinado elemento subjetivo del tipo (conocimiento de la ilícita procedencia del bien) y que en determinados supuestos requiere también una concreta finalidad (ayudar, ocultar, etc.), por lo que la configuración imprudente es en sí un problema. De lo que se trataría primero es de determinar qué es un delito imprudente y cómo se debe imputar un comportamiento imprudente, para luego, resuelta esta cuestión de parte general, encajar el problema particular del blanqueo imprudente y solucionarlo según la postura que se haya acogido o desarrollado. Esto no es todo, también será importante interpretar los elementos típicos para de una vez, resolver si cabe o no un tipo imprudente en el art. 301 CP y en qué términos, sobre todo porque las posturas en este ámbito son radicales y van desde aceptar que cabe la imprudencia en todos los comportamientos hasta negar la posibilidad de aplicación del tipo imprudente

en el delito de blanqueo. Se puede afirmar que, del análisis de los desarrollos de la doctrina y la aplicación a los supuestos de hecho concreto por parte de la jurisprudencia, como veremos en las líneas y apartados que siguen, se constata que no se ha podido desarrollar una explicación coherente que permita aplicar adecuadamente el art. 301.3 CP. Nos encontramos ante un problema que es preciso solucionar. Para resolver esta cuestión vemos que es necesario escoger (construir) una determinada interpretación del delito imprudente que nos permita resolver en su conjunto el problema del blanqueo culposo o imprudente y que en definitiva nos dará los elementos necesarios para atajar el laberinto en el que se encuentra sumida la jurisprudencia (si el laberinto es de tal magnitud a nivel del Tribunal Supremo, podremos imaginar lo complicado y difícil de entender de las resoluciones en los tribunales jerárquicamente inferiores, obviando las siempre salvables excepciones. Esto es aplicable también a la doctrina) en materia de blanqueo de capitales imprudente. La cuestión se puede reducir del siguiente modo: necesaria determinación de los elementos y criterios de imputación que deben observarse para construir adecuadamente la imputación jurídico-penal culposa o por imprudencia.

II. ANTICIPACIÓN DE LAS TESIS QUE SOMETEMOS A PRUEBA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO DE LOS DISTINTOS CAPÍTULOS

En el primer capítulo propondremos un entendimiento del delito imprudente que nos permita imputar por imprudencia en los supuestos de blanqueo de capitales en los que quepa tal posibilidad. La cuestión se centrará en una idea básica: el tipo objetivo del delito culposo o imprudente no se diferencia del tipo objetivo del delito doloso, entonces, para alcanzar la imputación por imprudencia lo primero que habría que averiguar es si se ha cumplido con el tipo objetivo mediante los criterios desarrollados por la teoría de la imputación objetiva, luego se realizaría el examen sobre la tipicidad subjetiva. En el ámbito de la tipicidad subjetiva se propone entender la imprudencia desde una perspectiva social y funcional, a partir de la estructura intelectual-normativa: conocimiento/no-conocimiento, haciendo especial énfasis en que la naturaleza de la imprudencia se encuentra en la cognoscibilidad debida y personalmente evitable. Hemos propuesto también una normativización de las especies de culpa que las entienda no como consciente/inconsciente sino como previsible/no previsible. Por último, se aborda la cuestión de la gravedad de la culpa y aunque se señala que aquella no agrega nada al problema de la determinación de la imprudencia, como el legislador la ha establecido, es necesario dar una fundamentación de aquella sobre todo para lograr encajar su ubicación.

A partir de la descripción detallada de los problemas que se encuentran presentes en la jurisprudencia, nos damos cuenta de que para poder desentrañar cuándo el destinatario de la norma jurídico-penal contenida en el art. 301 CP responde por imprudencia grave de conformidad al núm. 3, primeramente debemos entender qué es en sí el delito imprudente (y su diferenciación de la imputación dolosa), o mejor, escoger una determinada interpretación del delito imprudente que nos permita solucionar el problema de la imputación del delito imprudente y en supuestos de blanqueo de capitales. Esto es lo que haremos en el capítulo I. Sobre todo, ante la forma de tipificación escogida por el CP de 1995 a saber, remitirse a las conductas del tipo doloso y como señala una sentencia que hace eco de la tradicional configuración del tipo imprudente, sin

establecer una o varias conductas que tengan como núcleo la infracción del deber de diligencia o cuidado². Esta observación es ya una pauta del problema enunciado (y de la solución), porque si se asume que en el tipo objetivo hay una diferencia entre tipo doloso y culposo, se estaría condicionando el apareamiento de otra crítica. Se podría señalar que cuando no esté establecido típicamente el deber de cuidado que configura el tipo culposo o imprudente, el tipo carecería de determinación. Considero que esto es en todo caso discutible, porque, aunque se sostenga que el tipo objetivo del delito culposo tiene como fundamento el deber objetivo de cuidado, esto no significa nada que no sea reconducible o que no quede contenido en el concepto de riesgo prohibido. Por lo que los criterios de imputación objetiva operan de igual manera en los tipos objetivos que se explican subjetivamente ya sea por dolo o por imprudencia. Lo que ocurre en la cabeza del autor (metafórica y realmente) está en el hecho y lo que está en el hecho se infiere o explica subjetivamente por dolo o culpa sin que quepa afirmar que el hecho es distinto objetivamente³.

Por ejemplo, si A dispara a B con conocimiento de que producirá su muerte, en la parte objetiva del tipo, este comportamiento no se diferencia en nada respecto de aquel en que C dispara a D por error, porque ignora que detrás de un arbusto sobre el que dispara con el propósito de probar el funcionamiento de su arma de fuego, hay un vagabundo durmiendo y lo mata, porque el tipo objetivo del art. 138 CP señala que responderá jurídico-penalmente *el que*

² Argumento utilizado por la doctrina en general para criticar el art. 301.3 CP. Véase, por ejemplo, FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011, pág. 5. Así lo afirma también la STS, 28/2010 de 28 de enero.

³ Una repercusión interesante sobre esta postura se observa en el ámbito de la RPPJ, porque esta argumentación no dificulta la construcción de un delito de la persona jurídica. Porque el injusto propio de la persona jurídica al igual que el de la persona física radica precisamente en el hecho de organizarse o no organizarse de tal modo que se explique el apareamiento del delito. En el caso de la persona jurídica, el comportamiento de aquella condiciona el delito cometido por un subordinado de aquella ya sea el órgano de administración o alguno de sus miembros o a su vez, alguno de los subordinados del órgano de administración. Esta solución normativa y de sentido social es estrictamente necesaria al constatar que no existe forma posible de probar o actualizar procesalmente la explicación del comportamiento objetivo por vías psicológicas. Dicho de otra manera, no es posible determinar con precisión desde los aportes de la psicología: cómo pensó el autor (persona física) antes, durante y después de emprender su comportamiento. Esto debemos inferirlo precisamente de los elementos objetivos que existen en el hecho para explicar el comportamiento realizado.

matate a otro. El que matate a otro no mediando causas de justificación o de inimputabilidad habrá configurado con su comportamiento el tipo objetivo. Hasta aquí, la objetivación de lo subjetivo no es diferente ya sea que el autor haya actuado con dolo o culpa. En el caso de C, se podrá afirmar que como no ha obrado con dolo o conocimiento de matar, podrá ser responsabilizado por un homicidio imprudente. Esto es lo que precisamente haremos ahora, escoger una forma de imputar por delitos imprudentes que ayude a resolver de mejor manera los supuestos problemáticos que hemos descrito antes respecto del delito de blanqueo de capitales⁴. A lo largo del desarrollo y conclusiones (dogmáticas) alcanzadas en esta investigación, incorporaremos los problemas de la jurisprudencia y los iremos resolviendo de la mano de la construcción alcanzada. Esta será la metodología que emplearemos para comunicar las ideas: problema, solución, aplicación, conclusiones.

El Capítulo II tiene dos apartados. El primero de ellos tiene como finalidad la determinación de los grupos de supuestos en los que cabe la imputación imprudente. La idea que rige este apartado es que para imputar por blanqueo imprudente es preciso antes interpretar los elementos típicos del art. 301 CP para determinar si cabe o no la imputación por imprudencia. Esta interpretación tiene como fundamento la normativización de la culpa realizada en el Capítulo I. El segundo apartado gira en torno a los problemas que se derivan de las posturas que la jurisprudencia y la doctrina han adoptado para la explicación de la imprudencia en el blanqueo y así, tiene como objeto la determinación del fundamento del injusto en el delito de blanqueo de capitales. La idea es la siguiente: la clasificación de los tipos penales en función del círculo posible de autores es una explicación formal de los tipos que en nada repercute en la explicación material del delito. Por lo que lo importante es determinar cuál es el contenido material o el fundamento del tipo penal para luego, explicar a su vez, cuáles son las consecuencias respecto del tipo

⁴ Esta opción deberá servir para explicar en general los tipos imprudentes de la parte especial, guardando especial cuidado para -permitir- imputar en los supuestos en los que quepa la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta sería una de las finalidades investigativas posteriores. Sobre todo, por cuanto el delito de blanqueo de capitales en España puede ser imputable también a una persona jurídica.

imprudente y no todo lo contrario. Partimos de la averiguación del fundamento del injusto en el delito de blanqueo para después, derivar las consecuencias dogmático-prácticas de esta solución y su correlativa incompatibilidad con las respectivas soluciones jurisprudenciales y doctrinales. En este sentido, considero que sería incorrecto sostener que la imprudencia en el blanqueo de capitales fundamenta el carácter de especial del delito, porque se trata de un delito de dominio y, sin embargo, también se atiende a la explicación del blanqueo de los sujetos especialmente obligados como un delito de infracción de deber no positivado.

Los apartados se encuentran delimitados en relación con los problemas que resuelven. La primera y segunda cuestión que se nos presenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina y que se desarrollan (resuelven) en el primer apartado del capítulo II, viene representada a través de los siguientes problemas: a) existe una inadecuada o incorrecta distinción entre los grupos de supuestos que el delito de blanqueo de capitales recoge en el art. 301 CP. Nuevamente esta dificultad se observa y es resaltada en la sentencia del Tribunal Supremo 1034/2005. En el fundamento jurídico cuarto el Tribunal Supremo sostiene que *“conforme al relato fáctico el recurrente no es ni intermediario ni operador en el mercado financiero, y que, por otra parte, solo admiten su incriminación por imprudencia las modalidades contenidas en el art. 301.2 CP, de modo que la condena por delito comprendido en el art. 301, párrafo segundo, requiere un conocimiento doloso de la procedencia u origen de los bienes en el tráfico de drogas, incompatible con la imprudencia”*. El esclarecimiento de esta primera cuestión condiciona como necesario también, b) la averiguación y determinación de los supuestos o grupo de supuestos constantes en el art. 301 CP, en los que cabe la imputación jurídico-penal por imprudencia. Esto, porque existe la duda o certeza, dependiendo del punto de vista, de que en función de los distintos elementos típicos que se exigen en los diferentes grupos de supuestos de blanqueo de capitales, se puede limitar la imputación por imprudencia. En la sentencia del Tribunal Supremo 1034/2005 también puede apreciarse esta cuestión cuando se expresa que *“en cuanto a la alegación del recurrente sobre que las únicas modalidades de blanqueo que*

admiten comisión culposa son las contenidas en el art. 301.2 CP, ya que la exigencia de un conocimiento de la procedencia de los capitales como ganancias del narcotráfico, impide la comisión culposa... ha de ser rechazado... porque cuando el art. 301.2 CP se refiere a capitales o bienes o derechos se refiere a capitales bienes o derechos que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos, se está refiriendo a los delitos de tráfico de drogas... porque ninguna diferencia existe siendo la culpabilidad dolosa, cuando se realizan los hechos con conocimiento de que los capitales y bienes proceden de un delito cualquiera, o cuando ese conocimiento se refiere a un delito de narcotráfico... basta apreciar que el tenor literal del art. 301.3 CP se refiere a todos los hechos descritos en los apartados 1 y 2 del mismo, sin hacer distinción alguna, para tipificar su posible comisión culposa". Esta argumentación jurisprudencial es por lo menos discutible, por lo que la averiguación y determinación del grupo de supuestos en los que cabe la imputación por imprudencia es una cuestión trascendental.

La citada sentencia hace un puntual señalamiento a la Ley 19/1993 y su Reglamento de 1995 como norma de referencia que contiene los deberes de determinados sujetos y de este modo también *"prevé el incumplimiento de obligaciones específicas exigibles a determinados profesionales"*. Afirma el Tribunal Supremo que *"en estos casos el blanqueo por imprudencia reviste el carácter de delito especial, que sólo pueden cometer los destinatarios de los deberes que impone la normativa administrativa (intermediarios financieros, mediadores en las transacciones inmobiliarias, profesionales del sector bancario, etc.). En estos casos la normativa administrativa se refiere al Blanqueo de bienes procedentes de cualquier delito castigado por pena de prisión superior a 3 años."*⁵ De este modo, realiza una diferencia entre el ámbito de aplicación de la referida ley y el ámbito de aplicación del art. 301.3

⁵ En efecto, el art. 1, numeral 1 de la referida ley, señala cual es el ámbito de aplicación: *1. Esta ley regula las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años.*

CP. Por lo que sostiene el Tribunal Supremo que *“el CP, en cambio, se extiende a los que procedan de cualquier delito, viniendo a decir el art. 301.3 que, si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo”*. El problema como veremos luego, no se soluciona con la sola determinación formal de si nos encontramos ante un delito común o especial, las sentencias acuden a esta doctrina y lo que se ha conseguido es mayor confusión. La solución de esta cuestión, entonces, revela que no es solamente un asunto formal, sino que principalmente nos encontramos ante un problema material que requiere una solución también material. Para nosotros la solución está en la determinación del fundamento del injusto en el delito de blanqueo, porque de aquello dependen las demás cuestiones del tipo incluyendo las de autoría y participación y no todo lo contrario. De este modo, la opción escogida deberá rendir de tal manera que nos permita ofrecer una respuesta a los siguientes supuestos problemáticos cuyos aspectos serán tratados en el segundo apartado del Capítulo II: a) una persona realiza una de las conductas de blanqueo sin tener obligaciones especiales y a su vez observando escaso cuidado o diligencia ¿Debe responder según el art. 301.3 CP? Sí o no ¿Por qué?; y, b) una persona realiza una de las conductas de blanqueo teniendo obligaciones especiales y a su vez observando escaso cuidado o diligencia ¿Debe responder según el art. 301.3 CP? Sí o no ¿Por qué?

La sentencia del Tribunal Supremo 483/2007 de 4 de junio, señala en el fundamento jurídico decimoctavo (en el número segundo) textualmente que *“la norma no distingue en cuanto a los posibles sujetos activos por lo que, en principio, pueden serlo cualquier persona que contribuya al resultado del blanqueo de bienes, siempre que ésta incurra en grave dejación del deber de diligencia exigible o meramente esperable de cualquier persona precavida”*, sin embargo, en el párrafo inmediato posterior dice todo lo contrario: *“no obstante, cabe sostener fundadamente que el tipo reviste los caracteres de un delito especial, en la medida en que su comisión sólo estará al alcance de personas cuya conducta sea reprobable por la infracción de específicos deberes de cuidado que le sean exigibles legal o reglamentariamente, en*

consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional. Y en concreto a los sujetos obligados a que se refiere la Ley 19/93 (art. 2), a quienes se imponen las obligaciones de identificación de clientes, examen de determinadas operaciones, comunicación de operaciones a la Administración y abstención de realizar operaciones sospechosas de ilegalidad (art. 3 de la Ley), con lo que el tipo imprudente es tipo penal en blanco que debe integrarse mediante remisión a dicha normativa administrativa... ”. En el mismo sentido se manifiestan las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 960/2008 de 26 de diciembre, en los fundamentos de derecho, en el análisis del tercer motivo del recurso interpuesto por quien fuera condenado por blanqueo imprudente; 1034/2005 de 14 de septiembre; 34/2007 de 1 de febrero, fundamentos de derecho único; 1257/2009 de 2 de diciembre, fundamentos de derecho, análisis del recurso interpuesto por José Ignacio, motivo único.

En la sentencia del Tribunal Supremo 16/2009 de 27 de enero⁶, fundamentos de derecho, decimosexto, recurso interpuesto por Andrés, se afirma que por ser un delito especial *“su comisión sólo estará al alcance de personas cuya conducta sea reprobable por la infracción de específicos deberes de cuidado que le sean exigibles legal o reglamentariamente, en consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional”*. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo 483/2007 de 4 de junio, fundamento de derecho, decimonoveno, recurso interpuesto por José Carlos. También, la sentencia del Tribunal Supremo 924/2005 de 17 de junio, fundamentos de derecho, primero, núm. 3, en la que se afirma que *“la referencia a la imprudencia grave hay que conectarla con los sujetos que tienen una especial obligación o deber de actuar desplegando un específico cuidado. No toda negligencia determinará una responsabilidad penal sino solamente aquella que además de ser grave, integre una actividad de blanqueo que permita su inclusión en el tipo delictivo”*. Interpretando sistemáticamente y en su conjunto las normas penales de blanqueo, en el núm.

⁶ En esta sentencia se sostiene este criterio, por el cual se condena al abogado de un vendedor de droga.

7, sostiene que el “*artículo 303, da pie para establecer, como conclusión, que el legislador está pensando en una amplia gama de profesionales entre los que incluye a los empresarios, intermediarios del sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador en el ejercicio de su cargo y finalmente, aumenta la pena de inhabilitación, cuando los hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma*”. En el núm. 8 concluye que “*el deber de especial diligencia o cuidado para detectar los signos que pudieran llevar a la sospecha de la procedencia ilícita del dinero, está previsto para ser exigidos a aquellos que tienen estas especiales cualificaciones funcionariales o profesionales. No se puede extender y es de difícil configuración, para los particulares...*”. Para el Tribunal Supremo la no punición de la imprudencia de los particulares no debe llevar a la conclusión de que en estos supuestos existe impunidad. En el núm. 4 se afirma que “*la impunidad de las conductas en las que exista un error sobre el tipo ha de ser la regla general sin que ello suponga impunidad alguna ya, que como se ha demostrado, en el caso presente, se incoaron expedientes administrativos y se procedió a la retención, comiso y sanción sobre la cantidad de dinero ocupada*”.

Finalmente, señalar que a lo largo de los diferentes apartados del Capítulo II, en forma de conclusión, se pondrá a prueba y se mostrará el rendimiento de la postura aquí escogida y desarrollada. A continuación, damos inicio a la exposición.

CAPÍTULO I

EL DELITO CULPOSO O IMPRUDENTE

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

CAPÍTULO I

EL DELITO CULPOSO O IMPRUDENTE

**I. LA IMPRUDENCIA COMO FORMA DE IMPUTACIÓN: BREVE
INTRODUCCIÓN EN EL MARCO DEL ART. 301 CP**

Es incuestionable que la relación directamente proporcional entre el progreso técnico y científico y los hechos producidos por imprudencia (punible y no punible) constituye una característica trascendental de las sociedades modernas⁷. Ahora, que la imputación de responsabilidad no pueda realizarse de todas y cada una de las consecuencias del comportamiento de las personas que constituyan ataques a bienes jurídicos, sino únicamente de aquellas que extralimiten su concreto ámbito de competencias y además que esa concreta extralimitación esté prohibida por un tipo penal, es también una característica de las construcciones de la también moderna dogmática penal⁸. Es más, el autor no responde por el resultado prohibido aun cuando objetivamente lo haya podido prever y evitar si su comportamiento se desarrolla en el marco de lo jurídicamente permitido, es decir, si el riesgo es jurídica y socialmente tolerado

⁷ Véase, por ejemplo, ROXIN, C.: *Derecho Penal*, PG, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la segunda ed. alemana y notas por: LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., edit. Civitas, Madrid, 1997, pág. 996; también, NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito culposo*, Su estructuración jurídica en la dogmática actual, edit. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1975, pág. 9, quien afirmaba ya, que el progreso científico y el desenvolvimiento técnico han puesto a disposición del hombre complejos mecanismos cuyo manejo es fuente de peligros (riesgos) tanto para quien los utiliza como para terceros.

⁸ por todos, JAKOBS, G.: *Derecho penal*, PG, trad. CUELLO CONTRERAS, J., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., edit. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 384; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho penal*, edit. Civitas, Pamplona, 2010, pág. 119 y ss.; paradigmático, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía», en *InDret*, Barcelona, enero de 2008, pág. 4 y *passim*, aquí se intenta construir límites adecuados a la imputación jurídico-penal por blanqueo, a través de los institutos de la imputación objetiva y su superación, para imputar.

no hay delito. La cuestión, por tanto, no es demostrar que el sujeto era subjetivamente capaz de evitar la producción del resultado prohibido, sino precisamente demostrar que el autor típico tenía como deber la evitación objetiva de la producción del resultado prohibido⁹. En definitiva, que el resultado prohibido sea objetivamente imputable¹⁰. Por lo que, aunque la justificación de la punición por imprudencia sobre la base de los requerimientos de seguridad ciudadana en el marco de los contactos sociales cotidianos que exige un comportamiento individual respetuoso (previsor, cuidadoso, etc.) de que los derechos y las expectativas de seguridad no van a ser vulnerados, sea una razón suficiente para introducir los tipos culposos en el CP, no es menos cierto que para imputar e imponer una pena, se requiere algo más, se exige averiguar en el caso concreto, el fundamento de la punición¹¹. Sin embargo, el problema con el que nos encontramos muy a pesar de todas estas cuestiones que hablan muy bien del progreso de la Ciencia penal y su dogmática, es que quien quiera acercarse a la teoría del delito culposo tiene que informar sobre algo cuya existencia apenas puede captarse y, sin embargo, esto no siempre fue así. En la sistemática clásica del delito parecía que se tenía claro lo que era la culpa. Obviamente luego todo esto se desmoronó, cosa que ocurrió también respecto del finalismo, teoría incapaz siquiera de construir un modelo

⁹ CARO JHON, J.: «Imputación subjetiva», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 7, 2006, pág. 236. La relevancia jurídico-penal del conocimiento a título de dolo o imprudencia, ya no va a depender de la mera representación mental del autor sobre su hecho. Para este mismo autor, CARO JHON, J.: «Imputación subjetiva», en *Derecho penal y sociedad, estudios sobre las obras de GÜNTHER JAKOBS y CLAUS ROXIN, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, coord. MONTEALEGRE LYNETT, t. I., edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 287-288, debe entenderse que lo externo viene expresado y contenido en el significado social perturbador del comportamiento objetivamente típico y lo interno por el sentido normativo que se atribuye al pensamiento. CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, edit. PPU, Barcelona, 1989, pág. 36, desde una posición divergente, a partir del entendimiento de la norma como norma de determinación, sostiene que el injusto imprudente se encuentra limitado por tres aspectos: a) al sujeto no se le puede prohibir causar resultados, sino realizar conductas peligrosas o no controlar peligros existentes para los bienes jurídicos; b) al sujeto no se le puede prohibir realizar un concreto peligro, a menos que tenga, *ex ante*, la posibilidad de evitar y el deber de conocer; y, c) la actuación del sujeto, se encuentra limitada o condicionada según el concreto deber de cuidado.

¹⁰ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 384; JAKOBS, G.: *La imputación penal de la acción y la omisión*, edit. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., Bogotá, 1996, pág. 125; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal*, PG, edit. Akal, Madrid, 1998, pág. 188.

¹¹ PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia en el Derecho penal*, edit. Atelier, Barcelona, 2012, pág. 15.

completo¹². Por lo que la imprudencia y su imputación son un problema en ciernes tanto a nivel dogmático-teórico como jurisprudencial-práctico.

El blanqueo de capitales (como muchos otros fenómenos en los que interviene la acción de una persona física y/o jurídica) no es ajeno a esta situación: no se escapa de la posibilidad cierta de que las conductas de blanqueo sean consecuencia de actos imprudentes en el marco del progreso técnico y científico, indiferentemente de las muchas otras formas tradicionales de un actuar falto de previsión, ese no es el problema. La cuestión surge desde el momento en que el legislador decidió que el blanqueo imprudente sea punible. El fenómeno del blanqueo de capitales es también, un producto de la modernidad. A este respecto, al de la imputación de blanqueo por imprudencia, cabe mencionar que la normativa internacional sobre la prevención del blanqueo de capitales, que constituye fuente primigenia de las disposiciones que regulan el blanqueo de capitales ya sea en la prevención o en la sanción jurídico-penal, no ha contemplado en general, la modalidad imprudente como forma posible de comisión de esta conducta antijurídica¹³. Sin embargo, en Europa, en las legislaciones internas de cada país, son varios los Estados que se han decidido por la punibilidad del blanqueo imprudente: Alemania, Bélgica, España, Finlandia, Países Bajos, Reino Unido y Suiza. En España, fue el art. 344 *bis h*) núm. 3, el que por primera vez tipificó en el ordenamiento jurídico-penal español el blanqueo de capitales imprudente¹⁴. Por su parte, el art. 301

¹² GÖSSEL, K.: «Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia (“Fahrlässigkeitslehre”)», en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, edit. Temis, dir. AMBOS, K., coord. BÖHM, M., Bogotá, 2012, pág. 93.

¹³ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, edit. Aranzadi, tercera ed., 2012, pág. 725. Aunque el Convenio de Estrasburgo de 1990 prevé en el apartado a) de su párrafo 3, la posibilidad de incriminar el blanqueo cuando el sujeto *debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito*. En el mismo sentido, el art. 9 del Convenio de Varsovia de 2005 y, el art. 2 del Reglamento Modelo de la CICAD, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la OEA, Organización de Estados Americanos; en el mismo sentido, ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, edit. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 177; así como, FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas y político-criminales...», *ob. cit.*, pág. 4.

¹⁴ A través de la LO 8/1992 de 23 de diciembre, *de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, publicada en el BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992. Por todos, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 730.

núm. 3 del vigente CP también lo sanciona¹⁵. En relación con esto, la doctrina ha cuestionado sobre si es necesaria su tipificación, siempre enlazando la crítica a que el origen del blanqueo de capitales ha estado ligado a la construcción dolosa¹⁶. También hay que señalar que algunos han intentado justificar su incorporación como modalidad que facilita la prueba, otros, por el contrario, se han mostrado contrarios a su sanción¹⁷. Se constata también que a pesar de que existen muchos comentarios y críticas sobre la cuestión, especialmente en manuales de PE, no existe una monografía que estudie de manera particularizada este asunto de trascendental importancia sobre todo por la relevancia práctica que en los últimos años ha suscitado. Además, los estudios monográficos que existen sobre el blanqueo de capitales, que no son pocos, aunque se han dedicado al estudio del blanqueo imprudente, se puede afirmar que son investigaciones para explicar el delito de blanqueo de capitales

¹⁵ Los que se mostraban contrarios a su tipificación, entre otros: RUIZ VADILLO, E.: «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992, pág. 129; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 129; GÓMEZ INIESTA, D.: *El Delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, edit. Cedecs, Barcelona 1996, pág. 59. A favor de su tipificación, claramente: PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo de Capitales*, edit. Edersa, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, pág. 593 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo de Capitales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 284.

¹⁶ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 724.

¹⁷ A favor de su inclusión en el tipo: VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La última reforma del Código penal en materia de drogas. (Novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992)», en *Revista General de Derecho*, abril 1993, pág. 2725 y ss., esta autora sostiene que la reforma ha sido acertada; en el mismo sentido, RUIZ VADILLO, E.: «El blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 4285. La dificultad de la prueba del dolo, dejaría sin aplicación práctica al delito de blanqueo de capitales; FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 1, este último sostiene que esta puede ser la razón político-criminal de la incriminación. En contra de su tipificación, de manera expresa, QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 96, 8 de abril 1993, pág. 3; en contra, porque infringe el principio de proporcionalidad: SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del Derecho penal aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, edit. Civitas, primera ed., Madrid, 1998, pág. 109; el mismo, se reafirma en su segunda edición, mostrándose escéptico, *La expansión del Derecho penal aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, edit. Civitas, segunda ed., Madrid, 2001, pág. 101; en contra, porque infringe el principio de determinación: utilizando la doctrina alemana (KNORZ, FÜLBIER/AEPFELBACH, STRATENWERTH, entre otros) BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 736-738; en contra por infracción de los límites del *ius puniendi*: FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 26, para quien, no se justifica la utilización de la modalidad imprudente cuando lo que se protege sea un bien colectivo, resalta ante todo el carácter infrecuente de esta opción. Además, menciona, la posible infracción de los límites del *ius puniendi*, concretamente el principio de mínima intervención.

doloso y las referencias al blanqueo imprudente han sido breves, aunque no por breves menos importantes.

Sobre la justificación que se alza a favor de la incriminación del blanqueo imprudente como forma de imputación que facilite la prueba, es preciso señalar que como advierte JESCHECK, los tipos imprudentes no pueden ser utilizados como tipos de recogida aplicables a situaciones probatorias inciertas, sino que sus requisitos deben ser comprobados de manera inequívoca si es que se quiere conseguir una imputación jurídico-penal eficiente y en este sentido capaz para lograr la imposición de una pena¹⁸. Entonces, aunque esta sea la crítica: que el tipo penal de blanqueo imprudente sea un tipo de recogida, de todos modos, la jurisprudencia está obligada a construir adecuadamente la imputación. Es decir, cumpliendo las reglas de imputación, porque de lo contrario se estaría actuando de manera arbitraria y los jueces no están autorizados para fallar de manera arbitraria. Esta idea constituye de algún modo el hilo conductor de esta investigación: construir una explicación coherente del delito imprudente que permita explicar el blanqueo de capitales por imprudencia grave respetando las reglas de imputación jurídico-penal. Eso es lo que a continuación daremos inicio. No sin antes exponer una cuestión que nos parece trascendental, sobre todo porque constituye (también) la justificación del tema diferenciador de esta tesis que entiende que el título jurídico de imputación subjetiva se alcanza por considerar que una persona obró con dolo o culpa, y esta última, es susceptible de ser explicada mediante un juicio (psicológico) normativizado que se hace de la persona que actúa y de este modo, se puede comunicar y sostener que aquella se ha comportado de manera imprudente. Por eso el delito de blanqueo de capitales del art. 301.3 CP es un delito de blanqueo de capitales culposo o por imprudencia grave. Aunque esto es una cuestión terminológica sin aparente trascendencia material, porque la ley ha otorgado una equivalencia funcional normativa y si se quiere conceptual entre culpa e imprudencia, considero que es mejor ubicar las cosas en su sitio. Además, porque en determinados supuestos se verificará en estricto

¹⁸ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal*, PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., edit. Comares, quinta ed., Granada, 2002, pág. 606. Esto lo afirma la generalidad de la doctrina.

sentido una imputación por culpa más no por imprudencia sino por impericia o negligencia, de este modo, aunque se pueda sostener que todos estos juicios psicológicos-normativizados explican una determinada conducta culposa, sin embargo, también se puede manifestar sin ser falaz que estos juicios normativizados son diferenciables entre sí.

1. BREVE EXPOSICIÓN SOBRE EL ORIGEN Y SENTIDO JURÍDICO DE LA CULPA Y SU DIFERENCIACIÓN DE LA IMPRUDENCIA

En el ámbito de la doctrina de la culpa o la imprudencia el problema está referido a la cuestión de lo contenido y de lo que se contiene con la expresión o concepto jurídico de culpa. El pensamiento sobre la naturaleza de la culpa o la imprudencia ha estado algo extraviado, de tumbo en tumbo en el derrotero de la historia de las ideas. Luego, una vez que ha podido conducirse por el sitio correcto, la dificultad que se suscitó ha devenido también en una cuestión terminológica. Por esto se justifica este apartado. Usualmente se define el lenguaje como el medio al uso para manifestar nuestros pensamientos. Sin embargo, lo problemático es que no se puede asegurar que mediante el lenguaje se pueda manifestar con suficiente eficacia todos nuestros pensamientos. Y no solamente eso, al expresar nuestras ideas se corre el riesgo de que se interprete no adecuadamente lo que se quería decir, de manera cercana a lo que se quiso expresar en algunos casos, pero en no pocos de una manera radicalmente distinta. Por eso, es muy importante determinar con precisión y anticipación qué queremos decir o comunicar en un determinado contexto¹⁹. Esta es la finalidad de este breve apartado, ubicar terminológicamente lo que la culpa o imprudencia como expresión o término quiere contener o dicho de manera más exacta: lo que se debe entender hoy (en un contexto jurídico-penal) por culpa o imprudencia. De este modo, no nos será luego complicado rellenar de contenido y explicar el concepto jurídico penal que la ley penal en España

¹⁹ ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas*, edit. Orbis, Barcelona, 1983, pág. 9 y ss. Esta es la idea de la que parte este filósofo para justificar un tan extenso prólogo, que constituye una verdadera joya sobre la interpretación.

ha acogido para sancionar los supuestos culposos punibles: la imprudencia grave.

En el lenguaje hodierno y no jurídico la culpa es la imputación a alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta, el típico ejemplo de esta definición viene dado por la sentencia: tú tienes la culpa de lo ocurrido. Desde esta perspectiva se podría afirmar que en el lenguaje corriente la culpa equivale a imputación (atribuir, atribución) personal de responsabilidad²⁰. Las primeras definiciones de la culpa estaban referidas a su identificación o asimilación con el concepto de culpabilidad²¹. La diferenciación entre la culpa y la culpabilidad, como forma junto con el dolo de aquella (el finalismo tiene el mérito de haber logrado trasladar el dolo y la culpa al lugar que le pertenece

²⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica», *Doctrina de la culpa penal*, en *ADPCP*, Sección Doctrinal, t. VII, fasc. I., 1954, pág. 45. Considero que esta observación sigue vigente.

²¹ Por poner un ejemplo, TVLLI CICERONIS, M.: *De Officiis ad Marcum Filiom Libri Tres*, en www.thelatinlibrary.com, escrita alrededor del año 44 AC. En efecto, en el número 89 CICERÓN se señala directamente: “*Cavendum est etiam ne maior poena quam culpa sit et ne isdem de causis alii plectantur, alii ne appellentur quidem*” (también hay que tomar precauciones para que la pena no sea mayor que la culpa, y para evitar que, por las mismas causas, unos sean golpeados, otros ni siquiera sean acusados). De este modo, culpa, el término culpa es sinónimo de lo que hoy se entiende por culpabilidad, en efecto: la pena debe estar en función de la concreta culpabilidad, la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad. Esta interpretación se encuentra implícita en una concreta aplicación que del término culpa realiza el propio CICERÓN en el mismo libro. En el núm. 40 señala: “*Secundo autem Punico bello post Cannensem pugnam quos decem Hannibal Romam misit astrictos iure iurando se redituros esse nisi de redimendis is, qui capti erant, impetrassent, eos omnes censores, quoad quisque eorum vixit, quod peierassent in aerariis reliquerunt, nec minus illum, qui iure iurando fraude culpam invenerat. Cum enim permissu Hannibalis exisset e castris, rediit paulo post, quod se oblitum nescio quid diceret; deinde egressus e castris iure iurando se solutum putabat, et erat verbis, re non erat. Semper autem in fide quid senseris, non-quid dixeris, cogitandum est. Maximum autem exemplum est iustitiae in hostem a maioribus nostris constitutum, cum a Pyrrho perfuga senatui est pollicitus se venenum regi daturum et eum necaturum. Senatus et C. Fabricius eum Pyrrho dedit. Ita ne hostis quidem et potentis et bellum ultro inferentis interitum cum scelere approbavit*” (En la segunda guerra Púnica, después de la batalla de Cannas, Haníbal envió a Roma diez hombres obligados con el juramento de regresar si no obtenían resultados acerca del rescate de los Cartagineses capturados. A todos ellos los censores los dejaron en los erarios de por vida porque pensaron que habían perjurado, y no menos a aquel que había llegado a la culpa por fraude al juramento, pues, tras salir del campamento con permiso de Hanibal, regresó un poco después diciendo que había olvidado una u otra cosa; y después, fuera ya del campamento, pensaba que se había librado del juramento, y se había librado, pero atendiendo a las palabras, atendiendo a la realidad, no. En lo que a la fidelidad atañe, siempre hay que considerar qué fue lo que se pensó, no qué fue lo que se dijo. El mayor ejemplo de justicia frente al enemigo, lo establecieron nuestros antepasados, cuando un tráfuga de Pirro prometió al senado dar veneno al rey y matarlo. El senado y el cónsul C. Fabricio lo entregaron a Pirro. Así, ni siquiera en el caso de un enemigo poderoso y que además hacía la guerra sin provocación aprobaron un asesinato a traición).

y que hoy casi nadie pone en duda) ha sido una labor iniciada por los juristas. Labor que se puede decir ha sido alcanzada no totalmente, por cuanto ha costado y cuesta todavía trasladar adecuadamente los caracteres diferenciadores entre culpa y dolo como formas (según el sistema que se siga) de la culpabilidad o de la tipicidad subjetiva, independientes entre sí²². Allende lo anterior, acerca de la concreta diferenciación entre los conceptos (jurídico-sociales) de culpa y culpabilidad, por lo menos en el ámbito jurídico se puede afirmar que se ha logrado en la esfera del lenguaje una clara diferenciación: del sustantivo culpabilidad se deriva el adjetivo culpable y del sustantivo culpa se deriva el adjetivo culposo²³. Ejemplo de este logro diferenciador lo hallamos en la expresión: se puede ser culpable de un delito culposo.

En el decurso de la historia, la culpa aparece en un momento posterior al dolo, esto significa que el surgimiento de la culpa debe ser apreciado y aprehendido como un momento de mayor maduración espiritual de la humanidad y de la sociedad²⁴. Lo que hay que entender es que la diferenciación entre lo intencional y no intencional pero aun así culpable exige un grado de sentido y precisión dogmática y técnico-jurídica no sólo interesante sino impresionante²⁵. Pero esto no siempre fue así²⁶. El pasaje del Génesis del

²² A este respecto, cabe citar la difícil diferenciación (según la doctrina que se siga) entre culpa consciente y dolo eventual. Si existiera una determinación precisa entre lo que es cada una de las categorías a las que pertenecen estas especies, no se suscitarían los problemas interpretativos. Pero esto no es una crítica negativa, sino precisamente lo contrario: constatación de que la discusión probablemente no esté en la semejanza, los puntos comunes entre los conceptos contrapuestos, sino precisamente en determinar qué es lo uno y qué es lo otro.

²³ En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho penal de la culpa*, edit. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 6.

²⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho penal de la culpa...*, ob. cit., pág. 75 y ss.

²⁵ NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito culposo...*, ob. cit., pág. 13

²⁶ Los pasajes que a continuación se citarán, tienen validez histórica y científica para explicar la responsabilidad moral-legal, en la medida en que son documentos elaborados con mucha anticipación. El Pentateuco, se sostiene fue escrito en un período comprendido entre el siglo IX y el siglo VII AC (las explicaciones y las citas son tomadas de la *BIBLIA DE JERUSALÉN*, edit. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998, pág 6 y ss.). En el libro de LEVÍTICO, en muchos pasajes se utiliza la expresión *inadvertencia*, para separar los hechos culpables intencionales de los no intencionales. Así, en el cap. 4, 2 se puede leer que “*si alguien peca por inadvertencia contra cualquiera de los mandamientos de Yahveh sobre lo que no se debe hacer y comete una de estas acciones prohibidas*” deberá responder conforme a las reglas prescritas. Lo mismo se repite respecto de la comunidad entera en el versículo 13. En el versículo 22 respecto del príncipe, se afirma directamente que la *inadvertencia es también una de las formas de la culpabilidad* así: “*si es un príncipe el que ha pecado, haciendo por inadvertencia cualquiera de las cosas prohibidas por los mandamientos de Yahveh su Dios,*

capítulo 2 es muy ilustrativo de esta constatación. Aquí se afirma que (2, 16-17) *“Dios impuso al hombre este mandamiento: «De cualquier árbol del jardín puedes comer, más del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás, porque el día que comieres de él, morirás sin remedio»*. Esta es la ley que Yahveh (legislador) había impuesto al hombre, su creación. Todos conocemos lo que aconteció: el hombre no escuchó la voz de Dios, sino que escuchó la de Eva su mujer y esta la de la serpiente que la había engañado y mentido. Por esta razón, Yahveh (juez) solucionó este problema jurídico (moral y real) del siguiente modo: (3, 16-19) *“A la mujer le dijo: «Tantas haré tus fatigas cuantos sean tus embarazos: con dolor parirás los hijos. Hacia tu marido irá tu apetencia, y él te dominará». Al hombre le dijo: «Por haber escuchado la voz de tu mujer y comido del árbol del que yo te había prohibido comer, maldito sea el suelo por tu causa: con fatiga sacarás de él el alimento todos los días de tu vida. Espinas y abrojos te producirá, y comerás la hierba del campo. Con el sudor de tu rostro comerás el pan, hasta que vuelvas al suelo, pues de él fuiste tomado. Porque eres polvo y al polvo tornarás»*.” Como vemos aquí, todavía no existe una clara diferenciación entre lo intencional y no intencional. Lo fundamental es que la ley mandaba que no se debe comer del fruto de un determinado árbol, ADÁN y EVA comieron, por tanto, son culpables y merecen la pena recibida. No importa si lo hicieron de manera intencional o no, lo que importa es el hecho en sí.

Es importante recordar que en el Derecho penal romano el concepto de delito no requería la existencia de una voluntad contraria a la ley por parte del ser humano (libre=persona) con reconocida capacidad de acción, este principio fundamental fue desconocido en el Derecho penal de los primeros tiempos, en

haciéndose así culpable” deberá expiar la culpa conforme a las reglas preceptuadas (así también el versículo 27). En el libro de los NÚMEROS cap. 15, versículo 24 se nos dice con claridad que el contenido normativo de la inadvertencia es el descuido: *“en el caso de que la inadvertencia se haya cometido por descuido de la comunidad, toda la comunidad ofrecerá un novillo en holocausto, como calmante aroma para Yahvé...”*, la culpabilidad por inadvertencia (descuido) se expía conforme a unas determinadas reglas, pero la culpabilidad por descaro (dolo, conocimiento, intención) no es expiable: cap. 15, versículo 30 *“el que obra con descaro... ultraja a Yahveh. Tal individuo será extirpado de su pueblo, por haber despreciado la palabra de Yahveh, quebrantado su mandato. Será exterminado tal individuo: su pecado pesa sobre él”*. Y así, un cúmulo de prescripciones que nos hablan de una madurez espiritual diferenciadora de los actos culpables intencionales y no intencionales, así como un tratamiento muy diferenciado para cada supuesto.

el que únicamente se cuestionaba sobre el hecho en sí y no *sobre el estado del alma en que el mismo tenía su base*²⁷. Pero luego, las posteriores leyes penales tomaban como fundamento de la responsabilidad la voluntad antijurídica del sujeto activo del hecho prohibido. Por esta razón, se afirmaba que la voluntad antijurídica tiene como presupuesto el conocimiento de que el hecho que se va a ejecutar era contrario a la ley, de este modo, el error de hecho excluía la imputación²⁸. La voluntad antijurídica tenía la función de fundamentar éticamente la imputación y posterior sanción y se presentaba bajo la forma intencional (conocimiento) de *dolus* o bajo la forma no intencional (no conocimiento) de descuido o negligencia culposa *culpa* en la observancia de las normas²⁹. El contenido normativo que la culpa poseía en este derecho dependía de una premisa fundamental: la ley podía ser quebrantada sin que el sujeto tuviera voluntad (conocimiento) de la infracción de la norma. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que la organización humana exigía de sus integrantes no sólo evitar los actos voluntarios (con conocimiento) que entrañen efectos nocivos para los demás, sino que tenían que abstenerse de practicar hechos que por culpa (sin conocimiento, sin intención) causen daños. Por este carácter de la culpa: ser no querida, sin intención, sin conocimiento; era considerada una falta menor que consistía en la falta de previsión ante actos que puedan ocasionar daños a terceros y -que luego de un largo desarrollo normativo- fueron parte del ámbito de aplicación de la culpa aquiliana -no contractual- por ser especie de un *damnum iniuria* (lesiones corporales no intencionales y daños en las cosas intencionales y no intencionales distinta de la *iniuria* cuyo ámbito de aplicación eran las lesiones corporales intencionales; el procedimiento para juzgar las acciones, era para las primeras el privado y

²⁷ MOMMSEN, T.: *Derecho penal romano*, edit. La España Moderna, Madrid, 1905, pág. 60.

²⁸ Es interesante tener en cuenta que ya aquí el contenido normativo de la voluntad, de la voluntad antijurídica, es el *conocimiento*, un entendimiento del dolo muy cercano a la moderna dogmática y jurisprudencia. Sobre esta concepción normativa del dolo, revisar en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Atribuciones normativas en Derecho penal*, edit. Grijley, Lima, 2004, pág. 46 y ss., aquí, para la exposición de la moderna doctrina, se recurre a casos prácticos. Así, se cita la STS de 2 de julio de 1994, pág. 27 y 50; también, RAGUÉS I VALLÉS, R.: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1999; y, DÍAZ-ARANDA, E.: *Dolo*, edit. Porrúa, sexta ed. (primera 1999), México DF, 2007.

²⁹ MOMMSEN, T.: *Derecho penal romano...*, *ob. cit.*, pág. 61.

para las segundas el público). Hasta aquí, en el ámbito del Derecho romano se infiere que la culpa es un término técnico-jurídico que representa o significa para el ámbito del derecho los actos que sin ser queridos porque se actúa sin conocimiento -es decir originados por descuido o negligencia como estados psicológicos de la persona que actúa- a su vez, constituyen actos antijurídicos porque también provocan resultados prohibidos por el derecho.

En el Derecho natural de la edad media TOMÁS DE AQUINO entiende la imprudencia en dos sentidos: como privación y como contrariedad, descartando que la imprudencia deba ser entendida como negación: un simple carecer de prudencia³⁰. De este modo, el actuar o comportarse imprudente no es únicamente lo referido a lo ausente de prudencia, sino que existe algo más. Si se la entiende como privación, la imprudencia está referida a un carecer de prudencia por parte de quien podría y debería tenerla. En palabras del propio filósofo: es pecado la imprudencia, por la negligencia en estocarse (fijarse) para adquirir prudencia. Esto significa que hay responsabilidad por los hechos imprudentes porque el sujeto se auto-determina para actuar negligentemente rechazando los conocimientos de la situación previa que le llevarían a prever que su comportamiento provoca un resultado prohibido por el derecho. La imprudencia como contrariedad indica un comportamiento que se mueve y obra de un modo contrario a la prudencia. En palabras del propio filósofo: si la recta razón del prudente actúa aconsejando, en el imprudente desprecia el consejo, lo mismo habría que decir de los demás elementos que según la teología tomista están en la prudencia. La imprudencia como contrariedad *es pecado opuesto a la razón misma de prudencia*, por lo que obra imprudentemente quien se aparta de las reglas de la prudencia recta y virtuosa. Sobre la gravedad de la imprudencia: *si hay desviación de las reglas divinas, es pecado mortal*, así quien despreciando y rechazando los preceptos divinos obra con precipitación, es reo de pecado mortal. Si el comportamiento no infringe las reglas divinas, si se actúa al margen de esas reglas, sin despreciarlas y sin perjuicio en lo que

³⁰ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, edit. BAC, edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España de la Orden de Predicadores, cuarta ed., Madrid, 2001, II-II, cuestión 53, art. 1.

*es necesario para la salvación, es pecado venial*³¹. Este no es el momento de estudiar el contenido normativo de la imprudencia en la teología tomista, una propuesta que en general ha sido decisiva sobre lo que se ha entendido y se entiende de la imprudencia y de la culpa, lo haremos brevemente en los números 2 y 3 de este mismo apartado. Lo importante es resaltar que al igual que en el Derecho romano, pero ya con un desarrollo y análisis mucho más profundo y articulado que tiene como base la filosofía o más propiamente la teología cristiana occidental y su comprensión de los conceptos de voluntad y razón (entendimiento) como *potencias del alma*, se entiende que los comportamientos imprudentes son algo distinto de los comportamientos intencionales (los pecados queridos) y su centro o esencia está en su referencia a la prudencia como virtud. De este modo, la imputación jurídica por culpa se explica porque la persona se comportó de manera imprudente, de manera contraria a la prudencia. Es aquí, en donde se introduce una explicación psicológica de la imprudencia que hace surgir la imputación moral-jurídica por culpa³². De todo esto, se infiere que la culpa aquí es también un término técnico-jurídico referido a comportamientos que sin ser queridos constituyen actos antijurídicos (pecados) porque a su vez provocan resultados prohibidos por el derecho (divino y de gentes) y que tienen su explicación y contenido normativo en la imprudencia como privación o como contrariedad respecto de la prudencia.

En las sociedades modernas, ha sido el Derecho civil el encargado de normativizar y dotar de contenido a la culpa. En España los arts. 1103³³ y 1104

³¹ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica...*, *ob. cit.*, II-II, cuestión 53, art. 1.

³² No se puede afirmar que TOMÁS DE AQUINO sea el primero en proponer esta cuestión. Lo que se afirma aquí es que la tradición filosófica occidental desde SÓCRATES, PLATÓN Y ARISTÓTELES entre otros muchos, se ha ocupado ya antes de estas cuestiones, mas en el ámbito de la tradición de la Iglesia Católica, pensadores como AMBROSIO, AGUSTÍN, ANTONIO Y ORÍGENES también entre otros muchos, bebiendo del manantial de la filosofía griega y de algunos pensadores romanos, estructuraron una explicación de la acción, del comportamiento humano, que permite junto a la genialidad de TOMÁS DE AQUINO una sistematización y desarrollo de la doctrina del comportamiento muy importante para el pensamiento occidental. A mi juicio, uno de los aportes más significativos de la obra de este autor es, por un lado, la sistematización como forma de estructurar contenidos para explicar cuestiones o problemas y, por otro lado, entre otros muchos contenidos, la teoría del entendimiento y de la voluntad del que dependen muchos de los demás contenidos de la obra y por la que se ve afectada también la teoría de la prudencia-imprudencia.

³³ Los arts. 1101 y 1103 utilizan únicamente el término *negligencia* mientras que el art. 1104 la hace sinónimo de la culpa: “*art. 1101 Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados*

CC, son los que plantean la cuestión terminológica de la culpa como un problema (más o menos resuelto a este nivel)³⁴. A decir de la doctrina civilista, se puede afirmar que esta sí que los ha diferenciado con mucha claridad. La negligencia expresa un juicio psicológico y la culpa es concretamente un término técnico-jurídico. En el art. 1103 la negligencia debe ser entendida en su sentido subjetivo que junto al dolo explican la objetivación de la voluntad en el hecho concreto. En el art. 1104 I, la negligencia es simplemente la negación de la diligencia que exige el cumplimiento de la concreta obligación³⁵. La negligencia o culpa en el ámbito del Derecho civil es la infracción del deber de diligencia, como el dolo es mala fe, la negligencia o culpa es la infracción del deber de diligencia, sin mala fe o de buena fe, sin intención o voluntad de infringir el deber. Esto no significa que la buena fe esté agotada en la culpa, sino que la buena fe explicaría el resultado ilícito consecuencia de infringir el deber de diligencia y no la mala fe³⁶. Pero es en el art. 1902 CC en donde realmente se encuentra establecida la responsabilidad por culpa o negligencia³⁷. El Derecho civil afirma que este artículo regula la responsabilidad

los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”; “art. 1103 La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”; “art. 1104 La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

³⁴ El art. 1088 CC establece que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa” y el art. 1089 determina que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. En este sentido, la ley civil determina que las obligaciones que surjan por culpa o negligencia deberá exigirse su cumplimiento de conformidad con las reglas de la propia ley civil. Además, la ley distingue entre tipos de culpa (culpa civil y culpa penal) y literalmente reclama para sí el gobierno de las obligaciones según el art. 1093 “que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley” mismas que “quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro” y deriva el conocimiento y aplicación del art. 1092 de “las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas” las que “se regirán por las disposiciones del Código Penal”.

³⁵ BADOSA COLL, F.: «Comentarios al art. 1103 CC» en *Comentario del Código Civil*, t. II., dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., edit. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 38 y ss.

³⁶ BADOSA COLL, F.: «Comentarios al art. 1103...», *ob. cit.*, pág. 39.

³⁷ PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentarios al art. 1902 CC» en *Comentario del Código Civil*, t. II., dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., edit. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1971 y ss.

extracontractual, contenido que enlaza perfectamente con lo que habíamos afirmado antes respecto del Derecho romano. Se regula aquí, en el Código Civil, precisamente por la función normativa que se le ha asignado: compensatoria o resarcitoria³⁸ (y no preventivo-punitiva como en el ámbito del Derecho penal³⁹). Por otro lado, se ha afirmado con razón, que la evolución que tuvo en el Derecho civil de Roma y en los glosadores, dotó a la culpa de un contenido normativo en el ámbito jurídico-penal⁴⁰ explicable por los términos de imprudencia, negligencia, cuasidelito⁴¹, etc.⁴² En Italia, por el carácter específico y diferenciador respecto del dolo, es decir, la culpa como explicación del acto no intencional, se los denominó delitos involuntarios⁴³. Hoy esta terminología ha sido abandonada y el art. 43 del *Codice Penale*⁴⁴, define al delito culposo o sin intención, cuando el evento, aunque era de esperar, no es querido por el agente y se verifica a causa de la negligencia o

³⁸ Esto implica que la determinación de la responsabilidad por culpa o negligencia no se realiza en función de la gravedad de la conducta o la reprochabilidad del responsable sino en función del daño causado. Revisar la STS de la sala 2da., del 18 de octubre de 1979.

³⁹ Las STS del 28 de enero de 1983, de 26 de julio de 1985, de 20 de febrero de 1989, de 28 de abril de 1989, interpretan que la responsabilidad del art. 1902 obliga al establecimiento de una indemnización que tiene el carácter de reparación o compensación y no está referida a normas represivas o sancionadoras.

⁴⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la...», *ob. cit.*, pág. 45. Aquí se explica que la razón por la cual se prefiere el uso de los términos de imprudencia o negligencia está en que de la unicidad del origen lingüístico del término culpa han surgido ambigüedades y confusiones, por lo que la ley prefiere utilizar los referidos términos, expresiones estas que se han impuesto también en la doctrina.

⁴¹ NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito culposo...*, *ob. cit.*, pág. 13.

⁴² QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la...», *ob. cit.*, pág. 47. Hay que agregar que también han existido posturas que han reclamado la irresponsabilidad de la culpa en el ámbito penal. La premisa de la que parten es considerar la igualdad de contenido normativo de la culpa civil y la penal, por lo tanto, el tratamiento que de ella hace el CC es adecuado.

⁴³ FERRI, E.: *Principios de Derecho criminal*, trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J., edit. Reus, Madrid, 1953, pág. 588 y ss.

⁴⁴ Art. 43. *Elemento psicologico del reato.- Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre la intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.*

La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contra vvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico.

imprudencia o impericia o por la inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas. En Francia siempre fue acogida esta terminología. El art. 121-3 del Código penal francés⁴⁵, señala que habrá delito, cuando la ley lo prevea, en caso de imprudencia, de negligencia o de incumplimiento de una obligación de prudencia o de seguridad prevista por la ley o por el reglamento, si se prueba que el autor de los hechos no observó la normal diligencia, a la vista, en su caso, de la naturaleza de su misión o de sus funciones, de sus competencias, así como de las facultades y de los medios a su alcance. Sostiene un sector de la doctrina francesa que para describir la *faute* (falta en sentido amplio o culpa) el legislador francés ha utilizado las expresiones *maladresse*, *imprudence*, *negligence*, *inattention*. Sin embargo, en realidad lo que se incrimina en las infracciones de este tipo es la imprudencia o la negligencia⁴⁶. La culpa en la doctrina jurídico-penal francesa consiste en no prever las consecuencias dañosas del acto realizado o en no creer que pudieran producirse por no tomar las precauciones necesarias para impedir su producción⁴⁷. En Alemania, el art. 15 CP alemán realiza una concreta diferenciación entre la acción dolosa y la culposa acogiendo, en general la manifestación de la misma a través de la imprudencia. Se puede concluir que las preferencias denominativas responden a diferentes tradiciones⁴⁸: se adopta *culpa* en la literatura italiana (*colpa*) y *negligencia* e *imprudencia* como traducción de la *Fahrlässigkeit* alemana, aunque se afirma que parece más exacta la primera.

⁴⁵ Art. 121-3 (trad. por el PROF. DR. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.) *No hay crimen ni delito sin intención de cometerlo. Sin embargo, cuando la ley lo prevea, habrá delito en caso de puesta en peligro deliberada de la persona ajena. Asimismo, habrá delito, cuando la ley lo prevea, en caso de imprudencia, de negligencia o de incumplimiento de una obligación de prudencia o de seguridad prevista por la ley o por el reglamento, si se prueba que el autor de los hechos no observó la normal diligencia, a la vista, en su caso, de la naturaleza de su misión o de sus funciones, de sus competencias, así como de las facultades y de los medios a su alcance. En el caso previsto en el párrafo anterior, las personas físicas que no hayan causado directamente el daño, pero que hayan creado o contribuido a crear la situación que haya permitido su realización, o que no hayan adoptado las medidas que hubieran permitido evitarlo, serán responsables penalmente si se prueba que, o bien violaron de forma manifiestamente deliberada una obligación especial de prudencia o de seguridad prevista por la ley o por el reglamento, o bien incurrieron en culpa cualificada y que expuso a otro a un riesgo de especial gravedad que no podían ignorar. No hay falta en caso de fuerza mayor.*

⁴⁶ NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito culposo...*, ob. cit., pág. 15.

⁴⁷ MERLE, R., VITU, A.: *Traité de droit criminel*, edit. Cujas, Paris, 1967, pág. 450, citado por NÚÑEZ BARBERO, R.: «La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática», en *ADPCP*, t. XXVII, fasc. I, enero-abril 1974, pág. 66.

⁴⁸ ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal*, PG, edit. Ediar, segunda ed., Buenos Aires, 2002, pág. 550.

Sin embargo, como para algunos, dado que la cuestión terminológica no es determinante, se emplean en general como sinónimos culpa, negligencia e imprudencia. Opción que ha sido la escogida en general por la doctrina española⁴⁹. En las notas del Tratado de Derecho penal de MEZGER, RODRÍGUEZ MUÑOZ advierte que en España el tratamiento de la culpa en los Códigos penales, no ha sido el más adecuado⁵⁰. Comentando el art. 565 del CP vigente en la época⁵¹, artículo que tiene su origen en el art. 469 del CP de 1948⁵², nos señala que del texto de la ley (erróneamente redactado) se podría deducir que el delito culposo es: a) un delito propio y, b) no es una conducta delictiva. Con autoridad señala que el delito culposo no es un delito propio y la conducta culposa es una conducta delictiva por ser la culpa junto al dolo una de las formas que permiten construir la imputación jurídico-penal. Señala que la estructura de la culpa del Código de 1822⁵³, que recoge la idea de la culpa como cuasidelito, es preferible a lo que hizo el legislador en 1848.

⁴⁹ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, edit. Reppertor, novena ed., Barcelona, 2011, pág. 292, porque incluso quienes podrían mostrar preferencia por el término de culpa, terminan utilizando indistintamente culpa o imprudencia. A lo largo del trabajo se comprobará como la doctrina española ha preferido este término: el de imprudencia al de culpa.

⁵⁰ MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, PG, t. II., edit. Revista de Derecho Privado, trad. segunda ed. alemana 1933 por RODRÍGUEZ MUÑOZ, J., puesta al día por QUINTANO RIPOLLÉS, A., Madrid, 1957, pág. 185.

⁵¹ Art. 565 CP 1948, *“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor. // Al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor. // En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales según su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 61. // Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estimen conveniente. // Toda infracción sancionada en este artículo cometida con vehículos de motor llevará aparejada la privación del permiso para conducirlos por tiempo de uno a cinco años. Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, pudiéndose aumentar dichas penas en uno o dos grados, según los casos, a juicio del Tribunal, cuando los daños causados fuesen de extrema gravedad, teniendo en este caso carácter definitivo la retirada del permiso de conducción. En ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que corresponderla al mismo delito cometido intencionalmente.”*

⁵² *“Art. 469. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho, que, si mediase malicia, constituiría un delito grave será castigado con la prisión correccional; y con el arresto mayor de uno á tres meses, si constituyera un delito menos grave. // Estas mismas penas se impondrán respectivamente al que con infracción de los reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia ó negligencia. // En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse á las reglas prescritas en el art. 74.”*

⁵³ *“ARTÍCULO PRIMERO. Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace ú omite lo que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y*

Finalmente, y regresando a la concreta cuestión de este apartado, referida a la diferenciación terminológica entre imprudencia, negligencia y culpa, porque a los efectos de nuestra investigación es lo que nos interesa. Señalaremos que la negligencia expresa un juicio psicológico y la culpa es concretamente un término técnico-jurídico. El acto que se califica técnico-jurídicamente como culposo, es así porque el sujeto ha actuado con negligencia, imprudencia, impericia, etc. (según la ley lo defina). Al afirmar que alguien actúa con negligencia lo que se hace es comunicar una opinión (dotar de sentido y significado social) sobre la actuación del sujeto, de la persona, actuación que ha sido descuidada. En un sentido lato la negligencia es falta de diligencia o cuidado, la impericia falta de pericia y la imprudencia falta de prudencia. La negligencia, la impericia y la imprudencia son todos juicios psicológicos-normativizados que se hacen del sujeto o persona que actúa. O mejor, son formas subjetivas que explican la objetivación obrada por el sujeto en el acto. La impericia, negligencia o imprudencia del sujeto explica el acto y el resultado de ese acto, por tal razón se puede afirmar técnico-jurídicamente que ese acto es culposo y en ese sentido debe imputársele una responsabilidad.

Por esto, resulta extraño que el Código Civil y también el Código Penal utilice como sinónimos de la culpa el término negligencia (ley civil y penal) y el término imprudencia (la ley penal) porque la negligencia y la imprudencia constituyen una manifestación de la culpa. El Código penal español va un poco más allá porque los arts. 5 y 10 establecen como categoría conceptual -para describir los comportamientos culposos- directamente a la imprudencia. Lo propio y correcto sería desechar la utilización de estos términos de la Parte General (su utilización en la Parte Especial, considero que es necesaria porque esclarece según el significado social de la acción, su naturaleza, así, por ejemplo, cuando se trate de un comportamiento falto de pericia, se deberá imputar culposamente por impericia, etc.) porque la imprudencia, negligencia, impericia, etc., son actitudes o más propiamente modos que caracterizan el obrar culposo. Ante la imposibilidad de esta opción, la doctrina tanto en el

malicia, mientras que el infractor no pruebe ó no resulte claramente lo contrario. ART. 2º Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar."

ámbito civil como en el penal, lo que ha hecho es trasladar el contenido del concepto técnico-jurídico culpa al de negligencia o imprudencia para de este modo aplicar adecuadamente la teoría sobre los actos culposos en cada materia. Explicado de otro modo, lo que ha hecho la doctrina es (sin manifestarlo expresamente) interpretar que la imprudencia y la negligencia son también términos técnico-jurídicos, porque así la ley lo ha dispuesto y en este sentido equivalentes al de culpa. Nosotros acogemos esta asimilación e identificación conceptual luego de las reservas planteadas, razón por la que hemos decidido denominar esta primera parte de la investigación utilizando la partícula “o” como conjunción de equivalencia (significando “o sea, o lo que es lo mismo”), junto con la preposición “por” que expresa causa, para denotar la equivalencia de ambas expresiones, pudiendo utilizarse de manera indistinta blanqueo culposo o blanqueo por imprudencia grave. Una vez alcanzado este resultado, nos introduciremos en el contenido de la culpa o de la imprudencia empezando por explicar lo que de ella se afirma en el CP.

2. IMPRUDENCIA JURÍDICA: CP 1995

La ley penal no define qué se debe entender por imprudencia. Sin embargo, el art. 10 CP determina que las acciones y omisiones penadas por la ley son delitos⁵⁴ y como el art. 5 CP establece que no hay pena sin dolo o imprudencia; se puede concluir que existirá la culpabilidad estando presentes los demás elementos del delito, siempre que se verifique la existencia de dolo o imprudencia⁵⁵. El texto del art. 5 CP deja entrever que estas dos categorías se encuentran ubicadas en el mismo nivel o escalón jurídico (y del sistema) y, por consiguiente, la concurrencia de uno de los dos estando presente los demás elementos del delito, hará posible la punición. La conjunción disyuntiva “o”,

⁵⁴ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 292.

⁵⁵ Sobre la cuestión de por qué se requiere el tipo subjetivo, importante BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Problemas actuales del dolo», en *Homenaje al PROF. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.*, coord. ALONSO ÁLAMO, M., edit. Civitas, Madrid, 2005, pág. 63. En el caso del dolo: la pena es una medida de tanta importancia que sólo se justifica si el autor ha tenido alguna participación personal en el hecho punible.

nos hace comprender que todo aquello que se impute por imprudencia, necesariamente no es imputable por dolo, el dolo y la imprudencia se excluyen mutuamente⁵⁶. La famosa frase de MEZGER lo corrobora: la culpa no es dolo, pero siempre culpabilidad. Sin embargo, hay que matizar que, en el sistema de este autor, el dolo y la culpa eran categorías de la culpabilidad por lo que hoy su frase sería corregida por la culpa no es dolo, pero siempre imputación subjetiva⁵⁷. Esto no quiere decir que la falta de dolo haga surgir de manera automática la imprudencia, esta deberá ser probada⁵⁸. Los tipos imprudentes no pueden ser utilizados como tipos de recogida aplicables a situaciones probatorias inciertas, sino que sus requisitos deben ser comprobados de manera inequívoca si es que se quiere conseguir una imputación jurídico-penal eficiente y capaz para lograr la imposición de una pena, respetando las restricciones que el Derecho ha establecido para la limitación de la libertad de organización⁵⁹. Los intérpretes están por tanto obligados a construir adecuadamente la imputación. Es decir, cumpliendo las reglas de imputación porque de lo contrario se estaría actuando de manera arbitraria y los jueces no están autorizados para actuar de manera arbitraria. La imprudencia no es la forma de imputación que no alcanza al grado doloso⁶⁰, la imprudencia es cosa distinta que el dolo⁶¹. A pesar de encontrarse la imprudencia en el mismo nivel

⁵⁶ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 606; en un sentido similar, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la doctrina...», *ob. cit.*, pág. 45. La culpa ostenta una naturaleza negativa y subsidiaria respecto al dolo, por lo tanto, afirma este autor que cuando una acción es culposa no es dolosa ni fortuita.

⁵⁷ MEZGER, E.: *Derecho penal*, Libro de Estudio, PG, trad. Núñez, R., Ed. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pág. 256.

⁵⁸ Así lo afirma MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de Derecho español por, CÓRDOBA RODA, J., edit. Ariel, Barcelona, 1962, pág. 216, en los casos en que se constate la característica del tipo doloso, no habrá lugar para el juicio de culpabilidad por imprudencia; también, WESSELS, J.: *Derecho penal*, PG, trad. FINZI, C., sexta ed. alemana 1976, edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 193.

⁵⁹ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 606.

⁶⁰ VON BELING, E.: *Esquema de Derecho penal*, edit. El Foro, trad. SOLER, S., de la décimo primera ed. 1930, Buenos Aires, 2002, pág. 125. Esta idea estaba expuesta por BELING del siguiente modo: negligencia es la culpabilidad que no alcanza al grado doloso de la culpabilidad, ello es, aquella reprobabilidad jurídica del querer que queda prescindiéndose del dolo. Aquí se entiende a la imprudencia como un *minus*, nosotros la entendemos como *aliud*; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal*, PG, Teoría Jurídica del Delito, t. I., edit. Rafael Castellanos, segunda ed., Madrid, 1986, pág. 597.

⁶¹ También, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal*, PG, edit. Tirant lo Blanch, quinta ed., Valencia, 1999, pág. 634; en sentido diferente, SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.:

que el dolo, ciertamente, a la conducta imprudente se le asigna un desvalor menor respecto que su par doloso, lo corrobora esto el hecho de que la penalidad siempre es menor⁶². La razón estriba en que precisamente, la imprudencia no es una forma atenuada del dolo, sino que es algo diverso a este⁶³. Esta constatación constituye el indicio del que partimos para desarrollar nuestra postura. Finalmente, señalar que la imprudencia tan sólo será punible cuando el texto de la ley lo afirme⁶⁴. Merece la pena comentar que el actual CP abandonó el sistema de *numerus apertus* para la punición de la imprudencia y estableció el sistema de *numerus clausus*⁶⁵, un sistema de tipificación cerrada y excepcional. Únicamente cuando el tipo penal de la Parte Especial así lo determine, se entenderá punible la conducta por imprudencia de conformidad al art. 12 CP⁶⁶. En este sentido, la doctrina ha asegurado que la constatación de

Dolo e imprudencia en el Código penal español, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 158, para quien la diferencia entre estas categorías es la gravedad. Estamos ante una misma categoría, diferenciadas por la gravedad. Esto debe ser rechazado, porque como se demostrará en las posteriores páginas, dolo e imprudencia son categorías distintas, conceptos contrapuestos. La una es lo que la otra no es.

⁶² STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal*, PG, trad. CANCIO MELIÁ, M., SANCINETTI, M., edit. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 418; el fundamento de este tratamiento diferenciado se encuentra en la aplicación del principio de responsabilidad subjetiva, así lo afirma SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: *Dolo e imprudencia...*, *ob. cit.*, pág. 157, para esta autora, este principio no se agota en la exigencia de dolo o imprudencia en relación con los elementos del delito, sino que implica la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y el grado de desvalor subjetivo de la acción y en consecuencia, el diferenciado tratamiento punitivo cuando la imputación sea por dolo o por imprudencia.

⁶³ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 606.

⁶⁴ Por todos, MEZGER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 256, como regla general, la culpa es punible solamente si la ley la conmina con pena; en el mismo sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1958, pág. 377; así también, WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho penal*, edit. B de F, trad. CEREZO MIR, J., Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 112; WESSELS, J.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 194; también, JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 610; ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 996; JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 381.

⁶⁵ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 292. El anterior CP tenía previsto un sistema abierto según los arts. 565, 586 *bis* y 600, y en este sentido, permitían una punición general de la imprudencia; en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 636.

⁶⁶ En general, esta situación no cambia en lo material el tratamiento respecto del análisis dogmático de los tipos que sí permitan la imputación por imprudencia. La nueva regulación limita la imprudencia a los tipos que lo permitan, nada más. Es una opción del legislador, que en principio no repercute sobre el contenido material de los tipos. Sobre este asunto, en el ámbito de la autoría, PÉREZ MANZANO, M.: *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 78.

la realidad jurídica nos conduce a la afirmación de que la ley penal castigará con una pena a quien se comporte de manera imprudente⁶⁷.

En el discurso normativo (de la dogmática tradicional hasta ahora utilizado) del delito imprudente, no constituye elemento determinante la producción del resultado prohibido, sino el incumplimiento e inobservancia de las concretas reglas de cuidado que estaba obligado a cumplir y observar el sujeto imprudente; cuya infracción es la razón por la que se produjo el resultado prohibido⁶⁸. La ley prohibiría actuar sin observar y cumplir en un determinado contexto y en función de aquel, unas normas de cuidado. Veremos si esto realmente constituye la esencia del tipo imprudente. Explicaremos desde una concreta posición, qué es la imprudencia y cómo esta concreta forma de entender la imprudencia soluciona de mejor manera los casos que la jurisprudencia ha dicho son blanqueo imprudente, en algunos supuestos se llega a la misma conclusión pero por distintos caminos, es decir, a la existencia del delito y en otros, se desecha esta posibilidad (revisar la segunda parte de esta investigación, en la que a partir de la delimitación entre los ámbitos de aplicación entre los arts. 298 y 301 CP se descarta que el comportamiento del mulero o *phisher mule* sea blanqueo imprudente, contrariamente a lo que sostiene la doctrina y la jurisprudencia).

3. EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO IMPRUDENTE Y LA APLICACIÓN DEL ART. 301.3 CP: INNECESARIEDAD DE UN DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

El fundamento de todo hecho punible es una conducta socialmente (jurídico-penalmente) relevante⁶⁹. Al igual que en el delito doloso, el delito imprudente presenta dos aspectos: a) lo ilícito: la infracción del orden jurídico;

⁶⁷ Esto de conformidad al art. 10 CP que determina: son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.

⁶⁸ Esta idea -a este nivel no desarrollada aún-, que constituye uno de los pilares de la moderna teoría de la imprudencia, es contraria a la construcción que hiciera VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, edit. Valleta, Buenos Aires, 2007, pág. 422, de la culpa. Para este autor la relación entre culpabilidad y resultado es esencial para el concepto de culpa.

⁶⁹ WESSELS, J.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 191.

y, b) la responsabilidad: la reprochabilidad como fundamento de la sanción penal del autor de lo ilícito⁷⁰. En este trabajo analizaremos específicamente la cuestión de lo ilícito. El delito culposo consiste y se agota en la producción de un resultado prohibido⁷¹. Se ha sostenido que los tipos imprudentes no constituyen criminalización concreta de acciones. Las acciones imprudentes se prohíben en la medida en que el resultado prohibido se produce cuando el actor, el sujeto activo del delito imprudente, produce el resultado a partir de una concreta forma de actuar. Ese resultado debe corresponderse con un riesgo jurídicamente desaprobado, y no desaprobado en general por el derecho, sino desaprobado por la norma concreta. El riesgo debe ser aquel que la norma procura, en definitiva, evitar. Los tipos imprudentes exigirán la concurrencia tanto del desvalor de la acción como del desvalor del resultado. La construcción moderna del delito imprudente expresa la necesidad de una valoración normativa del riesgo creado y de la imputación objetiva del resultado⁷². Lo importante será determinar cuándo un comportamiento imprudente es objetivamente imputable a partir de la superación del riesgo permitido y su correlativa realización en el resultado prohibido por la norma penal⁷³.

Con esto no se quiere afirmar que el delito imprudente constituya una concreta infracción (u omisión) del deber de cuidado, por cuanto en sí no existe un concreto deber de cuidado. Lo que sí se afirma es que el sujeto destinatario de la norma de determinación no debe realizar comportamientos que superen el riesgo permitido y de este modo, evitar que esta superación del riesgo se concrete en un resultado prohibido. No se trata de que el sujeto actúe con cuidado, sino que omita (obvie) el comportamiento descuidado e imprudente en el mismo sentido que se le exige respecto de los comportamientos dolosos⁷⁴. En esta construcción, los presupuestos de la imputación y de la infracción del

⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual de Derecho Penal*, edit. Temis, Bogotá, 1996, pág. 212.

⁷¹ MAURACH, R.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 226.

⁷² BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios...*, *ob. cit.*, pág. 244.

⁷³ JAKOBS, G.: «El delito imprudente (1974)» en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, trad. y Estudio Preliminar por PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997, *ob. cit.*, pág. 171.

⁷⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 284.

deber de cuidado son semejantes⁷⁵. A este nivel del examen de la imputación objetiva no existen diferencias entre el delito doloso y el delito imprudente⁷⁶. Porque el tipo objetivo requerirá siempre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, concretado en el resultado prohibido y que resulte objetivamente

⁷⁵ La causalidad no es más que un indicio de una arrogación incorrecta de otro ámbito de organización (revisar esto en JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, M., BAE, edit. Grijley, Lima, 1998, pág. 9, para quien, la causalidad por sí sola no significa nada, incluso en supuestos de causalidad generada de modo doloso. Un comportamiento tan sólo tiene un significado en la medida en que vincula a quien lo realiza; en un sentido similar, KINDHÄUSER, U.: «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», en *ADPCP*, vol. LIX, 2006, pág. 65, así el cometido de la imputación objetiva sería dejar fuera del ámbito de la responsabilidad los cursos causales irrelevantes; MÜSSIG, B.: «Aspectos teórico-jurídicos y teóricos-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», en *ADPCP*, vol. LIX, 2006, pág. 96 y ss.; HILGENDORF, E.: «Relación de causalidad e imputación objetiva a través de ejemplo de la responsabilidad penal por el producto», en *ADPCP*, vol. LV, 2002, pág. 93 y ss., aquí a partir de una crítica a la muy común definición de imputación objetiva como creación de un riesgo típicamente relevante realizado en el resultado concreto, se elabora una definición más acotada; revisar también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, edit. Reus, Madrid, 2007, pág. 63). Como bien apunta la doctrina (entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas con la imputación objetiva, la participación y el Derecho penal de la culpabilidad», en *ADPCP*, vol. LXVI, 2013, pág. 36. El mismo autor en «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en LH al PROF. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 97, manifiesta acertadamente que la teoría de la imputación objetiva supone una clarificación y, con ello, un avance en la comprensión del tipo objetivo, dando a cada uno lo suyo: lo que en el tipo objetivo es ontológico –la causalidad– debe decidirse, consecuentemente, también con consideraciones a-valorativas, a saber: con la teoría de la condición; y lo que es valorativo debe decidirse con criterios de carácter normativo, a saber: con la teoría de la imputación objetiva) el apareamiento de la (teoría de la) imputación objetiva trajo consigo la constatación de que el tipo objetivo ya no se compone únicamente de una relación de causalidad entre la acción y el resultado sino que es preciso determinar si cuando esa causalidad concurre, la lesión del bien o interés jurídico le es imputable objetivamente o no al causante de la misma.

⁷⁶ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 1000; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios...*, *ob. cit.*, pág. 246-247; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal*, PG, edit. Hammurabi, segunda ed., Buenos Aires, 1999, pág. 342; JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 223 y ss., 343; PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia...*, *ob. cit.*, pág. 134; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas con la imputación objetiva...», *ob. cit.*, pág. 36 y *passim*, aunque este autor no lo diga de manera expresa, se deduce de la argumentación; en contra, MIR PUIG, S.: «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *ADPCP*, t. XLI, fasc. III, septiembre-diciembre de 1988, pág. 677; también, GÖSSEL, K.: «Viejos y nuevos caminos...», *ob. cit.*, pág. 100. Es interesante esta última postura porque introduce la evitabilidad en el tipo objetivo, lo hace porque previamente ha diferenciado entre una evitabilidad general y una evitabilidad personal. El problema aquí es el mismo de la tradicional estructura del delito culposo, y consiste en que la evitabilidad general que se incluye en el tipo objetivo, y que sustituye el concepto de deber de cuidado, haría dos tipos diferentes uno doloso y otro culposo, caracterizado este último por la existencia de una *norma complementaria y especial* referida a un *comportamiento cuidadoso*, y aunque se diga lo contrario, a fin de cuentas, no se diferencia en nada de aquella teoría. Interesante si es resaltar que se acepta un concepto de evitabilidad individual, no ubicado en el tipo subjetivo sino en la culpabilidad.

imputable al autor⁷⁷. Por tanto, no es la infracción de un indeterminado *ex ante* mas si determinable *ex post* deber objetivo de cuidado por lo que se imputa una responsabilidad jurídico-penal a una persona, se imputa porque su comportamiento ha creado o sobrepasado los límites de los riesgos jurídico-penales permitidos en el catálogo de prohibiciones del CP. Luego se debe indagar si esa objetivación o realización del tipo objetivo responde a una subjetivación *vía* dolo o *vía* imprudencia. Si se acepta que en los hechos imprudentes la posición de garante se constituye desde el instante en que el

⁷⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Resultado lesivo e imprudencia*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 35 y ss., 51 y ss., 68 y ss., 88 y ss., 236. En este trabajo, se deja constancia y se concluye que luego de las aportaciones de ENGISCH Y WELZEL, la Ciencia del Derecho penal (doctrina y práctica jurisprudencial) ha aceptado una estructura formal del delito imprudente que debe ser entendida como una solución pragmática a problemas reales. Esta estructura del tipo imprudente ha sido desarrollada fundamentalmente de la mano de la teoría de la imputación objetiva y en este sentido, se corrobora que, por ejemplo, a ROXIN *no le importa tanto qué es la imprudencia, sino cómo se imputa la realización de un tipo penal a título de imprudencia*. Ahora, lo cuestionable es que a pesar de todo el interesante y minucioso desarrollo y exposición de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito del delito imprudente (pág. 151 y ss.), y la consideración de que *la subsunción del hecho en el tipo objetivo no es suficiente para imputarle ese hecho a una persona como obra suya... (sino que,) es preciso que ese tipo o ese elemento objetivo suponga la objetivación de una decisión previa... una objetivación de su voluntad...* (lo que sigue es lo controvertido, sobre todo si se analiza que FEIJÓO SÁNCHEZ realiza una impresionante exposición del desarrollo del tipo imprudente y de la imputación objetiva, y aun así, él hace depender toda la construcción del tipo imprudente, de la (aparente) contrariedad entre la conducta y la norma de cuidado) así, la objetivación de la voluntad debe explicarse como *una decisión contraria a una norma de cuidado*. Como veremos en nuestra investigación, esto no es correcto, porque en el ámbito del tipo objetivo no hay diferencia alguna entre tipo doloso y tipo imprudente, y los tipos imprudentes no están menos determinados que los dolosos, o mejor a nadie se le ha ocurrido pedir una determinación tal de los riesgos de un tipo doloso, porque esto es simplemente absurdo, entonces lo mismo hay que decir del tipo imprudente. A partir de aquí, ya no podemos estar de acuerdo con este autor, las razones se encuentran en el apartado del que es parte esta nota. Aunque hay que reconocer que los resultados a los que se llega son parecidos, porque para FEIJÓO SÁNCHEZ, el presupuesto de la norma de cuidado debe ser sustituido por el criterio del riesgo, por la imputación objetiva. En efecto, en la pág. 337, el autor concluye que *el criterio básico de imputación de resultado en el delito imprudente es el del fin de protección de la norma de cuidado, entendido éste como la exigencia de que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo creado mediante la infracción de la norma de cuidado y no de otro riesgo*. Sin embargo, cuando se afirma que el criterio del fin de protección de la norma de cuidado, solo adquiere relevancia si se ha realizado una previa determinación de la concreta norma de cuidado (el riesgo permitido como criterio para la determinación del deber de cuidado, revisar pág. 267 y ss., y revisar el epígrafe sobre la *especial referencia al principio de confianza como criterio de determinación del deber de cuidado* pág. 318), entonces, podemos afirmar sin duda que la conclusión a la que llega FEIJÓO SÁNCHEZ, reviste la forma retórica de la paradoja, porque si la tesis consiste en que se imputará por imprudencia si se actúa de manera contraria a la norma de cuidado, y la norma de cuidado se determina en función de la superación del riesgo permitido, entonces, ¿para qué o por qué, hacer depender teóricamente la imputación jurídico-penal por imprudencia de una norma de cuidado no determinada, si el paso posterior lógico y correcto sería la concreta superación del riesgo permitido? Esta cuestión será respondida en el desarrollo del apartado al que pertenece esta nota.

sujeto crea un riesgo y, en este sentido, el deber de cuidado impele al sujeto a actuar dentro de los límites del riesgo permitido o a no realizar con su actuación un riesgo jurídicamente desaprobado, estaríamos construyendo una punibilidad de la imprudencia sin límites y contornos. En los delitos imprudentes debe estar presente la concreta obligación de evitar que el resultado se produzca. Es necesario que el autor se encuentre en una situación de la que derive necesariamente el concreto deber de evitar el resultado prohibido, se debe estar en posición de garante, lo mismo que en los delitos dolosos⁷⁸. Es cierto que en la estructura del delito doloso es posible distinguir entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, y conveniente por tanto diferenciar entre tipicidad objetiva y subjetiva; esto porque en el delito doloso se conjuga conocimiento de la acción junto con el de sus consecuencias, lo que tradicionalmente se expresaba señalando que coincide el querer del autor y el resultado. Sin embargo, el delito imprudente estaría caracterizado por la falta de congruencia entre la parte objetiva y subjetiva del tipo⁷⁹. El contenido de injusto consiste sobre todo en el desvalor de la acción. El desvalor del resultado tiene una significación restrictiva y delimitadora al destacar entre las conductas que no superan el riesgo permitido de aquellas que tienen relevancia para el Derecho penal⁸⁰. En el delito culposo estas distinciones existen, mas no son necesarias⁸¹, porque se admite la innecesariedad de la subjetividad del autor para construir el tipo (culpa inconsciente/culpa no previsible, revisar Capítulo I, números 5 y 5.1) y el reproche. Además, su diferenciación no tiene repercusión práctica. Es más, la diferencia entre dolo e imprudencia reside en el tipo subjetivo. En los hechos dolosos la finalidad de la acción se dirige al resultado típico y constituye el dolo; la finalidad en los hechos imprudentes se

⁷⁸ La misma argumentación respecto de los delitos comisivos y también los de omisión en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.: *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera ed. 1995, primera reimpresión 1997, pág. 55 y ss.

⁷⁹ MAURACH, R.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 226.

⁸⁰ WELZEL, H.: *El nuevo sistema...*, *ob. cit.*, pág. 112. Aquí WELZEL habla de deber de cuidado y no de riesgo permitido, sin embargo, su observación es plenamente válida con la concreción.

⁸¹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 212; en el mismo sentido, STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 418 y ss.

refiere a un resultado determinado pero que es indiferente para el Derecho penal⁸².

Con lo dicho hasta aquí no se ha establecido cuáles son los requisitos o cuáles son los elementos necesarios a fin de alcanzar la tipicidad objetiva en el tipo imprudente. A continuación, dilucidaremos esta cuestión.

Aunque se ha sostenido que el núcleo de la tipicidad objetiva en el delito imprudente es la infracción del deber de cuidado⁸³, esto no es (del todo) cierto⁸⁴. Al sujeto no se le reprocha un no cumplir *per se* con un deber de cuidado, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo imprudente⁸⁵. Si el tipo imprudente es de lesión, además, el resultado deberá ser objetivamente imputable a la acción⁸⁶. Porque los presupuestos de la imputación objetiva son reconducibles a los de la infracción del deber de cuidado⁸⁷. Esto nos conduce a afirmar que para verificar si estamos ante un tipo imprudente no se requiere sino contrastar la conducta bajo los criterios de la imputación objetiva⁸⁸. Sin

⁸² MAURACH, R.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 217. Esta solución constituye el punto de quiebre de la interpretación del delito imprudente por parte del finalismo.

⁸³ De otra opinión, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 292, para este autor, en la última edición de su manual, sigue siendo el núcleo del delito imprudente la infracción del deber de cuidado; en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 634.

⁸⁴ Por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 213.

⁸⁵ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 1000; JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 384 y ss.

⁸⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 213; en sentido similar, JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 608-609, sostienen que el tipo de injusto del delito imprudente se determina en tres niveles: a) por medio de la reconocibilidad del peligro de realización del tipo; b) de la actuación que en atención a dicho peligro no observa el cuidado objetivamente debido; y, c) en los supuestos de resultado, que el mismo sea consecuencia de la infracción del deber de cuidado.

⁸⁷ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 1000.

⁸⁸ Es interesante que a pesar de que esta idea ha estado rondando en la doctrina, la dependencia de lo injusto del delito imprudente en la infracción del deber objetivo de cuidado, obligaba a concluir de manera independiente a los propios presupuestos. Un ejemplo de esta cuestión se encuentra en el trabajo de ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo», en *ADPCP*, t. XXXVII, fasc. II, mayo-agosto de 1984, pág. 321 y ss., en el que a pesar de que se sostiene que el *modelo del delito culposo no difiere sustancialmente del correspondiente al delito doloso... pues ambos constituyen acciones típicamente antijurídicas y culpables*, en las que por tanto deben seguirse las mismas reglas de imputación, no se entiende porque se concluye que *actuara culposamente el que omite la diligencia debida*. Claro que se entiende el por qué: la definición del delito imprudente a partir del entendimiento del mismo como omisión de la

embargo, en nuestra opinión, esta constatación no implica desechar el desarrollo que la doctrina y jurisprudencia, han logrado del deber objetivo de cuidado⁸⁹. Puesto que para la determinación y concreción de la creación de un peligro no permitido será de mucha utilidad establecer los contornos del deber⁹⁰. Lo importante es observar que este deber no fundamenta una diferenciación en el tipo objetivo imprudente respecto del tipo objetivo doloso sino una diferenciación en el tipo subjetivo. Porque el deber que infringió el autor es el de conocer y así evitar producir el riesgo prohibido que su comportamiento generó o desencadenó. Su comportamiento típico objetivamente se explica como uno falto de previsión porque se infringió el deber de conocer y así evitar individualmente el comportamiento típico.

Cuando se hace depender lo injusto del delito imprudente en el deber objetivo de cuidado se señala que como la ley no define para cada caso en qué consiste el deber objetivo de cuidado, se debe concretar en función del comportamiento típico de cada supuesto. Por lo que, los tipos imprudentes serían tipos abiertos que necesitan ser completados⁹¹ por medio de valoraciones judiciales⁹². Una vez concretado el deber objetivo de cuidado, se deberá comparar entre este y la acción desplegada por el sujeto⁹³. Se concluye que, si el comportamiento del sujeto es consecuencia de la no observancia del deber objetivo de cuidado, estamos ante un delito imprudente. Para nosotros, los tipos

diligencia debida, *-pre-* condiciona la conclusión a pesar de que la premisa excluye ese entendimiento.

⁸⁹ TORIO LÓPEZ, A.: «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», en *ADPCP*, t. XXVII, fasc. I, enero-abril de 1974, pág. 26 y ss. Aquí se pone de manifiesto que, en efecto, la determinación y constatación de la infracción del deber objetivo de cuidado no supuso una comprensión teórica que mejoró el entendimiento del delito imprudente, sino que tuvo repercusiones prácticas importantes. Por cuanto para la doctrina y jurisprudencia tradicional de ese entonces, la presencia del elemento objetivo del delito culposo: la producción del resultado típico, y del elemento subjetivo: la previsibilidad y evitabilidad individual, agotaban los presupuestos de punibilidad en el delito imprudente. De este modo, la constatación de la concreta infracción del deber objetivo de cuidado introdujo en el delito culposo una nota restrictiva de la responsabilidad. Sin su concurrencia, la acción causal del resultado queda al margen de la imputación jurídico-penal.

⁹⁰ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 1000.

⁹¹ WELZEL, H.: *El nuevo sistema...*, *ob. cit.*, pág. 113.

⁹² JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 607.

⁹³ WELZEL, H.: *El nuevo sistema...*, *ob. cit.*, pág. 113; en el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 213.

de los delitos imprudentes no son tipos abiertos y no sólo eso, sino que además se constata que no están menos determinados que los tipos dolosos⁹⁴. Ante la amplia posibilidad de supuestos a través de los cuales se podría realizar el resultado prohibido en los delitos dolosos, a nadie se le ocurre determinarlos uno por uno en un catálogo *ad infinitum* de riesgos prohibidos. El autor en el delito doloso y en el delito imprudente, debe deducir la prohibición del comportamiento causante del resultado prohibido, a partir de la prohibición de causar. Deberá actuar u omitir de conformidad con lo determinado en la norma y no a lo determinado por el juez.

La crítica que algún autor hiciera del delito de blanqueo de capitales culposo sobre que se trata de una configuración ajena al vigente modelo de *crimina culposa* es poco plausible porque no tiene asidero dogmático, a menos que se sostenga la necesidad de determinar de manera específica para todos los tipos penales un concreto deber de cuidado de quien tiene la obligación de respetar la norma de determinación⁹⁵. Esto obviamente constituye una exigencia material imposible de cumplir tanto para los delitos dolosos como para los culposos y, además, es incompatible con la propuesta que aquí se maneja, porque nosotros partimos de la innecesariedad de un concreto deber objetivo de cuidado a determinar *ex post*, lo que conduce a afirmar que el tipo objetivo tanto en los delitos dolosos como en los culposos es el mismo. Tal y como afirma la sentencia 1034/2005, también se ha criticado al tipo de blanqueo imprudente en el sentido de que el blanqueo es esencialmente un delito doloso que incluso exige un determinado elemento subjetivo del tipo (conocimiento de la ilícita procedencia del bien) y que en determinados supuestos requiere también una concreta finalidad (ayudar, ocultar, etc.) por lo que la configuración imprudente genera dudas⁹⁶. Pero esto no es lo importante. Si la dificultad estriba en que, para configurar un comportamiento, por la naturaleza del mismo, se debe entender implícito un conocimiento (dolo), esto

⁹⁴ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 388.

⁹⁵ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 589; también, FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 1 y 8.

⁹⁶ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 590; FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 8 y ss.

no debe repercutir en lo que se afirma de la culpa. Esta es una cuestión ajena a la forma de incriminación. En otras palabras, si la subjetividad que objetiviza un determinado comportamiento es únicamente explicable a través del dolo, no queda duda que no cabe la imprudencia; pero eso no significa que es necesario determinar con exactitud el comportamiento imprudente típico diferenciado del comportamiento doloso típico. El comportamiento en los supuestos en los que cabe una explicación de la objetivación a través de la subjetivación dolo-imprudencia es el mismo y no debe determinarse más allá de lo que se exige para determinar los supuestos dolosos.

Un argumento adicional. Sin admitir nosotros una naturaleza diferenciada entre dolo y culpa en función de la gravedad sino por lo distinto de su naturaleza (tipo subjetivo) de la que deriva la pena. Se puede señalar que si para el dolo se exige una determinación x de los comportamientos. La determinación de los comportamientos por imprudencia por lo menos no debe exceder ese límite. Es decir, no debe ser superior a x . Por lo que es incorrecta la mención de la jurisprudencia y la doctrina que entiende que es este el problema del art. 301.3 CP cuando sostiene que “*el legislador no crea un tipo distinto en el que se describan las correspondientes conductas basadas en la infracción del deber de diligencia*”, sino que se remite al tipo objetivo de las figuras dolosas, *perjudicando gravemente su autonomía*⁹⁷. Nosotros rechazando esta interpretación sostenemos que el problema no está en la forma de redacción del art. 301.3 CP. Es preciso aclarar que no somos ingenuos. Manifestamos que el texto legal podría ser mejorado. Sin embargo, el problema y la solución están: a) en la interpretación del tipo imprudente y sus criterios de imputación⁹⁸; y, b) en la interpretación de los elementos del tipo penal del art. 301 CP, y no en su actual redacción. Sería preferible para algunos autores y jueces, que en el ámbito del art. 301 CP el legislador hubiese afirmado: para

⁹⁷ FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 8, quien elabora su discurso citando las STS 28/2010 de 28 de enero y 483/2007 de 4 de junio.

⁹⁸ A la hora de establecer criterios de imputación se hace necesaria una diferenciación entre los posibles grupos de supuestos que sea lo más genérica posible. Sobre esta cuestión, respecto de otro problema en el ámbito de la empresa, NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Responsabilidad penal de la empresa*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 25-26.

estos supuestos rige la imprudencia y para estos no, eso está fuera de duda, sin embargo, considero que eso no debe repercutir en lo que se entiende por la imprudencia, o visto desde otra perspectiva, lo que se entiende de la imprudencia (deber objetivo de cuidado) y que no está en la ley o que no agrega nada que la superación del riesgo no haya completado ya, no debe repercutir en la interpretación de los tipos imprudentes y debe ser desechado. Por lo que es incorrecta la afirmación (dejando de lado por el momento, la referencia al conocimiento del origen ilícito de los bienes-efectos sino solamente haciendo hincapié en la construcción diferenciada del tipo objetivo imprudente y doloso) de que *actuaría imprudentemente quien ignora el origen por haber incumplido el deber objetivo de cuidado que exige el art. 301.3⁹⁹*. Porque como hemos visto antes, hasta este momento del análisis típico no existe diferencia alguna entre tipo doloso e imprudente. Es preciso mencionar que esta forma de entender el tipo imprudente en el delito de blanqueo de capitales está en función de sostener que la imprudencia está referida al conocimiento defectuoso del origen de los bienes, rechazando que la imprudencia se refiere al comportamiento del blanqueo. Incluso a nivel jurisprudencial se afirma que *“es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos”¹⁰⁰*. Volveremos sobre esta cuestión en el apartado sobre la acción penal típica (Capítulo II, apartado II, núm. 1). Sin embargo, es esto ya una autocomprobación de que el tipo objetivo del delito de blanqueo de capitales culposos y doloso es el mismo: porque el fundamento de la imprudencia se encuentra en un deber conocer la procedencia de los bienes y de este modo

⁹⁹ Así, todos los que hacen depender el tipo (objetivo) imprudente de la infracción del deber objetivo de cuidado, véase, por ejemplo, FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 9.

¹⁰⁰ STS 522/2011 de 1 de junio; STS 1257/2009 de 2 de diciembre; STS 1025/2009 de 22 de octubre; STS 16/2009 de 27 de enero; STS 960/2008 de 26 de diciembre; STS 1034/2005 de 14 de septiembre. En la doctrina, están entre otros a favor de esta postura: CALDERÓN CEREZO, Á., SAAVEDRA RUIZ, J.: *Delitos contra el orden socioeconómico*, edit. La Ley, Madrid, 2008, pág.435; FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo de capitales*”, edit. Colex, Madrid, 1998, pág. 421; GÓMEZ INIESTA, D.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 59; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, *ob. cit.*, pág. 129.

evitar configurar el comportamiento típico que produce el resultado prohibido de introducir en el tráfico lícito unos bienes de origen delictivo.

Bajo estos nuevos presupuestos analicemos la sentencia del Tribunal Supremo 1034/2005. Estudiaremos dos cuestiones: a) la dependencia de la construcción del delito imprudente en la infracción de un concreto deber objetivo de cuidado a determinar *ex post* por parte del juzgador; y, b) la constatación de la innecesariedad de tal dependencia en el delito imprudente, todo a partir del análisis de los hechos probados. Recordemos que en esta sentencia se condena por blanqueo imprudente a un individuo por haber realizado durante varios días seguidos cuatro importantes imposiciones de dinero (pesetas) por un monto considerable en su cuenta bancaria personal. Estas transacciones bancarias contrastaban con los movimientos que normalmente acostumbraba a realizar: ingresos de pequeño importe y cargos con domiciliaciones de recibo. Los ingresos de dinero le permitieron realizar tres transferencias en dólares fuera de España por un monto total de USD 135.000. La sentencia afirma que el condenado tenía conocimiento de que su comportamiento era anómalo e irregular y aun así decidió actuar en la forma en que lo hizo, mostrando un proceder descuidado y poco precavido. Estos son los hechos probados con los que el Tribunal Supremo tiene que resolver la sentencia.

En esta sentencia para el Tribunal Supremo el tipo objetivo del delito imprudente se colma con la infracción del deber objetivo cuidado. Por esta razón, apunta lo problemático que resultará la determinación de la responsabilidad jurídico-penal por blanqueo imprudente *“en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas”* en las que es complicado *“determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social, y si es en el ámbito de los negocios cuál sería la actitud con respeto a la realización de operaciones comerciales extrañas (pago con elevadas sumas en metálico, transferencias a o de paraísos fiscales, etc.)”*. Este es el primer escollo que soluciona la moderna configuración de la imprudencia: en el delito

imprudente no existe un concreto deber objetivo de cuidado. Se superará el tipo objetivo en el delito imprudente si se observa que el autor ha superado primeramente un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico. La dificultad es la misma que la que se genera en la tarea de imputación jurídico-penal para cualquier tipo de delito doloso y no solo para los tipos imprudentes.

Hacer depender la imputación imprudente en la infracción de un concreto deber objetivo de cuidado obliga al Tribunal Supremo a afirmar que *“todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo”* pero como hemos visto antes, el delito imprudente no constituye una concreta infracción (u omisión) del deber de cuidado, porque en sí no existe un concreto deber de cuidado. Lo que el Tribunal Supremo quiere afirmar es que el sujeto destinatario de la norma no debe realizar comportamientos que superen el riesgo permitido y de este modo debe evitar que esta superación del riesgo se concrete en un resultado prohibido. Desde esta perspectiva, el asunto no es que el sujeto actúe con cuidado, sino que omita (obvie) el comportamiento descuidado e imprudente. Reiteramos que el tipo objetivo del delito imprudente (y del doloso) requerirá siempre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado concretado en el resultado prohibido y que resulte objetivamente imputable al autor. El deber genérico de diligencia no es otra cosa que la prohibición de crear, superar o no contener los riesgos jurídico-penales establecidos en el CP, entre estos los referidos al art. 301 CP.

Veámoslo en el supuesto de hecho concreto de la sentencia analizada. Señala el Tribunal Supremo que la entidad financiera en la que los acusados ingresaban el dinero, comunicó al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales de la realización de varias operaciones sospechosas que le hacían presumir que se trataba de un supuesto de blanqueo. La entidad bancaria denunciante primero identificó a los acusados y luego comunicó a la autoridad que el fundamento de sus sospechas estaba en la forma y montos de los ingresos y transferencias de dinero. En efecto, se trataba de una serie de movimientos bancarios muy distintos a los usuales en las cuentas bancarias de los acusados, movimientos o transferencias bancarias de

importantes sumas de dinero, el uno en una cuenta aperturada a nombre propio y el otro en una cuenta de una sociedad de la que era socio y apoderado. La cuenta de Mauricio que es el que nos interesa por la imputación y el recurso de casación, se caracterizaba por la realización de ingresos de pequeño importe y cargos con domiciliaciones de recibos y, sin embargo, “los días 26, 27 y 29 de enero y 16 de febrero de 1999” se ejecutaron cuatro ingresos que sirvieron para realizar posteriormente tres transferencias bancarias por un monto total de USD 135.000 a diferentes sitios en el extranjero (Florida EE. UU., Panamá, Miami EE. UU.). Le consta al Tribunal Supremo como probado que las sumas de dinero fueron entregadas por Maite a Gustavo el otro imputado y éste se las facilitó a Mauricio. Está probado también que el dinero tenía origen en un delito de tráfico de drogas y la motivación extra típica consistía en transferirlos al exterior. Gustavo tenía conocimiento de la ilícita situación, razón por la que se lo condenó por blanqueo doloso. Respecto del conocimiento de Mauricio se menciona que tan sólo era consciente de que algo anómalo, irregular y dudoso existía en las operaciones que efectuaba y sin embargo decidió realizarlas. En el mismo sentido que la Audiencia Nacional, concluye el Tribunal Supremo que Mauricio: a) pudo conocer el origen ilícito del dinero; b) de tal modo que pudo evitar llevar a cabo la actividad de ocultación; c) por tanto, debió conocer el origen; y, d) en consecuencia, debió evitar comportarse como se comportó. Además, señala este alto tribunal que estos deberes de conocimiento y evitación no derivan de la normativa de prevención y, por tanto, son exigibles a todo ciudadano. Estos deberes de evitación se deben extraer de la “*exigencia de evitar los riesgos para la salud pública que encierra el favorecimiento del negocio consistente en el tráfico de estupefacientes*”.

De los hechos probados y de la argumentación de la sentencia se desprende la innecesariedad de la dependencia en un concreto deber de cuidado. Porque del relato fáctico se extrae sin dificultad la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en: a) la realización de una serie de movimientos bancarios muy distintos a los usuales en las cuentas bancarias de los acusados sin explicación alguna de la realización de los mismos y con dinero que no tenía origen en actividad lícita alguna realizada por Mauricio y/o

Gustavo, sino que se trataba de dinero que tenía su origen en el tráfico de drogas; b) el acusado era consciente de que algo anómalo, irregular y dudoso existía en las operaciones que efectuaba; no obstante lo cual las realizó; y, c) por lo anterior, el acusado pudo conocer el origen ilícito del dinero, de este modo pudo también evitar llevar a cabo la actividad de ocultación¹⁰¹. No entraremos a discutir en qué supuesto de blanqueo de capitales cabe esta conducta, volveremos a esta sentencia en el apartado sobre la acción penal típica en el delito de blanqueo de capitales imprudente, aquí provisionalmente asumimos que la conducta descrita cabe en el art. 301 CP.

Lo realmente importante está referido a que, hasta este momento del análisis, en rigor del examen de la conducta y su adecuación al tipo objetivo, no existe diferencia alguna respecto de los delitos dolosos, porque como hemos asumido aquí, en el tipo objetivo no existen diferencias entre tipo doloso e imprudente y la referencia a un deber objetivo de cuidado como criterio diferenciador entre tipo objetivo imprudente y doloso, es irrelevante. Tanto en los delitos dolosos como en los culposos se debe verificar al menos la superación del riesgo jurídico prohibido. De los hechos probados de la sentencia analizada se desprende que esto es así. Gustavo y Mauricio se comportaron de manera similar, razón por la que se puede afirmar que en el tipo objetivo de los hechos probados de esta sentencia no hay diferencia entre tipo doloso e imprudente. No hay diferencia entre el comportamiento de Mauricio y el de Gustavo. Sobre la tipicidad subjetiva, en el apartado que sigue analizaremos esta cuestión.

Finalmente, no entendemos por qué razón tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo hacen derivar el deber de conocer y evitar comportarse de tal modo que se introduzcan bienes-efectos en la economía de la *“exigencia de evitar los riesgos para la salud pública que encierra el*

¹⁰¹ La doctrina tradicional hubiese argumentado del siguiente modo: nos encontramos ante una grave infracción de la norma de cuidado, de tal modo que se puede reputar al sujeto activo la comisión imprudente de blanqueo de capitales, porque los hechos en sí son graves e inexcusables sobre todo si se acepta que cualquier persona mínimamente cuidadosa hubiese podido advertir el riesgo de blanqueo de capitales. Así, se entiende que no advertir el riesgo ante lo obvio de las operaciones bancarias significa un alto nivel de omisión de la diligencia debida.

favorecimiento del negocio consistente en el tráfico de estupefacientes”. Porque podría pensarse que la norma de determinación del art. 301 CP hace referencia a la prohibición del tráfico de drogas de los arts. 368 y ss. CP. Lo que tendría sentido siempre que se sostenga que lo que protege el blanqueo de capitales es aquello que protege el delito previo, cosa que es al menos discutible (revisar sobre esta cuestión nuestra postura en el Capítulo IV). Porque el delito de blanqueo de capitales es un delito autónomo que protege la lícita circulación de bienes en la economía. Por tanto, el deber de evitar introducir bienes-efectos en la economía se desprende directamente de la norma de determinación contenida en el art. 301 CP. La prohibición a la que se refiere el art. 301 CP hace referencia a la ilícita circulación de bienes-efectos. Por lo que estaría prohibido con conocimiento (dolo) o sin conocimiento (culpa) jurídico-penalmente relevante, la introducción de bienes ilícitos en la economía. De esta prohibición se deriva el objeto de protección: la lícita circulación de bienes-efectos en la economía. Por tanto, quien realice, cree o desencadene un riesgo en los términos del art. 301 CP, que comporte dotar de licitud para el tráfico a los bienes de origen delictivo, deberá responder jurídico-penalmente por dolo o imprudencia.

Hemos trazado las líneas que superan la idea del deber objetivo de cuidado como contenido de lo injusto en el delito imprudente, sin embargo, cuando se habla de aquello debe entenderse un discurso en referencia a la evitabilidad. Lo importante será determinar si la evitabilidad es objetiva o individual¹⁰². Una vez superada la remisión al deber de cuidado y aceptado que la teoría de la imputación objetiva rige también para los delitos imprudentes, señalaremos que, en este nivel de análisis, la evitabilidad objetiva (deber objetivo de cuidado) no agrega absolutamente nada que el riesgo permitido en su contenido no disponga¹⁰³. La previsibilidad objetiva no desempeña ninguna

¹⁰² WELZEL, H.: *El nuevo sistema...*, *ob. cit.*, pág. 113. Para la doctrina del deber de cuidado, este es un concepto objetivo y normativo, por lo que lo importante no es el cuidado que procuró o pudo procurar el sujeto que lo infringió, sino precisamente el cuidado que socialmente es necesario para preservar la configuración del tráfico.

¹⁰³ Sobre la doctrina de la previsibilidad y sus orígenes revisar en QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la doctrina y en la... *ob. cit.*, pág. 50 y ss. Aquí se dice que las raíces de la previsibilidad como fundamento de la culpa se encuentran en el Derecho romano,

función que no realice ya el riesgo permitido¹⁰⁴. Para nosotros, al igual que lo hacía la doctrina al respecto del deber de cuidado, el injusto sí depende de las capacidades del autor¹⁰⁵. Siempre y cuando en la situación concreta las habilidades y conocimientos del autor se requieran de manera efectiva para evitar el resultado prohibido. Se constata la necesidad de la evitabilidad individual, puesto que el que no emplea el cuidado que sus capacidades personales y su conocimiento de la situación le hubiera permitido y le era exigible, infringe la norma. Siempre y cuando la norma así lo haya determinado previamente¹⁰⁶.

No toda previsibilidad que produce un ataque a un bien jurídico es típica. Es necesario que se verifique que la actuación del sujeto ha traspasado determinados límites: a) no hay tipicidad cuando el sujeto no ha creado un peligro jurídicamente relevante¹⁰⁷ y sí cuando su actuación se encuentra fuera de los límites de lo tolerado socialmente¹⁰⁸. Porque si no se supera el riesgo permitido, aunque exista previsibilidad de un ataque a un bien jurídico, no se actúa típicamente¹⁰⁹; y, b) el que obra suponiendo que los demás cumplirán con

específicamente en la *Lex Aquilia*. Cuestión que constituye todavía hoy fundamento de la teoría de la culpa en el ámbito civil y que también sirvió para estructurar las primeras formulaciones de la culpa. Así CARRARA, definió la culpa como la omisión voluntaria de diligencia al calcular las consecuencias posibles y *previsibles* del propio hecho (en el parágrafo 80, CARRARA, F.: *Programa de Derecho criminal*, PG, edit. Temis, Bogotá, 1977). Para VON LISZT, la culpa es la *previsión* del resultado *previsible* en el momento en que tuvo lugar la manifestación de la voluntad (VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 422). Para VON BELING, en la culpa, el resultado no es querido, pero, a pesar de ello, cabe al agente un remanente de responsabilidad porque, debiendo *prever*, no *previó* (VON BELING E.: *Esquema...*, *ob. cit.*, pág. 127). Para JIMÉNEZ DE ASÚA, los fundamentos de la teoría del delito culposo construida por BINDING son tres: voluntad, *previsibilidad* y *evitabilidad* (JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 377 y ss.).

¹⁰⁴ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 388.

¹⁰⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 214. La doctrina apunta dos tesis en lo que se refiere a la definición del deber de cuidado: a) deber *objetivo* de cuidado; y, b) deber objetivo de cuidado *individual*, que tome en cuenta, además, las habilidades y conocimientos del autor.

¹⁰⁶ En general en relación al deber de cuidado, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 215; en similar sentido, ya en MEZGER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 256-257, ha actuado de manera imprudente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha *evitado* el hecho y sus consecuencias.

¹⁰⁷ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 1000.

¹⁰⁸ WELZEL, H.: *El nuevo sistema...*, *ob. cit.*, pág. 114, quien habla ya de los límites del riesgo moderado.

¹⁰⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 215.

sus deberes en supuestos en los que rige el principio de confianza, no infringe la norma¹¹⁰. El cumplimiento de la prohibición no se extiende de tal manera que implique corroborar que en situaciones en donde rige el principio de confianza, los demás intervinientes han cumplido con sus deberes¹¹¹. El cumplimiento de la norma se agota en la evitabilidad individual, en el cumplimiento personal de la prohibición¹¹². Esto se explica porque el fin de protección del tipo no abarca

¹¹⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, ob. cit., pág. 215.

¹¹¹ WELZEL, H.: *El nuevo sistema...*, ob. cit., pág. 115, quien sostiene, en referencia al tráfico rodado, que aquellos que participan en el mismo, pueden confiar en que los demás se comportan también correctamente. Aunque añade, mientras no le conste lo contrario por circunstancias especiales. Esto es lo que se denomina versión tradicional del principio de confianza. Confrontar con la tesis que desarrolla MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio de confianza en Derecho penal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 315 y *passim*; en la pág 16, WELZEL añade que, el principio de confianza da lugar a una importante concreción material del concepto de cuidado, pues esperar y confiar en que los demás actuarán de manera correcta, determinará en cierto sentido el propio comportamiento.

¹¹² Por ejemplo, en el ámbito societario, uno de los caracteres del problema de determinación de la responsabilidad lo encontramos en la interacción de los diversos sujetos miembros de la sociedad de capitales, interacción que en su conjunto configura el comportamiento antijurídico. La eficacia en la solución del problema de imputación dependerá de la existencia o no de una posición de garante que exigiría o se extendería hasta la observancia de un determinado deber de vigilancia recíproco entre los administradores miembros del órgano colegiado, la averiguación de la existencia o no de este deber condicionará la solución. En la doctrina existen varios trabajos al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», en *CDJ*, 1994, pág. 63 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.: «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, LH al PROF. KLAUS TIEDEMANN, edit. BOE, Madrid, 1995, pág. 209 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: «Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas», en *CDJ* 1997, pág. 17 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de atribución*, edit. Cedecs, Barcelona 1997, pág. 163 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», en *Revista Penal*, núm. 9, 2002, pág. 59 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A.: «Criminalidad de la empresa: problemas de autoría y participación», en *Revista Penal*, núm. 9, 2002, pág. 106 y ss.; BACIGALUPO SAGGESE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, edit. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, pág. 25 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, dir. SILVA SÁNCHEZ, J., MIRÓ LLINARES, F., edit. La Ley, primera ed., 2013, pág. 217 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico», en *RDC*, 1981, pág. 343-344, quien afirma que el principio de confianza debe operar en todos los contextos en los que es necesaria la división del trabajo (sobre este concepto, revisar, PAREDES CASTAÑÓN, J.: «Responsabilidad penal y división del trabajo en la actividad productiva», en *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, PAREDES CASTAÑÓN, J., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 137); por su parte, PUPPE, I.: *La imputación objetiva*, edit. Comares, trad. GARCÍA CAVERO, P., Granada, 2001, pág. 115, señala que la posibilidad de *confiar* se presenta no como una regla de carácter general sino propiamente como una excepción. Como señala MEINI, I.: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, edit. Tirant lo

tales resultados¹¹³. Esta cuestión en referencia a los sujetos especialmente obligados será tratada con detenimiento en el Capítulo II, apartado II, números 2, 3 y 4.

4. EL TIPO SUBJETIVO IMPRUDENTE Y LA APLICACIÓN DEL ART. 301.3 CP: DEBER DE CONOCER Y EVITAR REALIZAR EL COMPORTAMIENTO TÍPICO

Hemos visto que en el tipo objetivo no existe diferencia alguna respecto del tipo doloso y del tipo imprudente, nosotros consideramos que es en la tipicidad subjetiva en donde se encuentra la diferenciación¹¹⁴. En general, la construcción dogmática de la imprudencia (del tipo subjetivo del delito imprudente) ha resultado siempre una tarea de dificultad de no poca consideración¹¹⁵, en especial por lo arduo que resulta su comprensión frente a

Blanch, Valencia, 2003, pág. 33-34, en el caso de responderse afirmativamente a la existencia del deber, será importante también su adecuada determinación. Un caso práctico sobre la cuestión se puede encontrar en el breve artículo de SILVA SÁNCHEZ, J.: «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración», en *Editorial de InDret*, del 29 de abril de 2011, pág. 1. También en el artículo de ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Cumplimiento normativo y responsabilidad de la empresa por la comisión de ilícitos por los empleados (I)», en *www.derechomercantilesmana.blogspot.com.es*, de 24 de abril de 2013. Como bien apunta SILVA SÁNCHEZ, J.: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, edit. Bosch, 1997, pág. 62, la cuestión a discutir es si el miembro del consejo de administración como miembro del órgano de administración de la sociedad, tiene el deber de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan un ámbito de organización ajeno. Hay que advertir que la posición de garante no se deriva por la competencia otorgada al órgano de administración a través del art. 209 TRLSC sobre la gestión de la sociedad (criterio formal), sino del poder de organización real que emana del ejercicio real de la gestión de la sociedad (criterio material), esto se infiere del texto del art. 236 TRLSC, al incluir al administrador de hecho como sujeto susceptible de responsabilidad societaria (en sentido similar, SCHUMANN, H.: «Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la Sentencia Erdal del Tribunal Supremo Federal alemán», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coord. MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., edit. Bosch, 1996, pág. 210 y ss.).

¹¹³ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 1000; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas...», *ob. cit.*, pág. 38, textualmente: “si la norma formalmente infringida no se estableció para evitar ese resultado tal y como en concreto se produjo...si esa forma de producción del resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma”, el comportamiento no es objetivamente imputable.

¹¹⁴ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 603. Aquí se sostiene que tanto el concepto de dolo como el de imprudencia, son una originalidad del Derecho romano, y su desarrollo se ha debido primeramente a la Ciencia penal italiana de los siglos XV y XVI.

¹¹⁵ VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 421, este penalista refería que sólo de modo gradual y lento se ha desenvuelto el concepto de culpa; por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.:

los comportamientos dolosos¹¹⁶. En efecto, la definición del comportamiento punible imprudente se ha realizado a partir de mostrar que precisamente ese hecho no es doloso¹¹⁷. Porque, como ha sostenido la doctrina mayoritaria y tradicional deberá responder aquel que incumpliendo el deber de cuidado provoca un resultado prohibido por el derecho sin que hubiese querido su producción¹¹⁸. Por nuestra parte, nosotros expresaremos que la imprudencia no es junto al dolo una mera forma de la culpabilidad¹¹⁹, sino un tipo de acción

Principios de Derecho Penal..., *ob. cit.*, pág. 371, nos informa que la culpa, como entidad punible, es uno de los temas más debatidos en Derecho penal.

¹¹⁶ En España, son varios los trabajos que se han desarrollado en esta materia, por citar unos cuantos: QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho penal de la culpa*, edit. Bosch, Barcelona, 1958; CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, edit. PPU, Barcelona, 1989 (existe una nueva edición de la edit. B de F, Buenos Aires, 2005); CUELLO CONTRERAS, J.: *Culpabilidad e imprudencia: de la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, edit. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.: *Teoría del delito imprudente*, edit. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991; CHOCLÁN MONTALVO, J.: *Deber de cuidado y delito imprudente*, edit. Bosch, Barcelona, 1998; PÉREZ MANZANO, M.: *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, edit. Civitas, Madrid, 1999; HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia inconsciente*, edit. Comares, Granada, 2002; POMARES CINTAS, E.: *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, edit. Comares, Granada, 2004; ROMEO CASABONA, C.: *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, edit. Comares, Granada, 2005; PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia en el Derecho penal*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.

¹¹⁷ MAURACH, R.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 216, quien constata que los delitos imprudentes se encuentran a la sombra de los dolosos. A todo tipo culposo le corresponde un tipo doloso castigado con una pena más grave. Junto al delito doloso con carácter adicional, aparece la esfera muy reducida de los hechos imprudentes dirigidos al mismo bien jurídico; en un sentido similar, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 213, sugiere que, para la comprobación de la tipicidad en el delito imprudente, se excluya el carácter doloso del mismo; sobre esta necesidad, también COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 634.

¹¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 371-372, para quien, la culpa en su sentido más clásico y general no es más que la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, y que por falta de previsión en el agente, produce un efecto dañoso, esta definición se basa en la teoría de la voluntad; si se sigue la doctrina de la representación, la culpa es la conducta del sujeto sin la representación de un resultado típico, o con la representación del evento, pero al mismo tiempo movido por la esperanza de que el resultado no se produzca. Si se unen -como en el concepto de dolo- los elementos afectivos de voluntad y representación más el elemento intelectual del deber que se desconoce, llegamos a decir que existe *culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo*. En esta fórmula va comprendida la culpa con representación (previsión) y sus diferencias del dolo eventual.

¹¹⁹ En el sentido tradicional, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 377, la entiende junto con el dolo como formas de la culpabilidad. Desde esta perspectiva, según, ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 997, se puede señalar que la imprudencia era una forma menos grave que el dolo.

punible que muestra tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad una estructura autónoma¹²⁰. La imprudencia entonces, es un problema de tipo¹²¹. El dolo no pertenece al tipo como hecho psíquico, sino como forma de evitabilidad cualificada, en la imprudencia tampoco se trata de una disposición del sujeto que haga posible el conocimiento, sino de esta disposición en forma de evitabilidad¹²². Determinar si era exigible al sujeto una conducta tal que evite producir el resultado prohibido. La imputación subjetiva no comprende el conocimiento o su posibilidad como dato psíquico, sino como atribución de sentido (normativo) a una forma determinada del pensamiento¹²³. Esa es la opción interpretativa que seguiremos, el dolo y la imprudencia comparten este carácter: ser una realidad jurídica que se explica por la atribución de sentido social y normativo¹²⁴.

Como el tipo subjetivo reúne los elementos personales correspondientes al sujeto de la infracción penal es factible hablar del tipo subjetivo del delito imprudente por cuanto la imprudencia tiene un carácter individual¹²⁵. En el tipo subjetivo del delito imprudente no se exige el conocimiento sobre la realización del tipo, de lo contrario nos encontraríamos ante una conducta dolosa, lo que debe observarse es que ese conocimiento sobre

¹²⁰ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 606; para WESSELS, J.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 193, la culpa es un tipo especial de conducta punible que reúne elementos de injusto y de culpabilidad.

¹²¹ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 997, es en el tipo (subjetivo) en donde se decide si es o no imprudente.

¹²² JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 381.

¹²³ CARO JHON, J.: «Imputación subjetiva...», *ob. cit.*, pág. 236.

¹²⁴ En este momento, el lector ya habrá intuido que el problema en torno a la imprudencia ha estado condicionado a su vez respecto de las teorías de la *voluntad* de las que han dependido a su vez las teorías del dolo y de la culpa. No nos adentraremos en estas cuestiones porque las mismas exceden el marco expositivo, lo único que quiero dejar sentado aquí es que esta posición que nosotros hemos acogido, tiene como fundamento la diferenciación conceptual alcanzada por la filosofía aristotélica-tomista entre voluntad y entendimiento. Es más, considero que, sin que los autores lo confiesen expresamente, la normativización efectuada sobre los conceptos de dolo y culpa (por poner un ejemplo, en JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, o RAGUÉS I VALLÉS, R.: *El dolo...*, *ob. cit.*) ha sido posible si se entiende que detrás existe una diferenciación entre voluntad y entendimiento. Por lo que, los déficits del *entendimiento* normativizados que explican un comportamiento prohibido son punibles bajo el par intelectual conocimiento-cognoscibilidad jurídico-penalmente relevantes. El conocimiento es dolo. La cognoscibilidad es culpa o imprudencia.

¹²⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 338.

la realización del tipo, conocimiento del resultado prohibido, era susceptible y exigible de ser conocido y por tanto evitable¹²⁶. Desde esta perspectiva, en la imprudencia al igual que en el dolo el sujeto puede actuar de diferente manera, en función del deber que le imponga el Derecho¹²⁷. Por tanto, comete un delito imprudente quien en los casos previstos por la ley causa un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuencia de un descuido (o un error) por él evitable¹²⁸. Este descuido ha sido comúnmente construido y caracterizado por la doctrina del siguiente modo: el descuido se configura mediante la infracción del deber objetivo de cuidado al que estaba obligado el sujeto, ya sea que no se percate de ello o que lo tenga por posible y sin embargo confía en que el resultado prohibido no se producirá¹²⁹.

Supra hemos ya cuestionado sobre si existe o no un deber positivo (objetivo) de cuidado, para entender nuestra propuesta debemos discursivamente seguir utilizando el referido deber. Por lo pronto, si se hace depender el tipo imprudente de la infracción del deber de cuidado es obvio que en el delito imprudente a diferencia del delito doloso el autor realiza el tipo sin quererlo, pero como consecuencia de su obrar descuidado o negligente¹³⁰, por su fatal negligencia frente a los postulados de la vida social que se concreta en la infracción del cuidado debido¹³¹. En el delito imprudente el autor ignora negligentemente que realiza el tipo¹³². El contenido de lo injusto de los delitos imprudentes sería la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada si se actuaba de conformidad con el deber de

¹²⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 224. Lo describe del siguiente modo: *posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos*.

¹²⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho...*, ob. cit., pág. 377.

¹²⁸ MAURACH, R.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 215.

¹²⁹ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 604.

¹³⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, ob. cit., pág. 211. En los tipos dolosos la finalidad del autor coincide con la realización del comportamiento prohibido, del comportamiento típico. El fundamento de la imputación imprudente, es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos; en un sentido similar, JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 610, se refieren al fracaso funcional del sentimiento valorativo.

¹³¹ MAURACH, R.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 216.

¹³² BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 338.

cuidado¹³³. El comportamiento imprudente solo existe cuando el resultado descansa o se explica por la infracción de aquellos deberes de cuidado que el ordenamiento jurídico ha impuesto en una situación concreta y el resultado ha sido previsible¹³⁴.

Primeramente, se sostuvo que la imprudencia es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de la voluntad¹³⁵. La producción de un resultado no previsto, pero sí previsible. El reproche por imprudencia se realiza porque se ha procedido sin cuidado¹³⁶. Algún autor¹³⁷ citando una sentencia del Tribunal Supremo alemán sostiene que la culpa presupone que el sujeto activo del delito no ha observado el cuidado que según las circunstancias, sus conocimientos y sus condiciones personales debía y podía observar, y que a consecuencia de ello, o no ha previsto el resultado que hubiera podido prever aplicando el cuidado que su deber le imponía: culpa inconsciente, o a pesar de haber considerado como posible la producción del resultado ha confiado en que no se producirá: culpa consciente¹³⁸. También se sostuvo que lo que sucede es que el ordenamiento jurídico interviene y ordena que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia no querida la lesión de un bien jurídico, se deba observar el cuidado necesario para evitar dichas consecuencias¹³⁹. Por tanto, se

¹³³ WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho penal...*, ob. cit., pág.112.

¹³⁴ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 607.

¹³⁵ VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 422; en un sentido similar, VON BELING, E.: *Esquema...*, ob. cit., pág. 127. En la culpa, el resultado no es querido, pero, a pesar de ello, cabe al agente un remanente de responsabilidad porque, debiendo prever, no previó; así, en sentido similar, también construyó el delito culposo, MERKEL, A.: *Derecho penal*, PG, trad. DORADO MONTERO, P., edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 86 y ss. Para JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho...*, ob. cit., pág. 377 y ss. Los fundamentos de la teoría del delito culposo construida por BINDING son tres: voluntad, previsibilidad y evitabilidad. Todo delito culposo es obra de la voluntad la diferencia con los delitos dolosos está en que en la culpa la antijuridicidad del acto es desconocida.

¹³⁶ VON BELING, E.: *Esquema...*, ob. cit., pág. 125.

¹³⁷ MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., (trad. segunda ed. alemana 1933 por RODRÍGUEZ MUÑOZ, J., puesta al día por QUINTANO RIPOLLÉS, A.), pág. 184.

¹³⁸ MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 186.

¹³⁹ WELZEL, H.: *El nuevo sistema...*, ob. cit., pág. 111; en un sentido muy parecido, CEREZO MIR, J.: «El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos» en *ADPCP*, t. XXXVI, fasc. III, septiembre-diciembre 1983, pág. 471, quien sostiene que en el tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos se comprenden acciones finalistas, cuyo fin es irrelevante para el tipo, pero no así los

debería imputar por imprudencia cuando la actuación descuidada y el resultado prohibido se expliquen como realización de factores de riesgo conocidos en grado suficiente por el sujeto y no cuando se realizaron factores de causalidad no conocidos suficientemente¹⁴⁰. Sin embargo, lo característico y especialmente relevante es que en el tipo subjetivo del delito imprudente falta siempre el conocimiento de la realización del tipo por lo que se caracterizaría de manera negativa¹⁴¹. El núcleo esencial de la imprudencia no es la falta del conocimiento, esto es lo que lo diferencia del dolo¹⁴². Si la imprudencia es una forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse¹⁴³; no se exige la presencia de una especial motivación para actuar

medios o la forma de su utilización. La dirección finalista de la acción no corresponde a la diligencia debida. Como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material, externo o el peligro concreto de un bien jurídico, o concurre una determinada cualidad de la acción, no queridos. Existen, por tanto, delitos culposos de resultado y de simple actividad. Ejemplo de los primeros sería el homicidio y de los segundos el falso testimonio por imprudencia.

¹⁴⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.: *Teoría del delito imprudente...*, *ob. cit.*, pág. 118-121. Este autor, estudia las diferentes aportaciones del finalismo a la construcción del delito imprudente, y señala que STRUENSSE, la ha llevado a su forma más avanzada, a partir de la cual toma postura y desarrolla su concepción personal del delito imprudente.

¹⁴¹ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 382; sobre la caracterización negativa de la imprudencia respecto del dolo, aunque con un desarrollo distinto QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica... *ob. cit.*, pág. 45.

¹⁴² Sobre el moderno concepto de dolo, como conocimiento, renunciando a elementos volitivos, una aplicación práctica, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Atribuciones normativas...*, *ob. cit.*, pág. 46 y ss., aquí, para la exposición de la moderna doctrina, se recurre a casos prácticos. Así, se cita la STS de 2 de julio de 1994, pág. 27 y 50, en la que se afirma que el autor que prevé un peligro concreto de lesión de un bien jurídico y, no obstante, ello, ejecuta la acción peligrosa obra con dolo, (siguiendo el criterio de la también importante sentencia comúnmente conocida de la colza, STS de 23 de abril de 1992), de esta interpretación del dolo, es suficiente el conocimiento del peligro sin que exista una voluntad específica de producir el resultado, para imputar por dolo. Tal voluntad se presupone, cuando el autor conoce el peligro y, de todos modos, actúa, provocando el resultado prohibido. Sobre el desarrollo de un concepto cognitivo y normativo de dolo, las importantes monografías de: RAGUÉS I VALLÉS, R.: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1999; y, DÍAZ-ARANDA, E.: *Dolo*, edit. Porrúa, sexta ed. (primera 1999), México DF, 2007.

¹⁴³ Ésta siendo una definición moderna de la imprudencia, no es una definición positiva de la imprudencia, sino una negativa, para saber qué es lo que siendo evitable no es dolo. Entonces, cuando nos encontramos ante la posibilidad de un resultado prohibido producto de una acción, lo que diferencia del dolo es que la cognoscibilidad no ha dado el paso hacia el conocimiento, sino precisamente que, en la acción falta el conocimiento de aquello que debe evitarse. En ambas modalidades existe la posibilidad de conocer -cognoscibilidad-, mas en la imprudencia se exige un deber de conocer aquello que no conoce, en el dolo el autor conoce. Ver, JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 382; en un sentido similar, aunque referido a la infracción del deber objetivo de cuidado, ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «La infracción del deber individual de cuidado...», *ob. cit.*, pág. 332. Aquí se dice que la adecuación de la conducta al tipo de injusto del delito culposo exige que

típicamente, es indiferente el conocimiento de lo antijurídico de su conducta. En el nivel en el que se encuentra la imprudencia es en el nivel de la posibilidad de ser conocido -cognoscibilidad- y aquí no se exige conocimiento, sino solamente la posibilidad de conocer y en este sentido, evitar¹⁴⁴.

De este modo, es fácil entender la postura que hemos mantenido respecto del tipo objetivo, porque en la imprudencia (como en el dolo) no se exige más deber que aquel que está encerrado en la norma¹⁴⁵. En la comisión imprudente el autor debe omitir el hecho, en la omisión imprudente el autor debe realizarlo¹⁴⁶. En la comisión imprudente el autor no debe obrar conforme a un deber de cuidado, como lo entiende un sector de la doctrina, el autor debe omitir un comportamiento descuidado¹⁴⁷. El tipo debe mostrar un desvalor de la acción que sólo puede hallarse en los elementos constitutivos de la imprudencia, en la infracción de la norma, en la adecuación típica¹⁴⁸. Para que opere la imputación jurídico-penal, se requiere la realización de un peligro

el sujeto haya tenido la *posibilidad de saber* de la producción de un resultado evitable. Para este autor, aunque expresamente no lo diga, la cognoscibilidad (posibilidad de conocer) constituye el contenido normativo (diferenciador del dolo) de la infracción del deber de cuidado. Así, solo la infracción del deber *individual* (tipo subjetivo) de cuidado origina el cumplimiento del tipo de injusto del delito culposo.

¹⁴⁴ Con esto no descartamos la posibilidad de construir una evitabilidad individual, la evitabilidad objetiva se concreta ya en el riesgo permitido, y descansa en aquello que la norma exige. Así, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 224. El tipo subjetivo del delito imprudente consiste en la *posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos*.

¹⁴⁵ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 384; en sentido similar, ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 999 y ss., para quien, detrás de la infracción del deber de cuidado se esconden los elementos de la imputación que caracterizan de manera más precisa los presupuestos de la imprudencia y apunta que el elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de la imputación, es más vago que estos y por tanto prescindible.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 66, este autor, en pie de pág. núm. 7, aclara que, en la imprudencia la intercambiabilidad del juicio acción/omisión, es obvia, ya que el comportamiento contiene tanto elementos activos como omisivos esto se explica porque en la imprudencia la responsabilidad surge de un comportamiento riesgoso (acción) que también puede ser valorado como un descuido, un no atenerse al mandado (omisión).

¹⁴⁷ Aunque, algunos como CHOCLÁN MONTALVO, J.: *Deber de cuidado...*, *ob. cit.*, pág. 12, 36, parten de la infracción del deber de cuidado como núcleo del tipo, asumen desde el principio que tal infracción del deber debe reconducirse interpretativamente a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Tal es así que en esta monografía el autor relaciona el problema de la infracción del deber de cuidado a la superación de la imputación objetiva y sus institutos dogmáticos, pág 151 y ss.

¹⁴⁸ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 998.

creado por el autor típico que supere el riesgo permitido según aquello que protege la norma¹⁴⁹. Las limitaciones del tipo objetivo que se realizan por la imputación objetiva, afectan también al tipo imprudente¹⁵⁰. Relevante jurídico-penalmente es solamente la previsibilidad (cognoscibilidad que no requiere conocimiento y que sea individual) de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable¹⁵¹.

Lo que se imputa en el tipo subjetivo imprudente es la infracción del deber de conocer el riesgo de realización del tipo penal en el sujeto concreto, porque de haber cumplido con su deber de conocer adecuadamente y no de manera defectuosa se habría evitado la configuración del comportamiento típico y su resultado prohibido. El tipo subjetivo de la imprudencia tiene como contenido la evitabilidad individual en el sentido de que el sujeto responde personal-individualmente por haberse colocado en la situación previa-posterior que configura (condiciona) el resultado prohibido¹⁵². El art. 301 CP afirmarí­a subjetivamente lo siguiente: no debes con conocimiento (dolo) o estando en posibilidad de conocer (culpa) adecuar la conducta según los comportamientos establecidos en el tipo de tal manera que introduzcas en el tráfico lícito, bienes-efectos cuyo origen sea una actividad delictiva. En el marco del art. 301 CP, se impone una pena a un culpable sea por dolo o culpa, por no haber evitado colocarse y de este modo decidir y elegir estar en la situación en que se encontraba en el momento previo-posterior que configura (condiciona) el resultado prohibido.

Esta explicación de la imprudencia entronca con mucha facilidad con la concepción de la imprudencia como error. El art. 14 CP nos da ideas bastante claras de esta posibilidad: “*si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su*

¹⁴⁹ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 998.

¹⁵⁰ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 999, el tipo de los delitos imprudentes se colma mediante la teoría de la imputación objetiva; JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 384.

¹⁵¹ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 998, lo que está amparado por el riesgo permitido no es típicamente imprudente, ahora, un riesgo permitido no puede estar sólo disculpado, sino que ha de hacer que desaparezca el injusto; JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 385.

¹⁵² PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia...*, ob. cit., pág. 161 y ss.

caso, como imprudente". De aquí, sostiene un sector de la doctrina que es posible deducir que la imprudencia es un supuesto de error de tipo¹⁵³. Una de las primeras formulaciones de esta teoría explicaba que la culpa descansa en un error de tipo relativo al sentido (causante o no impediendo del resultado) de la manifestación de la voluntad¹⁵⁴ o en el conocimiento defectuoso de los elementos esenciales del hecho¹⁵⁵. El fundamento del delito imprudente o culposo tiene como soporte un error sobre apreciaciones fácticas¹⁵⁶. El contenido material de la imprudencia debía consistir en que el autor como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho¹⁵⁷. Modernamente se puede afirmar que el fundamento de la punibilidad del delito imprudente está en la alta estimación y aprecio al deseo de realizar lo que realiza sin interesarse respecto de lo que acontece antes de emprender la realización del hecho. En sentido negativo, no se interesa o no muestra interés (existen diferentes niveles de interés) respecto de los bienes jurídicos ajenos porque no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna¹⁵⁸. Se dirá entonces que el delito culposo o

¹⁵³ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 334; JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 380 y ss.

¹⁵⁴ VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 420; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 377 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 335. La teoría de la imprudencia como error surgió como correctivo de la teoría psicológica de la culpabilidad. Según esta teoría la culpabilidad responde a una relación psíquica del autor con el hecho prohibido, el problema de esta teoría era el fracaso para explicar los supuestos de culpa inconsciente (culpa sin representación), porque en este tipo de hechos no es posible apreciar relación psicológica alguna entre el autor y el hecho. (Crítico sobre esta cuestión ya en España, DORADO MONTERO, P.: *El derecho protector de los criminales*, edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, pág. 430). La solución que se presentaba era doble pero excluyente: a) considerar que la culpa no es una forma de la culpabilidad; o, b) modificar el concepto de culpabilidad, en el sentido de que culpabilidad no es solo voluntariedad. Se optó por la segunda vía, por lo que el concepto de culpabilidad permitió la introducción de consideraciones de prevención especial en donde la pena tiene la función de prevenir nuevos hechos prohibidos imprudentes, así se logró definir a la imprudencia como un defecto de comprensión.

¹⁵⁵ VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 420.

¹⁵⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la doctrina...», *ob. cit.*, pág. 48. La dificultad, según este autor, estribaría en diferenciar el error culposo del error fortuito, por lo cual esta teoría sola no puede satisfacer las exigencias de las limitaciones objetivas, precisando acudir, en última instancia, a los de matiz subjetivista.

¹⁵⁷ VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 420 y ss.

¹⁵⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 338. Aquí se utiliza el verbo despreciar. Considero que desde la perspectiva que explicamos es válido utilizar esta expresión, porque es

imprudente se da cuando el sujeto activo del delito dirige su acción a un resultado no prohibido que por error produce un resultado prohibido o cuando dirige su acción hacia un resultado prohibido y por error considera posible realizarlo porque ignoraba realmente las condiciones en las cuales obraba¹⁵⁹. Para poder apreciar un delito culposo el error debe ser siempre vencible. Desde el instante en que se aprecia un error que podía ser evitado surge la culpa. El fundamento del reproche jurídico-penal por la imprudencia se encontraría en el error de representación o en el error de ejecución. La posibilidad de evitar el error hace que el sujeto activo del delito culposo deba responder.

De este modo, tal y como antes habíamos afirmado sobre que la explicación del delito imprudente (que entiende que relevante jurídico-penalmente es sólo la previsibilidad-cognoscibilidad que no requiere conocimiento y que además sea individual de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable¹⁶⁰) se enlaza con mucha facilidad con la concepción de la imprudencia como error, podríamos concluir que el moderno concepto de culpa o imprudencia se caracterizaría como una forma de evitabilidad en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar. Se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo. Ahora sí estamos en condiciones de exponer cómo está construido el tipo del delito imprudente:

lo que se debe interpretar del hecho en términos negativos. Sin embargo, se debe rechazar cuando aquella implique la motivación. Es decir, si el desprecio es lo que motiva el hecho, existe conocimiento y, por tanto, dolo. El desprecio es sólo salvable como forma de interpretar negativamente el acto positivo de interesarse de los propios asuntos como si no existiese el otro.

¹⁵⁹ ALIMENA, F.: *La colpa nella teoria generale del reato*, edit. Priulla, Palermo, 1947, pág. 16; NÚÑEZ BARBERO, R.: «La estructuración jurídica...», *ob. cit.*, pág. 80.

¹⁶⁰ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 998, lo que está amparado por el riesgo permitido no es típicamente imprudente, ahora, un riesgo permitido no puede estar sólo disculpado, sino que ha de hacer que desaparezca el injusto; JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 385.

Tipo Objetivo:

En el nivel de examen del tipo objetivo no existen diferencias entre el delito doloso y el imprudente: el tipo objetivo del delito imprudente requerirá siempre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado concretado en el resultado prohibido y que resulte objetivamente imputable al autor. Las limitaciones del tipo objetivo del delito doloso que se realizan por la imputación objetiva, afectan también al tipo imprudente. No se trata de que el sujeto actúe con cuidado, sino que omita (obvie) el comportamiento descuidado e imprudente. En la imprudencia (como en el dolo) no se exige más deber que aquel que está encerrado en la norma, en la comisión imprudente el autor debe omitir el hecho, en la omisión imprudente el autor debe realizarlo, por lo que, en la comisión imprudente el autor no debe obrar conforme a un deber de cuidado, como lo entiende un sector de la doctrina, el autor debe omitir un comportamiento descuidado. En el delito imprudente se debe estar en posición de garante para que se exija al sujeto la concreta obligación de evitar que el resultado se produzca. Es necesario que el autor se encuentre en una situación de la que derive necesariamente el concreto deber de evitar el resultado prohibido, se debe estar en posición de garante.

Tipo Subjetivo:

En la imprudencia falta siempre el conocimiento de la realización del tipo, razón por la que se caracteriza de manera negativa. El núcleo esencial del tipo subjetivo del delito imprudente no es la falta del conocimiento, esto es lo que lo diferencia del dolo. La imprudencia es una forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse por lo que no se exige la presencia de una especial motivación para actuar típicamente, es indiferente el conocimiento de lo antijurídico de su conducta. En el nivel en el que se encuentra la imprudencia, en el nivel de la posibilidad de ser conocido (cognoscibilidad), no se exige conocimiento, sino solo la posibilidad de conocer y en este sentido, evitar. La imprudencia se caracterizaría como una forma de evitabilidad en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar. Se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es

objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo. Relevante jurídico-penalmente es solamente la previsibilidad (cognoscibilidad que no requiere conocimiento y que además sea individual) de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable. El fundamento de la punibilidad del delito imprudente está en la alta estimación y aprecio al deseo de realizar lo que realiza sin interesarse respecto de lo que acontece antes de emprender la realización del hecho. En sentido negativo, el autor no se interesa o no muestra interés respecto de los bienes jurídicos ajenos porque no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna.

Revisemos algunos supuestos de las sentencias sobre blanqueo imprudente desde esta nueva perspectiva. En la sentencia del Tribunal Supremo 1822/2001 de fecha 10 de octubre, sobre un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Nacional que condenó por delito de tráfico, falsedad documental a varios sujetos y a un individuo por blanqueo imprudente, encontramos una imputación jurídico-penal por imprudencia muy cercana metodológicamente a la forma en que hemos construido nosotros el delito imprudente. Porque como se verá, aunque de manera muy escueta, el Tribunal Supremo apunta que existe el tipo objetivo del delito de blanqueo de capitales y luego analiza cómo se explica el comportamiento en función del tipo subjetivo.

En lo que respecta al blanqueo culposo, los hechos probados afirman que una de las condenadas por tráfico de nombre Dolores haciéndose pasar como Blanca, entró en contacto con José Daniel socio único y director general de una sociedad mercantil dedicada al cambio de divisas. El trato consistía en que a través de su empresa se efectúe el cambio de importantes cantidades de dinero a cambio de una comisión. El juzgador afirma que no existe plena constancia de que conociera la procedencia ilícita del dinero; pero sí consta que José Daniel contaba con elementos tales como: cantidades, el *modus operandi* de cómo se iban a llevar a cabo las operaciones, etc., que le tenían que haber hecho dudar o por lo menos cuestionarse acerca de la verdadera

procedencia del dinero, no obstante, de lo cual realizó las operaciones de cambio contratadas por un importe total de USD 918.683 (145.150.838 pesetas). Consta además que el condenado por blanqueo imprudente no solo realizó los pactados cambios, sino que además para evitar dejar rastro alguno del dinero, de los montos y de los datos de la persona que le entregaba los valores, hacía lo siguiente: *“en las boletas de venta confeccionadas imputaba dichas operaciones a diversas identidades, desglosadas en partidas sin redondear, hasta sumar el total de la operación cuya verdadera beneficiaria era Dolores”*. Este era el comportamiento y el *modus operandi* por el que se condenó por un delito de blanqueo imprudente.

El Tribunal Supremo confirma en el primer fundamento de derecho que se trata de un comportamiento típico de blanqueo, ya que mediante el cambio de las divisas se permitió la transformación en dólares de bastantes millones de pesetas procedentes del tráfico de drogas. Hasta aquí podríamos afirmar que se completa el tipo objetivo, porque ha sido probada la superación de un riesgo prohibido que se concreta en la lesión al bien jurídico protegido por el tipo del art. 301 CP: la lícita circulación de bienes en la economía. El trato de Dolores con José Daniel incorpora al tráfico jurídico-económico, importantes cantidades de dinero procedentes de un delito de comercio ilegal de drogas. Sobre el tipo subjetivo, es curioso que el Tribunal Supremo parece pensar que la calificación ha sido errónea cuando afirma que *“el Tribunal de instancia no entiende la concurrencia de una conducta dolosa, como alternativamente solicitaba el Ministerio Fiscal”* sobre todo si se constata que la imputación por imprudencia se fundamenta en *“las importantes sumas transformadas y a la forma en la que se llevaron a cabo las operaciones, en las que se implicaba a personas que no las habían realizado para mantener oculta la identidad de la persona que realmente se beneficiaba, que ni siquiera usaba su verdadero nombre y evitar, al dividirse en sumas más pequeñas, el control del Banco de España”* afirmando que *“con una interpretación benévola para este recurrente, califica como imprudente, aunque sea grave, su comportamiento”*. Dejando la duda o certeza de que tal vez este comportamiento no sea imprudente sino doloso. Indiferentemente y/o motivado por la limitación legal

que tiene el tribunal casacional de cambiar el título de imputación subjetiva y de empeorar la situación jurídica del condenado, en función de estos hechos infiere el Tribunal Supremo que el “*acusado pudo conocer*”. Esta posibilidad de conocer es lo que para nosotros fundamenta el tipo subjetivo en el delito imprudente porque la imprudencia no es conocimiento, no es dolo, la imprudencia es cognoscibilidad, posibilidad de conocer. Lo que no se entiende es lo que viene después, porque a pesar de que hubiera bastado esto, la determinación de que el sujeto estaba en condiciones de conocer para construir la imputación subjetiva por imprudencia, el Tribunal Supremo agrega que la posibilidad de conocer la procedencia ilícita del dinero está en función de que el sujeto “*hubiera adoptado las elementales medidas de precaución y cautela propias de quien se dedica al cambio de divisas*”. Es decir, que la posibilidad exigible de conocer tiene relación directa con la infracción del deber de cuidado. Esta sentencia es muy importante, porque en nuestra opinión construye adecuadamente la imputación por imprudencia. No se da un desarrollo extenso de la cuestión, pero con claridad se puede observar que el Tribunal Supremo parte de entender que el comportamiento encaja en el tipo objetivo del art. 301 CP y luego realiza el examen sobre la tipicidad subjetiva.

Las críticas que se deben erigir en contra de ésta decisión son dos. Primeramente, es errada la conclusión de que la posibilidad de conocer (imprudencia) sobre el origen de los bienes esté en función de la observancia de unas “*elementales medidas de precaución y cautela propias de quien se dedica al cambio de divisas*” o lo que es lo mismo, un deber objetivo de cuidado en el ámbito del cambio de divisas. La posibilidad de conocer está en los hechos y no en un indeterminado *ex ante* deber de cuidado que el juzgador ha determinado *ex post*. El deber de conocer está en estricta referencia a la norma de determinación dirigida en este caso contra José Daniel sobre la prohibición de introducir mediante las operaciones cambiarias dinero (bienes-efectos) cuyo origen sea un delito. Si se comprueba, como en efecto se ha hecho, que mediante determinados comportamientos se ha superado el riesgo prohibido por el art. 301 CP (tipo objetivo) lo que resta es indagar si ese comportamiento se efectuó con conocimiento o sin él. Si no tenía conocimiento lo que se debe

indagar es si era posible y exigible conocer, y en este sentido, individualmente evitable para José Daniel acceder a tal conocimiento. Lo que sucede en el supuesto de la sentencia es que nos encontramos ante un supuesto de infracción de deber no positivado. En este sentido, por la función de José Daniel en el ámbito societario cambiario, el tipo penal se configura por la infracción de los especiales deberes que sobre la prevención de blanqueo pesan sobre el autor. Por la función de José Daniel, no sólo le era posible, sino que además era exigible conocer y evitar comportarse típicamente en función del art. 301 CP. Esto no significa que el deber objetivo de cuidado se reconduce a la infracción del deber que configura el tipo. Existen delitos de dominio imprudente y delitos de infracción de deber imprudente sin que quepa afirmar la necesaria infracción de un deber objetivo de cuidado para configurar el tipo objetivo. En los delitos de dominio el tipo se configura a partir de la infracción del deber de no dañar: el que por error mata a otro porque dispara contra un arbusto para probar su arma de fuego sin percatarse que detrás del arbusto estaba un vagabundo dormido. En los delitos de infracción de deber el tipo se configura a partir de la infracción del deber positivo de protección: el médico que en el alumbramiento utiliza los fórceps sin percatarse que el feto haya avanzado lo suficiente por el parto produciendo una lesión o muerte. En ambas modalidades para configurar el tipo objetivo no hace falta infracción alguna de deber de cuidado. Estas conductas imprudentes son objetivamente típicas porque han superado en el resultado un riesgo prohibido para el bien jurídico. Los autores típicos responden imprudentemente porque sus comportamientos superan el riesgo prohibido. El caso del médico que con conocimiento de matar utiliza los fórceps para extraer el *nasciturus* de siete meses provocando su muerte, objetivamente en nada difiere respecto del anterior supuesto. La diferencia está en el tipo subjetivo. Los dos son delitos de infracción de deber porque los médicos tienen el deber positivo de proteger la vida, y ambos los infringen. El primero de manera imprudente y el segundo dolosamente.

En segundo lugar, dejando de lado la anterior argumentación sobre la imprudencia, parece dudoso que se califique de imprudente lo que en efecto es doloso. Porque en nuestra opinión, el comportamiento de José Daniel no se

explica por la ausencia de conocimiento sino todo lo contrario, se explica por un conocimiento sesudo y bien ordenado sobre la forma en que se deben incorporar al tráfico lícito y económico el dinero de origen ilícito. Si bien como afirma la sentencia “*no existe plena constancia de que conociera su concreta procedencia ilícita*”, lo que si se ha probado es que las operaciones de cambio de divisas se realizaban sobre grandes cantidades de dinero (casi un millón de dólares) y mediante un procedimiento para eludir los controles de las autoridades, elementos que permiten inferir por lo menos dolo eventual no solo sobre el origen de los bienes, sino que además sobre el comportamiento blanqueador. Esta solución empata con el sentido propuesto por la sentencia del Tribunal Supremo 483/2007, en la que se afirma que este mismo órgano jurisdiccional abandonó “*una concepción que exigiera un dolo directo sobre el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes, afirmando la suficiencia del dolo eventual para su conformación*”. Basta afirmar el conocimiento como dolo eventual cuando el sujeto activo del delito haya podido “*representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación, siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significado social*”, conocimiento indiscutible que posee José Daniel. Antes de esta última sentencia, ya se habían pronunciado en sentido similar el Tribunal Supremo en las sentencias 1637/1999 de 10 de enero de 2000; 157/2003 de 5 de febrero; 1070/2003 de 22 de julio; 308/2004 de 12 de marzo; 1113/2004 de 9 de octubre; 33/2005 de 19 de enero; 1034/2005 de 14 de septiembre, etc.

Otro caso, en la sentencia del Tribunal Supremo 2545/2001 se plantea recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Nacional que condenó entre otros, a tres personas por blanqueo doloso y a diez por blanqueo imprudente. Se absolvió a todos los que fueran imputados por blanqueo imprudente dejando inalteradas las restantes condenas. No entraremos a discutir las cuestiones sobre el blanqueo doloso sino aquello a lo que se refiere al blanqueo de capitales imprudente, porque lo que se dice en esta sentencia es

trascendental y en general ha pasado desapercibido por la doctrina. Supongo que la razón estriba en que aquí se aplica el antiguo texto del blanqueo imprudente de conformidad al art. 344 *bis* h, precisamente el argumento que casa la sentencia tiene relación con la inadecuada aplicación de este precepto. El argumento de la sentencia estaría en que no existieron motivos para relacionar los comportamientos realizados con un blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico y, por tanto, deberían considerarse atípicas las conductas. Porque la disposición del blanqueo imprudente hacía estricta mención a hechos que, si bien se realizasen con *negligencia o ignorancia inexcusable*, tenían que tener una relación con delitos de tráfico de drogas. Entonces, concluye el Tribunal Supremo que la “*norma de cuidado integrante de la parte objetiva del tipo de imprudencia sólo podía ser la que obligaba a advertir la presencia del peligro de realizar una actividad de blanqueo de fondos procedentes del tráfico de drogas*”, porque el CP de 1973 no “*había previsto como delito la realización imprudente del tipo de blanqueo de capitales genérico*” sino en estricta referencia a delitos de tráfico de drogas. Por lo que, aunque la sentencia de instancia diga que a quienes se condenó por blanqueo imprudente tuvieron que haber sido conscientes de que en su actuación había algo “*anómalo, irregular y de legalidad dudosa*”, el Tribunal Supremo entiende que eso no alcanza porque el conocimiento tenía que estar relacionado con el hecho de que el “*dinero fuera procedente del narcotráfico*”.

La argumentación es discutible en sus presupuestos y en sus conclusiones. El tipo objetivo en todos y cada uno de los comportamientos había sido alcanzado en el mismo sentido en que se cumplió respecto de los condenados por blanqueo doloso. El caso en resumen era el siguiente: un ciudadano colombiano A, que tenía a su disposición importantes sumas de dinero procedentes del tráfico de drogas, entró en contacto con Cornelio a quien le propuso realizar ingresos en cuentas corrientes con dinero que él mismo le facilitaría y que tendría que retirarse mediante cheques nominativos en dólares. Cornelio decidió aceptar la propuesta percibiendo por su comportamiento el 1 % del valor de las divisas totales conseguidas del modo indicado. Todos los cheques fueron cobrados en el extranjero. En total, en treinta operaciones

realizó un cambio de pesetas por dólares por un monto de USD 119.000 en efectivo y USD 2.681.000 en cheques. Cornelio de acuerdo con A, propuso realizar operaciones semejantes a Pedro Enrique, a su yerno José, a Ignacio, a Carlos Ramón, a Juan Carlos. Todos a excepción de José, junto con Cornelio y el propio A, coincidían muchas veces en la barra de un restaurante lo que permite concluir que eran por lo menos conocidos entre sí. Señala la sentencia que Cornelio consideró seriamente y aceptó como probable que el dinero del que disponía A, procedía del tráfico ilegal de drogas, lo que no fue obstáculo para que siguiese interviniendo en las operaciones de cambio de divisas. Todos decidieron aceptar realizar las operaciones porque Cornelio aducía que tenían relación con diversos negocios lícitos propios. De todos ellos se afirma que fueron conscientes de lo anómalo, irregular y de legalidad dudosa de las operaciones bancarias realizadas a petición de Cornelio, lo que no les impidió el efectuarlas, sin que conste que llegasen a considerar que el dinero procediese de ganancias del tráfico ilegal de drogas. Aparece también el comportamiento de Felipe a quien Cornelio le ofreció financiación para la empresa de telefonía y seguridad que entonces Felipe regentaba y para poder ampliar el negocio dedicándose también a la venta al por mayor de ropa. Felipe aceptando la propuesta luego de instalado fue instruido por A, para que con el dinero que este le facilitaría obtenga cheques bancarios en dólares para efectuar los pagos de los artículos que adquirirían en el extranjero, percibiendo Felipe una comisión por efectuar dichos cambios. Aparece José Ramón quien fuera contratado por Felipe para que prestase servicios en el local a quien Felipe le pidió también que realizase los ingresos en la cuenta para obtener cheques en dólares, argumentando que se trataba de una expansión del negocio, etc. De los dos se afirma que fueron conscientes de que existía en ese proceder algo anómalo, irregular y de legalidad dudosa, no obstante, lo cual efectuaron las operaciones no constando que considerasen que el dinero pudiese proceder de ganancias derivadas del tráfico ilegal de drogas.

Por otro lado, aparece José Augusto quien tiene un comportamiento muy parecido al de Cornelio, sobre todo porque conocía que el origen del dinero que le era facilitado estaba en el tráfico de cocaína. José Augusto también

facilitó dinero en metálico a otras personas para realizar el mismo procedimiento (ingreso de dinero y obtención de cheques en dólares para ser cobrados en el extranjero). Entre quienes aceptaron la propuesta estaban: Manuel, Juan Ignacio, Joaquín, Gabino, Bruno y Carlos José. De estos se afirma que eran conscientes de que existía en ese proceder algo anómalo, irregular y de legalidad dudosa, no obstante, efectuaron las operaciones no constando que considerasen que el dinero pudiese proceder de ganancias derivadas del tráfico ilegal de drogas. También aparece el comportamiento de Emilio, un abogado que se dedicaba directamente y con conocimiento al blanqueo de dinero que le era entregado por un traficante de drogas a quien conoció con motivo de realizar una defensa penal.

José Augusto, Cornelio y Emilio fueron condenados por blanqueo doloso, no entraremos en los pormenores, sólo destacar que el comportamiento de los dos primeros (José Augusto y Cornelio) era básicamente el mismo de todos aquellos que también fueron condenados por blanqueo imprudente: ingreso de dinero en cuenta corriente para la obtención de cheques nominativos en dólares para ser cobrados en el extranjero. Por su parte, Pedro Enrique, Juan Carlos, Carlos Ramón, Felipe, José Ramón, contactados por Cornelio; y, Manuel, Juan Ignacio, Gabino, Bruno, Carlos José contactados por José Augusto, fueron condenados por blanqueo imprudente, el comportamiento era básicamente el mismo en todos ellos: ingreso de dinero en cuenta corriente para la obtención de cheques nominativos en dólares para ser cobrados en el extranjero.

Sobre la solución del Tribunal Supremo diremos que si bien se puede afirmar que los comportamientos dolosos respecto de los imprudentes son comportamientos diferenciados (aunque no tanto), la solución de la atipicidad no puede tener como fundamento el hecho de que no exista el tipo objetivo. Porque los comportamientos de aquellos que fueron absueltos del delito de blanqueo de capitales imprudente habían superado los límites del riesgo tolerado y se habían colocado en la esfera de lo prohibido. Eran conductas mediante las cuales se incorporó al tráfico lícito de bienes, unos que tenían como origen los delitos de tráfico de drogas. Los delitos de tráfico quedaron

suficientemente acreditados en los hechos probados, por lo que la argumentación del Tribunal Supremo no convence. Es patente que el error de la argumentación de la atipicidad está en la dependencia a un deber objetivo de cuidado que hace diferente el tipo objetivo imprudente respecto del doloso. Como el Tribunal Supremo piensa que no se acreditó el conocimiento del origen ilícito de los bienes relacionado con el tráfico de drogas, no se pudo configurar la imprudencia porque no estaban obligados a cumplir deber de cuidado alguno. La solución tal vez con los mismos resultados, debió ser otra. La imprudencia se debe apreciar cuando un resultado típico es objetivamente imputable, eso está fuera de duda. El comportamiento de los imputados constituye un riesgo jurídicamente prohibido, contrariamente a lo que sostiene el Tribunal Supremo. Pero esto no basta, es necesario verificar que el autor ha tenido un error evitable sobre la producción del riesgo prohibido muy a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo. Precisamente, la posibilidad de conocer el riesgo lo convierte en uno evitable (es necesario que se verifique además si eran individualmente evitables, por lo que este criterio es otro adicional que podría limitar la imputación por imprudencia).

El problema con el que se encuentra la sentencia es que precisamente el error de los imputados por blanqueo imprudente es un error invencible o no-evitable, porque los imputados no tuvieron posibilidad de conocer que con su comportamiento estaban obrando conforme a un delito de blanqueo de capitales. Y esto es así, porque en el momento de la tipificación, el objeto material del delito de blanqueo sólo podía ser y proceder de los delitos de tráfico de drogas y no de cualquier actividad delictiva, por lo que aunque ellos incluso asumieran que el origen del dinero estaba en otro delito (interpretación que no se dio, pero que es perfectamente posible) o simplemente que se aceptara que tuvieron el conocimiento de que *“existía en ese proceder algo anómalo, irregular y de legalidad dudosa”* pero sobre todo *“no constando que nunca considerase(n) que el dinero pudiese proceder de ganancias derivadas del tráfico ilegal de drogas”*, lo convierte en un error *no-vencible* que hace del comportamiento uno *no-evitable* y que en definitiva explica el comportamiento de quienes en un primer momento fueron condenados por blanqueo imprudente.

Como los errores invencibles en el ámbito de la imprudencia no son punibles, deben quedar absueltos porque no tuvieron posibilidad de conocer sobre la producción del riesgo prohibido.

Cosa que no sucede respecto de los condenados por blanqueo imprudente en la sentencia del Tribunal Supremo 1746/2003 de 23 de diciembre, porque por ejemplo Rosario, Antonieta y Celestina o Rosario y Elsa, se comportaron típicamente y consta en los hechos probados, además, con conocimiento de la ilícita procedencia del dinero. El comportamiento típico consistía en realizar cambio de divisas (pesetas a dólares) a cambio de una comisión, con conocimiento de que el dinero procedía del tráfico de cocaína. Entonces, no se entiende una argumentación que a partir de aquí dé cabida a la imputación jurídico-penal por blanqueo imprudente. Si existe conocimiento sobre el origen ilícito de los bienes-efectos no existe posibilidad de la admisión de un error evitable, por lo que al menos existirá dolo eventual. Además, la serie de indicios junto a las condenas conjuntas por tráfico y/o posesión de drogas y/o falsedad documental como instrumentos del blanqueo hacen impensable la imprudencia como explicación del comportamiento objetivado. Todos estos datos constan en la relación de hechos probados. Por lo que esta decisión no es sólo discutible sino rechazable desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la previsión normativa.

Por último, me referiré a la sentencia del Tribunal Supremo 1034/2005. Recordemos que antes habíamos llegado a la conclusión de que tanto Gustavo condenado por delito doloso de blanqueo de capitales como Mauricio condenado por blanqueo imprudente se comportaron de manera similar por lo que se puede sostener que en el tipo objetivo no hay diferencia entre tipo doloso e imprudente. De los hechos probados de esta sentencia se observa con claridad que la diferencia entre la imputación dolosa y culposa está en el tipo subjetivo. Porque el punto de quiebre entre ambos comportamientos y su calificación jurídica está en el hecho de que Gustavo conoce que el dinero procede de delitos de tráfico mientras que respecto de Mauricio únicamente se logró establecer que tan sólo era consciente de que algo anómalo, irregular y dudoso existía en las operaciones que efectuaba y, sin embargo, decidió realizarlas. Lo que

fundamenta en este caso la imputación imprudente es el hecho de que Mauricio pudo conocer acerca del origen ilícito del dinero. De tal modo que pudo evitar llevar a cabo la actividad de ocultación. Por tanto, debió conocer el origen ilícito del dinero y debió evitar comportarse como se comportó. Nuevamente hay que decir que este deber de evitar introducir bienes-efectos en la economía se desprende directamente de la norma de determinación contenida en el art. 301 CP. La prohibición a la que se refiere el art. 301 CP hace referencia a la ilícita circulación de bienes-efectos. Por lo que estaría prohibido con conocimiento (dolo) o sin conocimiento (culpa) jurídico-penalmente relevante, la introducción de bienes ilícitos en la economía. De esta prohibición se deriva el objeto de protección: la lícita circulación de bienes-efectos en la economía. El que realice, cree o desencadene un riesgo en los términos del art. 301 CP que comporte dotar de licitud para el tráfico a los bienes de origen delictivo, deberá responder jurídico-penalmente por dolo o imprudencia.

Hasta aquí hemos construido una teoría del delito culposo o imprudente. En el apartado que sigue nos vamos a detener brevemente en la cuestión referida a las clases de imprudencia, observaremos que a lo largo de las distintas concepciones son invariables las dos categorías de la imprudencia. Lo problemático ha sido la forma en que se han construido, aunque como se verá no tanto. Para nosotros, trascendental no será la diferenciación entre imprudencia consciente e inconsciente, puesto que esta diferenciación como observaremos carece de relevancia porque la ley no asigna valor jurídico distinto a cada una de ellas. A los efectos de la investigación lo importante será desentrañar qué es la imprudencia grave porque en el ámbito de la ley penal española es la única punible.

5. CLASES DE IMPRUDENCIA: FUNDAMENTACIÓN DE LA IMPRUDENCIA COMO COGNOSCIBILIDAD RELEVANTE

En la configuración causal de la imprudencia detrás se encuentra la voluntad y la representación (JIMÉNEZ DE ASÚA, resaltará esta cuestión *ob. cit.*, pág. 378, y la preferirá a la *previsión*). En palabras de BELING lo importante

será determinar si el proceso de formación del querer era o no reprochable al autor¹⁶¹. Si se hubiese podido evitar el error la culpa sería inconsciente, porque la representación del resultado no se ha producido¹⁶². En cambio, si el autor a pesar de conocer que la situación es problemática, si con una atención adecuada habría conocido de la seriedad de la situación, la culpa es consciente¹⁶³; porque la representación del resultado se ha producido¹⁶⁴. En estas concepciones todavía el delito imprudente es referido al resultado de lesión¹⁶⁵; sin embargo, ahora ya se admite la posibilidad de un delito imprudente referido al resultado de peligro¹⁶⁶. En la configuración final de la imprudencia la falta de cuidado tiene dos puntos de partida: a) el referido a la previsibilidad del resultado; y, b) el referido a su evitabilidad. En los primeros supuestos nos encontramos ante la culpa consciente y en los segundos ante la culpa inconsciente¹⁶⁷. En la culpa

¹⁶¹ VON BELING, E.: *Esquema...*, *ob. cit.*, pág. 125.

¹⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 378; en el mismo sentido, MEZGER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 257; en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 635.

¹⁶³ VON BELING, E.: *Esquema...*, *ob. cit.*, pág. 127. En este punto, es importante mencionar que este autor entiende a la culpa como una categoría que se materializa de dos maneras. La culpa inconsciente para él es negligencia: falta de cuidado; y, la culpa consciente es imprudencia: temeridad. En ambas modalidades existe culpa, es decir, en esta concepción civilista y psicológica, encontramos un vicio de la voluntad que explica la acción. Se nota la influencia de la doctrina judeo-cristiana de la culpa; así también MERKEL, A.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 91; en el mismo sentido, MAURACH, R.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 221-222, a efectos del reproche, la diferenciación entre estas dos manifestaciones de la imprudencia, no tiene repercusión. Sin embargo, en lo que se refiere al título de imputación, por dolo eventual sí que rinde la diferenciación, porque de esto dependerá que el dolo eventual sea dolo y no imprudencia o lo que es lo mismo, que la imprudencia consciente sea imprudencia y no dolo.

¹⁶⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 378; en el mismo sentido, MEZGER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 257; en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 635.

¹⁶⁵ Sobre la discusión y lo que supuso la distinción entre el desvalor de acción y desvalor de resultado, y si debe estar incluido o no como elemento típico en el delito culposo, situación que se reflejó en la problemática de si la gravedad de la imprudencia tiene o no necesariamente una relación explicativa con la gravedad del resultado, revisar: QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica... *ob. cit.*, pág. 70; también con amplias referencias, GUALLART Y DE VIALA, A.: «La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho penal español», en *ADPCP*, t. XXXII, fasc. III, septiembre-diciembre de 1979, pág. 618.

¹⁶⁶ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 611, aquí ya es patente el concepto de peligro. Con lo cual se abre paso en la doctrina no sólo el delito imprudente de lesión sino también el de peligro; en el mismo sentido, ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 996, también de esta opinión ya VON WEBER, H.: *Lineamientos del Derecho penal alemán*, edit. Ediar, trad. (segunda edición, 1948) BROND, L., revisada por ZAFFARONI, E., Buenos Aires, 2008, pág.88, esta cita es importante porque a este autor se le considera el precursor de la teoría final de la acción.

¹⁶⁷ MAURACH, R.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 221.

consciente, el autor ha previsto la posible producción del resultado, pero ha supraestimado su capacidad final de dirección y en este sentido infravalora el deber de cuidado. En la culpa inconsciente en cambio, no ha previsto siquiera la posibilidad de producción del resultado prohibido. En la culpa inconsciente se trata de aquellos casos en los que el autor no se ha representado el peligro que es la consecuencia de la lesión del deber de cuidado que le incumbía¹⁶⁸. En la culpa consciente, por el contrario, el autor se representa el peligro de lesión del bien jurídico; pero valorando falsamente la situación piensa que el peligro no se concretará en el resultado¹⁶⁹.

En coherencia con la construcción de la imprudencia que se sigue en esta investigación (la que sostiene que en la imprudencia falta siempre el conocimiento de la realización del tipo¹⁷⁰; de donde la imprudencia sería una forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse¹⁷¹) se debe afirmar que las dos formas en que se presenta la imprudencia, ya sea consciente (¿?) o inconsciente, están afectadas por esta demarcación: evitación actual de lo que ha de evitarse, no-conocimiento pero sí cognoscibilidad jurídico-penalmente relevante¹⁷². La imputación jurídico-

¹⁶⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, ob. cit., pág. 219; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 602.

¹⁶⁹ Sobre el fundamento de esta distinción, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 293, sostiene que se da por el contenido psicológico de la acción imprudente.

¹⁷⁰ JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 382.

¹⁷¹. Ésta siendo una definición moderna de la imprudencia, no es una definición positiva de la imprudencia, sino una negativa, para saber qué es lo que siendo evitable no es dolo, entonces, cuando nos encontramos ante la posibilidad de un resultado prohibido producto de una acción, lo que diferencia del dolo es que la cognoscibilidad no ha dado el paso hacia el conocimiento, sino precisamente que, en la acción falta el conocimiento de aquello que debe evitarse. En ambas modalidades existe la posibilidad de conocer -cognoscibilidad-, pero en la imprudencia se exige un deber de conocer, en el dolo el sujeto conoce. Véase, JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 382; sobre la necesidad de una construcción negativa de la imprudencia, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 634.

¹⁷² ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 1019. Sugiere que la validez de esta distinción se encuentra en la relevancia que tiene a los efectos de determinar si ante un supuesto nos encontramos ante culpa consciente o dolo eventual. Este autor define el dolo eventual como decisión por la posible lesión del bien jurídico y la imprudencia consciente como la creación de un riesgo no permitido y sin embargo el autor confía en la producción del resultado; para JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 382, el dolo es conocimiento y este sentido, un estado posterior a la cognoscibilidad, la culpa en cualquiera de sus especies, no requiere conocimiento y por tanto difiere materialmente del dolo en cualquiera de sus clases.

penal por culpa o imprudencia se realiza por la posibilidad exigible (deber) de conocer (cognoscibilidad) y no por el conocimiento. Con lo que a efectos jurídicos es indiferente la diferenciación entre las especies de culpa, sobre todo porque la ley no ha realizado previsión alguna al respecto y en definitiva la norma penal no vincula diferentes consecuencias jurídicas¹⁷³. Se ha rechazado la interpretación que vincula la equivalencia entre imprudencia inconsciente e imprudencia grave¹⁷⁴; aunque para algunos¹⁷⁵ *de lege ferenda* deba incluirse una diferenciación entre imprudencia consciente y la inconsciente a los efectos de atenuar la responsabilidad para los supuestos en los que concurra la segunda¹⁷⁶. En definitiva, a los efectos de nuestra investigación es práctica y metodológicamente estéril indagar sobre la diferenciación de un suceso que ocurre en el mundo de los fenómenos pero que la ley no ha dado entidad jurídica, porque por lo pronto no le interesa. Con esta previsión, no se rechazan las aportaciones que los diferentes autores realizan en torno a esta cuestión y la aplicación práctica que se arguye tiene: diferenciar los supuestos de culpa consciente del dolo eventual¹⁷⁷. La cuestión está en resaltar que estas investigaciones todavía no dicen cuál es en realidad la diferencia entre los

¹⁷³ Para JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 382, carece de sentido; para ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 1019, no posee relevancia; sobre todo desde que ya no impera la teoría psicológica de la culpabilidad, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 293; es intrascendente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 602, sólo importa para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente.

¹⁷⁴ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 382; de otra opinión, al parecer, STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 426, aquí se da una equivalencia entre culpa consciente y temeridad, al menos eso parece dar a entender cuando señala que en la culpa consciente el autor, confía por temeridad en que el resultado no se producirá. Esta opción debe ser rechazada como se verá en el desarrollo del epígrafe. De este modo, este autor seguiría la tradición interpretativa en la que se cuenta a BELING y MERKEL.

¹⁷⁵ Sobre el tipo subjetivo del delito imprudente, la monografía de HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia inconsciente...*, *ob. cit.*, pág. 193 y ss. En la que se encuentra un desarrollo importante de la diferenciación entre estos dos tipos de imprudencia, sobre todo, para determinar si es justificable o no una diferenciación legal entre aquellas.

¹⁷⁶ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 1019 y ss.

¹⁷⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», en *ADPCP*, t. XXXIX, fasc. II, mayo-agosto 1986, pág. 396. Aquí, se sostiene que el querer o no querer la realización del tipo se presenta como la única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia. Para nosotros, modernamente entendemos que el querer está referido al conocimiento. Por tanto, esta tradición tiene plena consonancia con lo que se expondrá en las líneas posteriores.

géneros dolo y culpa, para a partir de esta diferenciación, hacer depender lo distinto de sus especies: dolo eventual y culpa consciente respectivamente.

5.1. **NORMATIVIZACIÓN DE LAS ESPECIES DE CULPA: CONSCIENTE/INCONSCIENTE VS. PREVISIBLE/NO PREVISIBLE, UNA TERMINOLOGÍA DESACERTADA**

Sobre esta última cuestión, un paréntesis que nos permita normativizar estos conceptos o por lo menos proponer un entendimiento jurídico-penal que los haga viables. Considero que el problema se suscita también por la terminología un tanto desacertada para referirse y diferenciar a la especie de culpa en la que el autor no ha previsto siquiera la posibilidad de producción del resultado prohibido y aquella en la que sí ha previsto la posible producción. Porque desde estas definiciones lo que se *conoce* no es el conocimiento que se exige en los niveles de dolo¹⁷⁸. Sino que son referencias a niveles de conocimiento de cuestiones o hechos previos o circunstancias previas que nada tienen que ver con el comportamiento típico. Explicado de otra manera, se podría afirmar que el dolo es conocimiento de la acción y sus consecuencias y, los conocimientos que se imputan en la culpa consciente del autor culposo en sentido estricto no están referidos al comportamiento típico, sino a unas determinadas circunstancias previas (por lo que en este nivel de análisis las dos modalidades de culpa serían definibles como conocimientos previos) que le inducen al autor por error a pensar que el comportamiento posterior elegido y realizado, y su resultado o no se va a producir porque no detecta siquiera su presencia (culpa inconsciente) o de existir la probabilidad de producirse no se lo plantea seriamente y decide comportarse indiferentemente (culpa consciente). La discusión tal vez debería reconducirse sobre la fórmula social

¹⁷⁸ RAGUÉS I VALLÈS, R.: *El dolo y su prueba...*, *ob. cit.*, 352 y ss., y 521. Aquí se propone interpretar el dolo, el conocimiento exigido cuando *a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal*. Desde esta perspectiva, se desecha toda psicologización o instrumento psicológico para atribuir jurídicamente un conocimiento o dolo a un sujeto que se ha comportado típicamente.

conocimiento/no-conocimiento y averiguar si en el nivel del desconocimiento era posible y exigible conocer (cognoscibilidad) y por lo tanto era evitable el comportamiento. Desde esta perspectiva no existe dificultad para aceptar que la imprudencia es desconocimiento, no es dolo, pero no sólo eso, se está en el ámbito de lo cognoscible y así de lo evitable. Tal vez sería más adecuado para evitar (nunca mejor usado este verbo) confusiones hablar en este nivel de discusión de culpa previsible (consciente o con conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico) y culpa no previsible (inconsciente o sin conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico).

Esta forma de interpretación tiene puntos de contacto con la original y primigenia forma de entender la imprudencia desde el Derecho natural, recogida por ISIDORO DE SEVILLA y originalmente desarrollada por TOMÁS DE AQUINO entre otros. Hay que reconocer que este último tiene como fuente de inspiración al gran filósofo griego ARISTÓTELES, tanto así que de las 157 citas de autores (sin contar las citas de la Biblia que suman 84, 47 del AT y 37 del NT) utilizadas en su Tratado sobre la prudencia-imprudencia dentro de la II-II de la Suma Teológica, nada menos que 101 veces fue citado este último y sobre cuestiones nucleares o de trascendencia, por ejemplo, en lo referente a la ubicación de la prudencia ya sea en la voluntad o en el entendimiento (razón). Siguiendo el criterio del estagirita, TOMAS DE AQUINO escoge ubicarla en el entendimiento logrando imponerse a la postura que la tradición de la Iglesia sostenía a este respecto especialmente desde AGUSTÍN DE HIPONA¹⁷⁹.

Los puntos de contacto se afirman después de realizar una previa normativización, dotando de sentido social actual a toda esta antigua teoría. En este sentido, tenemos que reconocer que nos hemos acercado a la estructura de la imprudencia de la que es heredera la Ciencia del Derecho y que ha venido construida y desarrollada por la doctrina jurídica del Derecho (natural) de la Iglesia. Para el Derecho natural el problema en torno a la prudencia-

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, edit. Centro de Estudios Constitucionales, ed. bilingüe, trad. ARAUJO, M, MARÍAS, J., introducción y notas de MARÍAS, J., Madrid, 1981, pág. 82 y ss., 1135b.

imprudencia consistía en dilucidar si la prudencia como virtud tiene su origen o fundamento en el entendimiento o en la voluntad. Cuestión que como hemos expresado antes a nota de pie de página, constituye en nuestra opinión el punto clave para la actual normativización operada en las diferentes formas del tipo subjetivo y también el anclaje de la in-explicación de la culpa en los sistemas tradicionales que tenían a la teoría de la voluntad como fundamento de su explicación.

Argumentan que “*como la (pre)visión no pertenece a la facultad apetitiva, sino a la cognoscitiva, la prudencia pertenece directamente a la facultad cognoscitiva y tampoco pertenece a la facultad sensitiva, porque con ésta se conoce lo que está presente y aparece a los sentidos, mientras que conocer el futuro a través del presente o del pasado, que es lo propio de la prudencia, concierne propiamente al entendimiento, puesto que se hace por deducción. Por consiguiente, la prudencia radica propiamente en el entendimiento*”¹⁸⁰. El comportamiento del prudente le permitiría considerar desde la pre-visión lo que está lejos, lo que no conoce, en cuanto aquella visión le permitiría adoptar una decisión adecuada. Aquella pre-visión como conocimiento previo le podría ayudar o limitar (impedirle) respecto de aquello que debe hacer en el momento presente. La prudencia indicaría una visión anticipada y por eso es pre-visión que connota afecto de precaución y de protección contra un riesgo prohibido (un mal) probable o posible¹⁸¹. Para estos

¹⁸⁰ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica...*, *ob. cit.*, II-II, cuestión 47. Sobre la voluntad y el entendimiento, Primera Parte, cuestión 82. En lo siguiente, estudiaremos tan sólo a este autor, por considerar que en lo que se refiere a la *prudencia-imprudencia*, los historiadores reconocen que el primer gran documento denominado tratado que realmente merece este nombre se debe a TOMÁS DE AQUINO, esto claro está, como consecuencia del descubrimiento (y gran estima) del pensamiento filosófico de ARISTÓTELES, junto con la influencia de la enseñanza bíblica y de la tradición de la Iglesia Católica. Revisar esta constatación en TETTAMANZI, D.: «Prudencia», en *Diccionario de Teología III*, edit. Sígueme, Salamanca, 1982, pág. 937 y ss.

¹⁸¹ La *prudencia* en TOMÁS DE AQUINO viene del latín *providentia* en el mismo sentido de CICERÓN. Revisar de este último, *De legibus*, 1 c.23, en www.thelatinlibrary.com/, escrita alrededor del año 52 AC.

autores, la prudencia significa como ver a lo lejos, el prudente es ciertamente perspicaz porque prevé a través de la incertidumbre de los sucesos¹⁸².

Veamos cómo este gran filósofo (teólogo) estructura el concepto normativo de prudencia, porque en mi opinión esta estructura nos ayuda a explicar adecuadamente lo que es la imprudencia en el sentido que hemos expuesto *supra*, concepción de la que también deriva lo que hemos afirmado respecto de sus especies: culpa previsible y culpa no previsible. TOMÁS DE AQUINO sostiene que a la prudencia atañe la aplicación de la recta razón al obrar, ejercicio que no se realiza sin la rectificación de la voluntad. De aquí que se ubique la prudencia en la razón y no en la voluntad, porque lo que decide el sujeto en el entendimiento es lo que condiciona el hacer u omitir libre y voluntario¹⁸³. La prudencia radica en el entendimiento y se diferencia de los demás comportamientos intelectuales (virtudes intelectuales) en función de su objeto. Porque su objeto no son cosas necesarias sino objetos contingentes, como en el arte. En el arte el artista trabaja sobre el objeto o con el objeto contingente o factible, sobre la materia de la que está hecho el objeto: una mesa de la madera, una escultura del mármol, la pintura en el lienzo, etc. En la

¹⁸² TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica...*, *ob. cit.*, II-II, cuestión 47; ISIDORO DE SEVILLA: *Etimologías*, edit. BAC, Madrid, 2004, pág. 384. *Prudentia est in rebus, qua discernuntur a bonis mala.* (La prudencia es lo que permite discernir el bien del mal).

¹⁸³ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica...*, *ob. cit.*, II-II, cuestión. 47.4. Dejaremos de lado comentar esta cuestión, porque a los efectos jurídico-penales es indiferente, porque el comportamiento doloso o imprudente, trae implícito la consideración de que el sujeto actuó como lo hizo, voluntariamente. Sin embargo, esta expresión, no es baladí, encierra tras de sí la idea fundamental de que el sujeto se auto-determina con conocimiento o sin él mediante la razón, así los actos voluntarios son siempre determinados racionalmente y de este modo se entiende que sea para este sistema la prudencia, una virtud. Nosotros modernamente diríamos que es un comportamiento conforme a derecho. Es relevante manifestar que, en España DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., se inclinaba por esta forma de entender el problema de la subjetividad. En su *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1872, cap. IV, párrafo I, 10, 15, contestando a BECCARIA sobre su idea de que la medida de la pena o de la punibilidad se concreta en el daño, argumenta que si fuese verdadera no habría diferencia entre delitos cometidos por dolo o culpa y los define del siguiente modo: el delito doloso es uno *cometido con serenidad y pleno conocimiento*; el delito culposo es uno *que se hace con el ánimo perturbado por el ímpetu y vehemencia de las pasiones*. Así, elabora toda una exposición en función del par intelectual conocimiento-desconocimiento y concluye que la falta de conocimiento disminuye el delito y la pena, por lo que los delitos cometidos por ignorancia, error, culpa, impericia, etc., se deben castigar con una pena menor. Es obvia aquí la influencia de la doctrina y de la sistemática aristotélico-tomista. En sentido parecido sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia...*, *ob. cit.*, pág. 31 y ss.

prudencia el sujeto trata sobre lo agible, sobre aquello que se puede hacer. Es decir, sobre la actividad misma del sujeto que actúa. En el arte el artista coloca en el objeto el hacer, por eso el objeto cambia. En la prudencia, el hacer se queda en el sujeto, lo que se logra es la perfección del sujeto. Por eso, la prudencia trata sobre los medios y no sobre los fines¹⁸⁴.

El comportamiento prudente es aquel que con la experiencia del pasado y desde el presente delibera sobre el futuro y sobre lo que aquí y ahora se debe hacer, así se entiende que la prudencia radique en la razón práctica y no en la razón especulativa o teórica. TOMÁS DE AQUINO propone como ejemplo para entender esto: *“conformarse con la recta razón es el fin propio de cualquier virtud moral. Y así, la templanza va encaminada a que el hombre no se desvíe de la razón por la concupiscencia; igualmente, la fortaleza procura que no se aparte del juicio recto de la razón por el temor o por audacia... Ahora bien, incumbe a la prudencia determinar de qué manera y con qué medios debe el hombre alcanzar con sus actos el medio racional. En efecto, aunque el fin de la virtud moral es alcanzar el justo medio, éste solamente se logra mediante la recta disposición de los medios”* que se alcanza por la práctica de la prudencia¹⁸⁵. Entonces, y he aquí lo trascendente de este entendimiento de la prudencia-imprudencia que de alguna manera ha estado olvidado, si la prudencia trata de los medios y es función suya ordenarlos de forma apropiada al fin, se debe entender que *“lo pasado se torna en cierto modo necesario, ya que es imposible la no existencia de lo que ha sucedido... lo presente, en cuanto tal, implica cierta(mente una) necesidad... de ahí que los futuros contingentes pertenecen a la prudencia en cuanto ordenables por el hombre al fin último de la vida humana. Pero ambos elementos van implicados en la idea de previsión. En efecto, la previsión implica relación a algo distante hacia lo cual debe ordenarse cuanto suceda en el presente. Por eso la previsión es parte de la prudencia”*¹⁸⁶. La previsión es el núcleo de la prudencia. Es relevante el comportamiento imprudente porque de haber conocido adecuadamente las

¹⁸⁴ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II, cuestión 47.5.

¹⁸⁵ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II, cuestión 47.6.

¹⁸⁶ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II, cuestión 49.6.

circunstancias previas (previsión), el sujeto no se hubiera comportado como se comportó. La previsión le permite adecuar su conducta de tal modo que con su comportamiento no se produzcan resultados prohibidos. No interesa aquí que el sujeto conozca (dolo) que su comportamiento es prohibido porque produce efectos antijurídicos respecto de terceros, lo que interesa aquí es que su desconocimiento (culpa) le lleva a juzgar como no riesgoso aquello que en efecto es riesgoso y prohibido respecto de terceros.

Como la prudencia tiene por objeto cosas contingentes y en concreto acciones o comportamientos contingentes en las que se pueden mezclar “*lo verdadero con lo falso, el mal con el bien*”, es necesario e inherente también a la prudencia la precaución “*para aceptar el bien y evitar el mal*”¹⁸⁷. Nosotros diríamos que, en un determinado contexto, determinadas circunstancias le inducen al autor por error a pensar que el comportamiento y su resultado o no se va a producir porque no detecta siquiera su presencia (culpa no-previsible) o de existir la probabilidad de producirse no se lo plantea seriamente y decide comportarse indiferentemente (culpa previsible). Antes de la elección o decisión en relación con los conocimientos de las circunstancias previas (previsión), el comportamiento es contingente, puede suceder o no, esto es lo que caracteriza el objeto de la prudencia-imprudencia: comportamientos contingentes. Si el sujeto decide o elige por error en relación con los conocimientos previos, el comportamiento típico posterior debe explicarse por imprudencia. El objeto material de la prudencia es lo operable, lo agible, el comportamiento de la persona, por lo que la imprudencia incide sobre el comportamiento personal. El comportamiento imprudente es imputable porque incide sobre las acciones libres, sobre las concretas y previas elecciones que configuran y condicionan el comportamiento típico y su resultado.

A partir de aquí no es difícil entender por qué para TOMÁS DE AQUINO la imprudencia puede ser entendida desde dos puntos de vista: como privación y como contrariedad. Como privación la imprudencia indica un carecer de prudencia en quien podría y debería tenerla. Como contrariedad la imprudencia

¹⁸⁷ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II, cuestión 49.8.

se refiere al comportamiento de aquel que se mueve y obra de un modo contrario a la prudencia (la recta razón del prudente actúa aconsejando; el imprudente en cambio, desprecia el consejo) porque le falta alguno de los elementos inherentes y propios de aquella. Por ejemplo, si falta la diligencia entendida como cuidado en la ejecución de algo, habrá la negligencia que permite configurar la imprudencia¹⁸⁸. Este ejemplo es importante para indagar el por qué ha existido confusión al momento de definir la imprudencia como infracción del cuidado debido. Porque la negligencia es una de las formas en que se puede manifestar o exteriorizar la imprudencia, pero eso no es la imprudencia. La negligencia o falta de cuidado se produce por un error evitable originado en unos conocimientos del autor culposo que no están referidos al comportamiento típico sino a unas determinadas circunstancias que le inducen a pensar que el comportamiento y su resultado o no se va a producir porque no detecta siquiera su presencia (culpa no previsible) o de existir la probabilidad de producirse no se lo plantea seriamente y decide, en el sentido de elegir, comportarse indiferentemente (culpa previsible), decide comportarse típicamente. El moderno concepto de imprudencia fusiona estos dos elementos (la imprudencia como privación y como contrariedad) en uno: porque actúa imprudentemente quien ha tenido un error sobre la producción de un riesgo prohibido, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo (imprudencia como contrariedad); pero esta evitabilidad en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar, indica un carecer de prudencia en quien no sólo podría, sino que además debería tenerla (la imprudencia como privación). La evitabilidad es siempre individual.

Reconozco sin embargo que, aunque toda la discusión anterior es una cuestión que requiere un tratamiento monográfico autónomo y pormenorizado, eso no obsta escoger un entendimiento normativo y de sentido social de la imprudencia y sus especies tal y como lo hemos hecho, curiosamente desentrañando su original concepción en el Derecho romano y en la interpretación filosófica-teológica que de este concepto o par prudencia-imprudencia se desarrolló. Además, porque como hemos afirmado antes, esta

¹⁸⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II, cuestión 53.1.

discusión carece de relevancia (práctica probatoria) porque la ley no distingue entre especies de imprudencia y, por otro lado, una exagerada psicologización de los conceptos hace impracticable una prueba sobre el conocimiento-cognoscibilidad jurídico-penalmente relevante, lo que obliga a normativizar y/o sociabilizar estos conceptos.

Hay que agregar que esta forma de interpretación, distinta respecto de la tradicional sobre las especies de culpa, ya ha sido ensayada en la doctrina partiendo también desde la perspectiva conocimiento/no-conocimiento. El argumento es el siguiente: a pesar de que materialmente no cabe admitir que la culpa consciente sea una especie de la culpa o imprudencia (en el sentido tradicional del término, como forma de conocimiento que cabe entender para los comportamientos dolosos) por cuanto si el sujeto activo del delito conoció el riesgo jurídicamente desaprobado generado por su acción existirá dolo eventual (aquí lo que se intenta decir, es que el sujeto conoce que su comportamiento producirá un riesgo prohibido y aun así, decide o elige comportarse de ese modo) y si por el contrario no conoce el riesgo que surge de su conducta pero de los hechos se desprende que hubiera podido conocerlo (cognoscibilidad jurídico-penalmente relevante) nos encontraríamos ante un supuesto susceptible de imputación jurídico-penal por culpa o imprudencia¹⁸⁹. Para esta postura cabría mantener la diferenciación terminológica entre culpa consciente y culpa inconsciente, redefiniendo los contenidos normativos de estas especies de culpa: cuando el error del autor recaiga sobre el carácter concreto del peligro habrá culpa consciente; cuando el error recaiga sobre la existencia misma del peligro existirá culpa inconsciente. Sin embargo, podría criticarse que esta diferenciación deja dudas respecto de la forma de determinación y diferenciación entre el carácter concreto y la existencia misma del peligro. Nosotros argumentaríamos que en el sentido de la redefinición propuesta en las primeras líneas de este apartado se podría completar la determinación conceptual afirmando que tanto la culpa previsible (consciente

¹⁸⁹ Sólo habrá imputación imprudente por culpa inconsciente, porque cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual. Revisar esta idea en JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 382 y BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 344.

o con conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico) y la culpa no previsible (inconsciente o sin conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico) deben estar referidas al peligro. Se hace necesario añadir entonces, que la previsión está referida al conocimiento del peligro o riesgo creado o superado por parte del comportamiento posterior, por lo que la idea de previsión como conocimiento previo encaja perfectamente como criterio diferenciador entre la culpa consciente y la inconsciente. Cuando exista posibilidad de previsión, es decir, conocimientos de las circunstancias previas sobre el carácter concreto del peligro nos enfrentamos a supuestos de culpa consciente o culpa previsible. Cuando no exista esta posibilidad de previsión, es decir, no-conocimientos de las circunstancias previas sobre la existencia del peligro, o lo que es lo mismo, que los conocimientos de las circunstancias previas le llevaron a un no-conocimiento como previsión sobre la existencia del peligro, estamos frente a supuestos de culpa inconsciente o culpa no previsible. Porque el sujeto actúa sin plantearse la posibilidad cierta del resultado prohibido, del peligro prohibido. Este planteamiento podría ser también una solución.

En el apartado que sigue daremos una respuesta a la cuestión de la gravedad de la imprudencia, porque a efectos de la interpretación del tipo de blanqueo de capitales en la modalidad imprudente es importante recordar que el núm. 3 del art. 301 CP sanciona el blanqueo por imprudencia grave.

5.2. LA GRAVEDAD DE LA CULPA O IMPRUDENCIA: EXPLICACIÓN, FUNDAMENTACIÓN, CRÍTICA Y UBICACIÓN

La dificultad estriba en que no sabemos propiamente qué es imprudencia grave porque el CP no señala nada al respecto. Lo que sí sabemos es que, para imputar por imprudencia en el sistema legal instaurado por el CP de 1995, siempre que se lo intente por imprudencia se realizará invariablemente cuando aquella sea grave. Porque en general, casi todos los tipos penales del CP que punen por imprudencia no utilizan otra expresión que no sea aquella.

Existe una salvedad, el art. 259.3 CP que regula la insolvencia punible y que exige tan sólo imprudencia. Considero que la explicación de esta diferenciación está en que ha sido o bien un error del legislador que mediante la LO 1/2015 incorpora este tipo delictivo olvidándose de la general fórmula utilizada para castigar por imprudencia añadiendo el apelativo de grave o bien un indicio sobre lo que correctamente debería realizar el legislador respecto de todos los demás tipos penales, a saber: eliminar el adjetivo calificativo grave, porque no agrega nada. Se podría también endilgar esta crítica a los tipos que punen por imprudencia menos grave. Porque alguien podría considerar que estas constituyen ejemplo de tipificaciones de imprudencia diferenciadas. Ejemplo de esta tipificación es la de los arts. 142.2 y 152.2 CP, porque estos tipos exigen una imprudencia menos grave.

A este respecto, nuestra postura se puede expresar del siguiente modo: a) muy a pesar de que en estos casos literalmente no se trata de punición por imprudencia grave, no dejan de ser estos comportamientos unos que se encuentren caracterizados por una imprudencia grave, porque la expresión menos grave significa que aquello a lo que está referido sigue siendo grave aunque no tanto como otros supuestos; b) dejando sentada nuestra postura respecto de los términos culpa e imprudencia (revisar el capítulo I, apartado 1), postura que nos llevaría a proponer *de lege ferenda* como más oportuno y acertado utilizar la expresión culpa y no la de imprudencia; c) sin embargo, considero que dadas las actuales condiciones de la ley, lo más viable y oportuno como propuesta *de lege ferenda* sería simplemente hablar de imprudencia. Porque la ley penal ya encierra en sí un discurso sobre los hechos más graves, entonces el adjetivo calificativo grave o menos grave tan solo agregan confusión; y, d) por último, también sería posible afirmar que si el legislador decidió utilizar genéricamente la expresión imprudencia grave, lo más coherente sería que en todos los supuestos en donde se quiera castigar un comportamiento que se explique por imprudencia se coloque la expresión imprudencia grave, por las mismas razones antes expuestas.

Además, en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015, el propio legislador nos da una pista del error: “*en cuanto al homicidio y lesiones*

imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil". De esta argumentación se desprende que para el legislador existe una nueva forma de entender la graduación de la imprudencia. Los arts. 142.1 y 152.1 CP hacen referencia a los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave y los arts. 142.2 y 152.2 CP por imprudencia menos grave, estos últimos entrarán a formar parte de los delitos leves. El legislador sostiene que de este modo "*se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia...*". Si lo que quería el legislador era graduar la imprudencia en función de la gravedad del comportamiento y su resultado, debió recurrir al instrumento que el CP ya usa desde hace mucho tiempo para este cometido: la penalidad. Aquellos comportamientos imprudentes que, aunque graves, son menos graves que otros, se les debe imponer una pena menor. La argumentación es innecesaria respecto de aquello que se quiere sostener: una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche; pero es muy importante para destacar que aquello que se pune por imprudencia debe estar referido a los comportamientos que producen graves ataques en contra de los objetos jurídicos de protección que el ordenamiento quiere proteger. Finalmente, y regresando al art. 259.3 CP, la sola existencia de la expresión imprudencia no debe llevar a la confusión de que nos encontramos ante una imprudencia leve en el sentido de no grave. La imprudencia en el ámbito jurídico penal debe encerrar en su concepto la creación de un riesgo importante y relevante, y de este modo el comportamiento imprudente punible no puede ser uno leve o no grave, en sentido estricto será siempre grave.

Con las previsiones planteadas, podemos volver a afirmar que, aunque no sepamos propiamente qué es imprudencia (¿grave?) porque el CP no expresa nada al respecto. Lo que sí sabemos es que, para imputar por imprudencia en el sistema legal instaurado por el CP de 1995, siempre que se lo intente por imprudencia se realizará invariablemente cuando aquella sea grave. Esta sola constatación haría que renunciemos a una mayor explicación sobre la gravedad de la imprudencia porque para la ley penal la imprudencia que importa es la grave. Sin embargo, considero necesario dar una respuesta penal. Porque allende de todos los alegatos expuestos, la imprudencia en el CP español, pero especialmente en concreto en el art. 301.3 del mismo cuerpo legal, el tipo penal que estamos construyendo, viene caracterizada por ser grave.

Sostiene un sector muy importante de la doctrina alemana que para el Derecho penal alemán la imprudencia grave se encuentra referida al concepto de temeridad como forma cualificada de la imprudencia¹⁹⁰. Señalan que el legislador al escoger esta opción nos indicaría acerca de una graduación de la imprudencia¹⁹¹. Por su parte, en España se sostiene que la importancia que reviste el concepto de imprudencia grave se encuentra en que el CP de 1995 sustituyó la imprudencia temeraria del art. 565 del anterior CP por la imprudencia grave constante en los tipos que punen por imprudencia. Por tanto, este concepto debe heredar el mismo contenido que aquella¹⁹². De esta interpretación surgen varias cuestiones: ¿se debería concluir que lo grave de la

¹⁹⁰ En este sentido, ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 1024; también, JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 612, quienes refieren que la graduación de la imprudencia ha sido tomada del Derecho civil, cuando los tipos penales exigen la temeridad grave *Leichtfertigkeit*, como forma acentuada de imprudencia.

¹⁹¹ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 1024 y ss., con el concepto de graduación, se hace referencia no a una especie dentro del género sino apreciar la especie en los grados en que se divide. Al menos eso es lo que se entiende de la interpretación *roxiniana*. Esto a partir de la propuesta de definición que hacía de la temeridad el Proyecto de CP alemán de 1962: actúa temerariamente quien actúa de modo gravemente imprudente.

¹⁹² QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la...», ob. cit., pág. 54. La ley penal española en su momento, trasladó la tripartición de la culpa civil de la que heredó su tradición la norma penal. Así, en materia civil la culpa se graduaba del siguiente modo: culpa lata (grave), levis (leve) y levísima (muy leve). La ley penal tradujo la tripartición de la culpa en la terminología de imprudencia temeraria (culpa grave), simple con infracción de reglamentos (culpa leve) y simple sin dicha circunstancia (culpa levísima); sobre la traslación del contenido normativo, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 294; en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 637.

imprudencia es entonces la temeridad? Pero, ¿qué es la temeridad?, ¿se debe entender por temeridad lo que se predica de una acción especialmente peligrosa¹⁹³? o cuando se habla de aquella, ¿nos referimos a supuestos de reprochabilidad incrementada¹⁹⁴? o simplemente, ¿son supuestos de desconsideración respecto o en función del bien jurídico afectado o en relación a la norma contrariada¹⁹⁵? Todas estas interrogantes planteadas en sentido afirmativo y positivo son las diferentes posturas que destacan sobre la gravedad de la imprudencia. A ellas nos referiremos discursivamente después de presentar nuestra propuesta.

Para responder a estas cuestiones considero oportuno indagar un poco en la estructura original tomista-aristotélica de la prudencia-imprudencia y sus elementos y especies respectivamente. Porque no queda duda que de esta concepción original han sido extraídos los conceptos jurídicos que habitualmente se han utilizado y se utilizan en la discusión de esta materia. La prudencia se estructura en relación con determinados caracteres que se podrían agrupar en torno a tres grandes categorías: a) partes cuasi integrales; b) esenciales o especies; y, c) potenciales¹⁹⁶.

Las partes cuasi integrales de la prudencia son:

1) Como hábito cognoscitivo:

¹⁹³ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 1024, y no a una actitud interna especialmente reprobable; así también, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 294, quien sostiene que debe tenerse en cuenta la peligrosidad de la conducta; también, LUZÓN PEÑA, D.: *Curso de Derecho penal*, PG, vol. I, edit. Universitas, Madrid, 1996, pág. 517, para quien la imprudencia se concreta en un *peligro superador del riesgo permitido*, con lo que a mayor peligro mayor imprudencia. La paradoja de esta concepción es que el dolo es también una concreción de un peligro superador del riesgo permitido, con lo que cabe preguntar si también, ¿a mayor peligro mayor dolo?

¹⁹⁴ Así, ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 1026, aunque su propuesta coloca la temeridad en el injusto, acepta que es una reprochabilidad incrementada por la acción peligrosa y no por la actitud interna del sujeto; así también, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 294, para quien la peligrosidad de la conducta y la valoración social del riesgo, a mayor intensidad de aquellos, mayor reproche; para COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 637, la temeridad de la imprudencia grave equivale a mayor intensidad y por tanto mayor reprochabilidad por cuanto, hay una mayor intensidad en la infracción del deber.

¹⁹⁵ MAURACH, R.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 222-223.

¹⁹⁶ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II, cuestión 47 y ss.

1.1) Para el perfecto conocimiento

1.1.1) del pasado: la memoria

1.1.2) del presente: la inteligencia

1.2) Para la perfecta adquisición del conocimiento

1.2.1) la propia invención: solercia, sagacidad

1.2.2) por transmisión de otros: docilidad

2) Como directiva de comportamiento:

2.1) Ordenación de los medios al fin: previsión-providencia

2.2) Consideración de todas las circunstancias: circunspección

2.3) Evitación de las dificultades: precaución

Las partes esenciales o especies de la prudencia son:

1) Respecto del bien individual: prudencia personal

2) Respecto del bien común

2.1) Respecto de la familia: prudencia familiar (económica)

2.2) Respecto del Estado

2.2.1) Prudencia política

2.2.1.1) De las autoridades: prudencia gubernativa

2.2.1.2) De los súbditos (ciudadanos): prudencia cívica

2.2.2) Prudencia militar

Las partes potenciales de la prudencia son:

1) Respecto del consejo (eubulia): virtud del buen consejo

2) Respecto del juicio, para juzgar

2.1) Lo ordinario: sensatez (sínesis o synesis)

2.2) Lo extraordinario: resolución equitativa, perspicacia (gnome)

De manera exhaustiva hemos sistematizado por completo el contenido de la prudencia propuesto por TOMÁS DE AQUINO, la razón tiene que ver con lo que a continuación haremos, determinar en base a qué este autor construye el contenido de la imprudencia. No hemos desarrollado cada uno de los contenidos porque no interesan respecto de la propuesta que queremos presentar y porque de suyo es que si alguien tiene alguna duda respecto de aquello acuda directamente a la obra del autor. Únicamente nos referiremos a los conceptos que consideramos importantes en el sentido de observar que, de aquí, en general de la teoría de la prudencia como virtud y de la imprudencia como vicio, han sido extraídos para la comprensión primigenia (de la que es heredera la actual configuración) de la imprudencia en el ámbito del derecho. Se constata que en este sistema la imprudencia se configura de manera manifiesta por un defecto de presencia de prudencia o por falta de condicionantes o elementos de aquella. *Supra* habíamos puesto como ejemplo el de la diligencia, en el que una ausencia de aquella hace surgir la negligencia como forma de manifestación de la imprudencia. Lo fundamental será reconocer que a partir de las partes potenciales de la prudencia se describen los vicios intelectivos trascendentales que hasta nuestros días han llegado como explicación de la imprudencia.

Textualmente se afirma que si la imprudencia es contrariedad a la prudencia las especies de imprudencia serán ataques a los elementos potenciales (estructurales) de la prudencia de este modo: *“la falta de consejo del que se ocupa la eubulia da lugar a la especie de imprudencia precipitación o **temeridad**. La falta de juicio, objeto de la synesis y de la gnome, origina **la inconsideración**, y la falta en el precepto, acto propio de la prudencia, da como resultado **la inconstancia o negligencia**”*¹⁹⁷. Dentro de esta clasificación

¹⁹⁷ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II. Sobre la **precipitación o temeridad**, revisar la cuestión 53.3: *“lo más elevado del alma es la razón, y lo más bajo, la operación ejercida por medio del cuerpo. Los grados intermedios por los cuales hay que descender son la memoria de lo pasado, la inteligencia*

encontramos una sub-clasificación en función de las formas en que se presenta propiamente el comportamiento imprudente, “*la falta de cautela y de circunspección va incluida en la falta de consideración; los defectos en la docilidad, memoria o atención, están comprendidos en la precipitación, y la imprevisión y los defectos de inteligencia y de sagacidad pertenecen a la negligencia y a la inconstancia*”¹⁹⁸. De aquí, se puede entender por qué se ha asumido que la temeridad (comportamiento precipitado) es la forma más grave de ataque a la prudencia. Porque la precipitación o temeridad se caracterizaría por ser un comportamiento exageradamente irreflexivo, sin juicio alguno, motivado exclusivamente por comportarse del modo en que lo hace la persona imprudente, sin interesarse en absoluto respecto de las circunstancias previas alrededor del cual gira el comportamiento posterior. Un comportamiento en general mucho más gravoso de aquel que actúa sin cautela o con falta de consideración respecto de lo que sucede a su alrededor, porque en el segundo supuesto tal vez hay distracción y por ende error, más en el primero hay desinterés por opción: le interesa comportarse como lo hace sin percatarse que

de lo presente, la sagacidad en la consideración del futuro, la hábil comparación de alternativas, la docilidad para asentir a la opinión de los mayores. A través de estos pasos desciende ordenadamente el juicioso. Pero quien es llevado a obrar por el impulso de la voluntad o de la pasión, saltando todos esos grados, incurre en precipitación. Y dado que el desorden en el consejo es propio de la imprudencia, resulta evidente que bajo ella esté contenido también el vicio de la precipitación”; sobre la falta de consideración o cautela revisar la cuestión 53.4: “la consideración implica un acto del entendimiento que intuye la verdad. Ahora bien, igual que la indagación es propia de la razón, el juicio lo es de la inteligencia. Por eso, en el orden especulativo, se dice de la ciencia demostrativa que juzga, ya que por reducción a los primeros principios dictamina sobre la verdad de lo investigado; de ahí que la consideración pertenece sobre todo al juicio. Por eso mismo, la falta de juicio recto es propia del vicio de inconsideración cuando se produce por desprecio o por descuido en prestar atención a lo que reclama la rectitud adecuada del juicio”; sobre la inconstancia o negligencia revisar la cuestión 53.5: “la inconstancia entraña cierto abandono de un buen propósito definido. El principio de ese abandono radica en la voluntad, pues nadie abandona una resolución buena que ha tomado sino porque sobreviene algo que seduce desordenadamente. Más ese abandono no se hace definitivo sino por defecto de la razón, que incurre en engaño repudiando antes lo que había aceptado rectamente, y si no resiste a los embates de la pasión pudiendo hacerlo, hay que imputarlo a su debilidad, que no se mantiene firme en el bien emprendido. Por eso la inconstancia, en cuanto a su consumación, nace de un defecto de la razón. Ahora bien, así como toda rectitud de la razón práctica pertenece, de algún modo, a la prudencia, así todo defecto de la misma pertenece a la imprudencia. Por eso, igual que la precipitación proviene de un defecto en el acto de consejo, y la inconsideración en el acto de juicio, la inconstancia se produce por defecto en el acto de imperio; por eso decimos que es inconstante aquel cuya razón no impera los actos deliberados y juzgados”.

¹⁹⁸ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II, cuestión 53.2. Aquí se agrega otra clasificación entre la imprudencia directiva de la conducta individual y aquella referida al gobierno de la multitud. Clasificación irrelevante a los efectos de lo que estamos estudiando (y en cierto modo en general, porque se propone una capacidad virtuosa en función de la persona, lo que es incompatible con el principio de igualdad, etc.).

su comportamiento condiciona o produce un resultado prohibido. Solamente desde esta perspectiva es asumible la gravedad de la imprudencia como temeridad.

Por tanto, si queremos fundamentar la gravedad en relación con la temeridad o asumir que su contenido normativo es el mismo, debemos afirmar que lo que caracterizaría estos conceptos es que el comportamiento imprudente grave o temerario se destacaría por ser un comportamiento exageradamente irreflexivo, sin juicio alguno y motivado exclusivamente por comportarse del modo en que lo hace la persona, sin interesarse en absoluto respecto de las circunstancias previas alrededor del cual gira el comportamiento posterior. Un sujeto se comporta temerariamente cuando pese a que (resulta sencillo y nada problemático) colocarse en una situación que permita evitar que el resultado prohibido que ataca a un bien jurídico se produzca, el sujeto realiza todo lo contrario y provoca el resultado ¹⁹⁹. Si destacamos que lo grave de la imprudencia es la temeridad lo que hemos hecho es encontrar la esencia o el carácter de grave de la imprudencia. Sin embargo, surgen dos cuestiones importantes. Porque no sabemos cómo diferenciar entre comportamientos graves o temerarios y tampoco sabemos cómo limitar o establecer el perímetro entre lo grave y lo no grave, entre lo temerario y lo no temerario. Para dar una respuesta jurídico-penal a la cuestión de la gravedad de la imprudencia debemos atender a estos dos aspectos de aquella: lo cualitativo y lo cuantitativo. Si hemos asumido que la temeridad constituye lo grave de la imprudencia, hemos resuelto el problema de lo cualitativo. Nos queda la determinación del aspecto cuantitativo.

La gravedad de la culpa es también una cuestión cuantitativa. La palabra grave es un adjetivo. En el caso del CP el adjetivo grave está calificando al sustantivo imprudencia. El carácter de grave tiene que estar referido a la forma de entender la imprudencia. Si la imprudencia es una forma de la evitabilidad individual en la que falta el conocimiento actual de lo que ha

¹⁹⁹ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 393, aquí el autor alemán, habla de la facilidad con que era evitable la realización del resultado.

de evitarse, lo grave tiene que llevar relación con esta previa definición. Lo grave tiene muchísimas acepciones, pero en todas ellas destaca que aquello a lo que se refiere tiene mucha importancia. Entonces, la imprudencia en el ámbito de la ley penal es aquella que tenga relevancia o importancia. El carácter de grave o importante de la imprudencia tiene relación con aquellos comportamientos que le son importantes a la ley penal. La importancia de algo tiene relación con la esencia o contenido de ese algo. Lo grave o importante de la imprudencia debe estar referido a las condiciones en las que aparece la evitabilidad individual en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse. Por tanto, la determinación de la temeridad o gravedad en la imprudencia es una cuestión tanto cuantitativa como cualitativa²⁰⁰. En el carácter de grave de la imprudencia no solo destaca una cualidad especial de aquella, sino también, lo referido a la magnitud de aquella.

Lo grave de la imprudencia se refiere también a la medida de la imprudencia. ¿Cómo medir la imprudencia? Si rescatamos un concepto de la ciencia penal y lo normativizamos en función de la postura que mantenemos de la imprudencia podríamos afirmar que la gravedad, importancia o medida de la imprudencia está referida a la idea de la intensidad²⁰¹. Cabe decir que la idea de la intensidad de la imprudencia es trascendental, el problema es que la intensidad usualmente se ha medido en función de la peligrosidad de la conducta²⁰². La propuesta consiste en que para medir la intensidad-gravedad de la imprudencia se debe tomar como baremo (también, o mejor solamente) el

²⁰⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la...», *ob. cit.*, pág. 66. Para este autor es un asunto más cuantitativo que cualitativo.

²⁰¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho penal de la culpa*, edit. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 279 y ss.

²⁰² Paradigmático, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho penal de la culpa...*, *ob. cit.*, pág. 279-280 y ss., aunque en función de otras variables, especialmente la peligrosidad de la conducta. Sostiene QUINTANO que la imprudencia debe valorarse no de un modo abstracto y aislado, sino en inmediata relación con las circunstancias y los deberes que se tienen en aquellas. Así para él, a mayor deber mayor imprudencia. La imprudencia temeraria (grave) es aquella en la que se infringen cuantitativamente o cualitativamente más deberes, genéricos o específicos. Esta posición debe rechazarse porque como afirma HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia inconsciente...*, *ob. cit.*, pág. 187 y ss., todos los comportamientos culposos son *ex post* peligrosos, por lo que, lo que determina la imprudencia en concreto es la evitabilidad individual y en función de aquella su graduación. Además, esto se encuentra en el análisis del tipo objetivo, en donde no hay diferencias entre dolo y culpa.

grado de posibilidad²⁰³ (dificultad-facilidad) que el autor tenía para evitar la realización del resultado prohibido. A mayor posibilidad (facilidad) mayor será la imprudencia, más grave (temeraria) será aquella²⁰⁴. La posibilidad de conocer del riesgo se concreta objetivamente mediante la constatación de los esfuerzos desplegados por el autor para obtener el conocimiento debido y de este modo evitar el resultado prohibido por lo que la gravedad de la imprudencia aumentaría-disminuiría en la medida en que se observen esfuerzos para obtener el conocimiento del riesgo, porque estar en posición o posibilidad de conocer (cognoscibilidad) cuando se tiene el deber de hacerlo, es lo que fundamenta la sanción por no evitar²⁰⁵.

Un comportamiento imprudente grave o temerario se destacaría por ser un comportamiento exageradamente irreflexivo, sin juicio alguno y motivado exclusivamente por comportarse del modo en que lo hace la persona, sin interesarse en absoluto respecto de las circunstancias previas alrededor del cual gira el comportamiento posterior. Mayor o menor será la gravedad del comportamiento en la medida en que se observen o no esfuerzos para obtener el conocimiento del riesgo, porque de esto depende el grado de posibilidad (dificultad-facilidad) que el autor tenía para evitar la realización del resultado prohibido. Cuanto menos esfuerzo realice el sujeto por conocer adecuadamente

²⁰³ Utilizan este baremo, aplicándolo para explicar la diferenciación entre el dolo eventual y la culpa, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, edit. Civitas, Madrid, 1981, pág. 171 y ss.; en el mismo sentido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 101 y ss.; explicando el sentido de esta teoría, ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «La demarcación entre el dolo y la culpa...», ob. cit. pág. 397, quien sostiene que concurre en dolo eventual cuando el autor se representa la realización del tipo como muy probable, con un alto grado de posibilidades, y a pesar de ello actúa admitiendo o no su realización; habría culpa con representación cuando el autor se representa la realización del tipo con un grado de posibilidad lejano o remoto y aun así actúa.

²⁰⁴ En un sentido distinto, pero interesante, HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia inconsciente...*, ob. cit., pág. 182-191, para quien, la gravedad de la infracción imprudente, pág. 188, aumentará en directa proporción al grado de posibilidades de prever el resultado que tuviera el autor. En los términos utilizados en esta investigación, a mayor nivel de cognoscibilidad personal mayor será la gravedad de la imprudencia. Aquí la solución parte del criterio de la evitabilidad individual, pero depende de la infracción del deber de cuidado. Para nosotros, si bien es necesario el criterio de la evitabilidad individual, mayor posibilidad personal de evitar la producción del resultado, no es la infracción del deber de cuidado el fundamento, sino que, en efecto, en la situación era objetivamente mucho más fácil no actuar de manera imprudente.

²⁰⁵ PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia...*, ob. cit., pág. 182.

las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico (previsión), mayor será la gravedad de la imprudencia, más temerario su comportamiento.

La respuesta acerca de la gravedad de la imprudencia que hemos ofrecido aquí concuerda coherentemente con lo que se entiende por imprudencia (una forma de la evitabilidad individual en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse). De esto se deduce que la gravedad no puede ser ni reprochabilidad incrementada ni desconsideración porque si lo que destaca en la imprudencia es el hecho de que el sujeto no conoce que está actuando para producir un resultado prohibido, no puede explicarse la evitabilidad valorando lo que motivó o no-motivó su comportamiento. La gravedad de la imprudencia tampoco está fundamentada en la mayor o menor afectación al bien jurídico sino en la mayor o menor gravedad de la imprudencia en sí²⁰⁶. Porque si se vincula la gravedad de la imprudencia en función de la relevancia del bien jurídico que resulte atacado²⁰⁷, la gravedad no estaría caracterizando la imprudencia. Esta postura lo que realmente hace es sustituir el criterio de la gravedad de la imprudencia por el criterio de la gravedad del hecho, por lo que debe ser rechazado. Aunque hay que reconocer que nos encontramos ante una situación especialmente peligrosa²⁰⁸, eso no es lo que caracterizaría la gravedad. Por lo que, aunque el autor con su conducta produzca una situación de peligro especialmente relevante para el bien jurídico, lo trascendental de la imprudencia (tipo subjetivo) y su gravedad radica en que esa situación se produjo sin conocimiento, pero a pesar de que era sencillo no colocarse en aquella situación.

²⁰⁶ Ya OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 605, solucionaron el problema desde esta perspectiva, interpretando las disposiciones del anterior CP.

²⁰⁷ MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 271; en el sentido del resultado, GIL GIL, A.: *El delito imprudente*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, pág. 99.

²⁰⁸ Así lo soluciona la STS de 4 de julio de 2003, cuando afirma que, el criterio fundamental para distinguir entre la imprudencia grave y leve se encuentra referido a la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, en la medida en que el fundamento de la imprudencia punible y núcleo central de la misma es este deber.

La cuestión ahora en este ámbito está en escoger y fundamentar en dónde colocar la gravedad de la imprudencia: en el tipo objetivo del delito imprudente o en el tipo subjetivo del delito imprudente. Para nosotros la gravedad de la imprudencia es una cuestión de tipo subjetivo y no de tipo objetivo. Si se parte de la concepción del delito imprudente como infracción del deber objetivo de cuidado habría que ubicar la gravedad de la imprudencia en el tipo objetivo, pero como hemos visto, en el tipo objetivo no hay diferencia entre tipo doloso o imprudente, por lo que nosotros afirmamos que el problema de la gravedad de la imprudencia se soluciona por razones de estricta coherencia sistemática en el tipo subjetivo. Por lo que habría que rechazar consideraciones como las que algún autor sostenía a este respecto²⁰⁹, a decir que, los criterios en orden a la determinación de la gravedad de la culpa habrán de tomarse desde el plano objetivo: del carácter de las precauciones omitidas, ya que la gravedad del riesgo es uno de los elementos de la medida de la culpa. Nosotros opinamos que lo correcto es solucionar el problema desde el plano subjetivo de acuerdo con el nivel intelectual (cognoscibilidad) del autor. Debe rechazarse por tanto que la cualificación de grave de la imprudencia por temeridad o imprudencia grave está referida a la totalidad del injusto típico²¹⁰ en referencia a que la gravedad se define en el comportamiento desplegado y su explicación por el tipo subjetivo imprudente. Obvio es que la imprudencia explica por completo el tipo objetivo, el comportamiento y de este modo la imprudencia está presente en todo el injusto porque condiciona su apareamiento, pero la imprudencia en concreto se explica en el tipo subjetivo y su gravedad en función de la evitabilidad individual. Por eso el legislador ha escogido la punición de este tipo de actos y no de aquellos que produzcan situaciones de peligro a bienes jurídicos por imprudencia simple.

Esta interpretación constituye una de las pruebas del mejor rendimiento que tiene el hacer depender la interpretación del delito culposo o imprudente

²⁰⁹ NÚÑEZ BARBERO, R.: *La estructuración jurídica...*, ob. cit., pág. 89.

²¹⁰ De esta opinión también MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 295, quien hace derivar esta situación del carácter normativo de la imprudencia, a diferencia del carácter psicológico del dolo. De esta situación deriva ubicar el dolo no sólo en el tipo (dolo típico) sino también en la culpabilidad (dolo completo) y, la imprudencia solo en el tipo.

(como el delito doloso) en la teoría de la imputación objetiva. Si se hace depender el injusto típico del delito imprudente de la concreta infracción del deber objetivo de cuidado se llega a soluciones insatisfactorias como la que en su momento se propuso sobre la gravedad de la imprudencia²¹¹. Se sostuvo que la imprudencia temeraria (grave) se diferencia de la simple en función de la gravedad de la infracción del cuidado objetivamente debido. La imprudencia temeraria (grave) supone una infracción especialmente grave del deber objetivo de cuidado y por lo tanto se trata de una diferencia en el plano de lo injusto que determina la existencia de tipos delictivos diferentes. Se puso como ejemplo la calificación del homicidio por imprudencia temeraria (grave) y del homicidio por imprudencia no temeraria (simple) o negligente con infracción de reglamentos.

Nosotros hemos ubicado la solución de la gravedad de la imprudencia en el tipo subjetivo y por tanto un problema referido a la evitabilidad individual²¹². Lo grave de la imprudencia se encuentra en que constituye un supuesto prohibido por el Derecho penal. Aunque parece una tautología carente de significación, no lo es porque lo que se quiere expresar es que la culpa y su incorporación en los tipos de la PE, está justificada desde la perspectiva de político-criminal si se restringe a supuestos en los que verdaderamente exista

²¹¹ CERREZO MIR, J.: «El tipo de lo injusto de los delitos de...», *ob. cit.*, pág. 487. Hay que reconocer que dada la diferenciación que el propio texto punitivo realizaba al punir ambos tipos de imprudencia, que daba pie a considerar como posible esta interpretación, aunque sea dudoso o irónico afirmar la existencia de un delito culposo simple que a su vez no constituye un acto grave, por ejemplo, en la terminología antigua: homicidio por imprudencia no temeraria o simple o negligente con infracción de reglamentos. Las dos formas de imprudencia eran en efecto graves, la temeridad era una cualificación que predicaba una gravedad mayor, pero que no implicaba el carácter no grave de la imprudencia simple porque en efecto era punible. Al suprimirse esa diferenciación en la nueva codificación se dio por descontado que los delitos que se castigan por imprudencia son en efecto graves porque superan de un modo no tolerado el riesgo de los bienes jurídicos. Sobre esta última postura de un modo no tan específico, pero aun así en el mismo sentido, ya se manifestaba con ocasión de la reforma del Código penal operada por la LO 3/1989 de 21 de junio, ROMEO CASABONA, C.: «Los delitos culposos en la reforma penal», en *ADPCP*, t. XLIII, fasc. II, mayo-agosto 1990, pág. 448 y ss.

²¹² De otra perspectiva, GÖSSEL, K.: «Viejos y nuevos caminos...», *ob. cit.*, pág. 100-101, intuimos que en su postura la gravedad está en función de la infracción de la norma de cuidado como objeto de la evitabilidad general ubicada en el tipo objetivo, por lo que el problema de la gravedad estaría en relación a la evitabilidad general y no individual y sería un problema de tipo objetivo.

un riesgo prohibido por el Derecho. La imputación por imprudencia grave equivale a decir también imprudencia punible.

6. RESUMEN DE CONCLUSIONES

A) El capítulo empezó con un previo esclarecimiento terminológico entre la culpa y la imprudencia. La culpa sería un término técnico-jurídico que hace referencia a los actos antijurídicos, que, sin ser queridos, constituyen actos prohibidos porque provocan resultados prohibidos por el derecho. Entonces, el acto que se califica técnico-jurídicamente como culposo, es así porque el sujeto ha actuado con negligencia, imprudencia, impericia, etc., (según la ley lo defina). Por lo que resulta extraño que la ley utilice como sinónimos de la culpa los términos negligencia e imprudencia. Lo propio y correcto sería desechar la utilización de estos términos en la PG y dejar su utilización para la PE, porque en general la imprudencia, negligencia, impericia, etc., son actitudes o más propiamente modos directores del comportamiento que caracterizan el obrar culposo. Ante la imposibilidad de esta opción, la doctrina tanto en el ámbito civil como en el penal, lo que ha hecho es trasladar el contenido del concepto técnico-jurídico de culpa al de negligencia o imprudencia para de este modo aplicar adecuadamente la teoría sobre los actos culposos en cada materia. Se interpreta que la imprudencia y la negligencia son también términos técnico-jurídicos, porque así la ley lo ha dispuesto y en este sentido, equivalentes al de culpa.

B) En el ámbito propio de lo que correspondía desarrollar en este capítulo, señalamos que en el nivel de examen del tipo objetivo no existen diferencias entre el delito doloso y el delito imprudente. El tipo objetivo del delito imprudente requerirá siempre al igual que el doloso de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado concretado en el resultado prohibido y que resulte objetivamente imputable al autor. Las limitaciones del tipo objetivo del delito doloso que se realizan por la imputación objetiva afectan también al tipo imprudente. Esto significa que no se trata de que el sujeto actúe con cuidado, sino que omita (obvie) el comportamiento descuidado e imprudente. Esto a su

vez permite concluir que en la imprudencia (como en el dolo) no se exige más deber que aquel que está encerrado en la norma. Los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos y no están menos determinados que los tipos dolosos. Ante la amplia posibilidad de supuestos a través de los cuales se podrían realizar el resultado prohibido en los delitos dolosos a nadie se le ocurre determinarlos uno por uno en un catálogo *ad infinitum* de riesgos prohibidos. El autor en el delito doloso y en el delito imprudente debe deducir la prohibición del comportamiento causante del resultado prohibido, a partir de la prohibición de causar. Deberá actuar u omitir de conformidad con lo determinado en la norma y no a lo determinado por el juez. En la comisión imprudente el autor debe omitir el hecho, en la omisión imprudente el autor debe realizarlo. En la comisión imprudente el autor no debe obrar conforme a un deber de cuidado, como lo entiende un sector de la doctrina, el autor debe omitir un comportamiento descuidado. Por último, en el delito imprudente se debe estar en posición de garante para que se exija al sujeto la concreta obligación de evitar que el resultado se produzca. Es necesario que el autor se encuentre en una situación de la que derive necesariamente el concreto deber de evitar el resultado prohibido.

C) La diferencia entre tipo doloso y tipo culposo está entonces en el tipo subjetivo. En la imprudencia falta siempre el conocimiento de la realización del tipo y se caracteriza de manera negativa. El núcleo esencial de la imprudencia (del tipo subjetivo del delito imprudente) no es la falta del conocimiento, esto es lo que lo diferencia del dolo. La imprudencia es una forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse por lo que no se exige la presencia de una especial motivación para actuar típicamente, es indiferente el conocimiento de lo antijurídico de su conducta. En el nivel en el que se encuentra la imprudencia, en el nivel de la posibilidad de ser conocido (cognoscibilidad), no se exige conocimiento sino únicamente la posibilidad de conocer y en este sentido, evitar. Se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo. Relevante jurídico-penalmente es solo la previsibilidad

(cognoscibilidad que no requiere conocimiento y que sea individual) de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable. El fundamento de la punibilidad del delito imprudente está en la alta estimación y aprecio al deseo de realizar lo que realiza sin interesarse respecto de lo que acontece antes de emprender la realización del hecho. En sentido negativo, el autor no se interesa o no muestra interés respecto de los bienes jurídicos ajenos porque no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna.

D) En este sentido, las dos formas en que se presenta la imprudencia ya sea consciente (¿?) o inconsciente, están afectadas por esta demarcación: evitación actual de lo que ha de evitarse, es decir, no-conocimiento, pero sí cognoscibilidad jurídico-penalmente relevante y, partiendo además de que la terminología para referirse y diferenciar a las especies de culpa es un tanto desacertada, hemos propuesto una normativización de la culpa en los siguientes términos. Lo primero que hay que observar es que lo que se conoce en el ámbito de la culpa no es el conocimiento que se exige en los niveles de dolo, sino que son referencias a niveles de conocimiento de cuestiones o hechos previos o circunstancias previas que nada tienen que ver con el comportamiento típico. Razón por la que se puede afirmar que si el dolo es conocimiento de la acción y sus consecuencias, los conocimientos que se imputan en la culpa consciente del autor culposo en sentido estricto, no están referidos al comportamiento típico sino a unas determinadas circunstancias previas (por lo que en este nivel de análisis las dos modalidades de culpa serían definibles como conocimientos previos) que le inducen al autor a pensar por error que el comportamiento posterior elegido y realizado y, su resultado o no se va a producir porque no detecta siquiera su presencia (culpa inconsciente) o de existir la probabilidad de producirse no se lo plantea seriamente y decide comportarse indiferentemente (culpa consciente). Para nosotros, la discusión debe reconducirse sobre la fórmula social *conocimiento/no-conocimiento* y averiguar si en el nivel del desconocimiento era posible y exigible conocer (cognoscibilidad) y por lo tanto era evitable el comportamiento. Desde esta perspectiva, no existe dificultad para aceptar que la imprudencia es

desconocimiento, no es dolo, pero no sólo eso, se está en el ámbito de lo cognoscible y así, evitable. Es más adecuado hablar en este nivel de discusión de culpa previsible (consciente o con conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico) y culpa no previsible (inconsciente o sin conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionarán el comportamiento típico). Importante también es agregar que tanto la culpa previsible y la culpa no previsible deben estar referidas al peligro, por lo que es necesario añadir que la previsión está referida al conocimiento del peligro o riesgo creado o superado por parte del comportamiento posterior. La idea de previsión como conocimiento previo encaja perfectamente como criterio diferenciador entre la culpa previsible y la culpa no previsible. Cuando exista previsión, conocimientos de las circunstancias previas sobre el carácter concreto del peligro nos enfrentamos a supuestos de culpa previsible. Cuando no exista previsión, es decir, no-conocimientos de las circunstancias previas sobre la existencia del peligro o lo que es lo mismo, que los conocimientos de las circunstancias previas le llevaron a un no-conocimiento como previsión sobre la existencia del peligro, estamos frente a supuestos de culpa no previsible. Porque el sujeto actúa sin plantearse la posibilidad cierta del resultado prohibido, del peligro prohibido.

E) Sobre la gravedad de la culpa, hemos afirmado que *de lege ferenda*, sería oportuno mejor hablar únicamente de imprudencia porque la ley penal ya encierra en sí un discurso sobre los hechos más graves, entonces los adjetivos calificativos grave o menos grave tan sólo agregan confusión. Sin embargo, como el CP ha establecido que para imputar por imprudencia ésta debe ser grave, tal y como establece el art. 301.3 CP, he considerado necesario dar una respuesta penal acorde con la postura que mantenemos en esta investigación. Hemos asumido que la cuestión de la gravedad de la imprudencia tiene dos aspectos: lo cualitativo y lo cuantitativo. Respecto de lo cualitativo, hemos afirmado que si queremos fundamentar la gravedad en relación con la temeridad o asumir que su contenido normativo es el mismo, lo que caracterizaría estos conceptos es que el comportamiento imprudente grave o temerario se destacaría por ser un comportamiento exageradamente irreflexivo, sin juicio alguno y

motivado exclusivamente por comportarse del modo en que lo hace la persona, sin interesarse en absoluto respecto de las circunstancias previas alrededor del cual gira el comportamiento posterior. Un sujeto se comporta temerariamente cuando pese a que (resulta sencillo y nada problemático) colocarse en una situación que permita evitar que el resultado prohibido que ataca a un bien jurídico se produzca, el sujeto realiza todo lo contrario y provoca el resultado. Lo grave de la imprudencia en su aspecto cuantitativo se refiere a la medida de la imprudencia. La propuesta consiste en que para medir la intensidad-gravedad de la imprudencia se debe tomar como baremo (también, o mejor únicamente) el grado de posibilidad (dificultad-facilidad) que el autor tenía para evitar la realización del resultado prohibido. A mayor posibilidad (facilidad) mayor será la imprudencia, más grave (temeraria) será aquella. La posibilidad de conocer del riesgo se concreta objetivamente mediante la constatación de los esfuerzos desplegados por el autor para obtener el conocimiento debido y de este modo evitar el resultado prohibido por lo que la gravedad de la imprudencia aumentaría-disminuiría en la medida en que se observen esfuerzos para obtener el conocimiento del riesgo, porque estar en posición o posibilidad de conocer (cognoscibilidad) cuando se tiene el deber de hacerlo es lo que fundamenta la sanción por no evitar.

En conclusión, un comportamiento imprudente grave o temerario se destacaría por ser un comportamiento exageradamente irreflexivo, sin juicio alguno y motivado exclusivamente por comportarse del modo en que lo hace la persona, sin interesarse en absoluto respecto de las circunstancias previas alrededor del cual gira el comportamiento posterior. Mayor o menor será la gravedad del comportamiento en la medida en que se observen o no esfuerzos para obtener el conocimiento del riesgo, porque de esto depende el grado de posibilidad (dificultad-facilidad) que el autor tenía para evitar la realización del resultado prohibido. Cuanto menos esfuerzo realice el sujeto por conocer adecuadamente las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico (previsión), mayor será la gravedad de la imprudencia, más temerario su comportamiento. La gravedad de la imprudencia es una cuestión de tipo subjetivo y no de tipo objetivo.

F) En función de estos presupuestos, se han analizado determinados supuestos de blanqueo conocidos por el Tribunal Supremo y hemos construido la imputación demostrando que el tipo objetivo del delito de blanqueo imprudente al igual que sucede en el tipo doloso, se supera con la creación de un riesgo jurídico desaprobado, que se concreta en la introducción de unos bienes cuyo origen es delictivo en el tráfico lícito. El tipo imprudente de blanqueo no es un tipo menos determinado que el tipo doloso de blanqueo, el autor debe deducir el comportamiento permitido y/o prohibido directamente de la prohibición de causar y no en relación a lo que establezca el juez. El art. 301 CP motiva y/o contramotiva la actuación de los destinatarios de la prohibición penal; por esta razón, se puede afirmar que el blanqueo imprudente, no es un tipo penal en blanco que requiera una determinación con ayuda de una norma de referencia.

Después de comprobar la presencia de un semejante riesgo, debe realizarse el examen de la imputación subjetiva. La diferencia entre tipo doloso y tipo culposo de blanqueo de capitales está en el tipo subjetivo. Se debe apreciar imprudencia en un delito de blanqueo de capitales cuando la introducción en el tráfico lícito de bienes de origen delictivo (resultado prohibido del art. 301 CP) es objetivamente imputable al autor, porque ha tenido un error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer sobre la producción de ese riesgo. Es indiferente (porque la ley no hace distinción) que la imprudencia sea previsible o no previsible, con conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico (previsible) o sin conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionarán el comportamiento típico (no previsible). Lo importante está en apreciar que la previsibilidad, los conocimientos previos, estaban referidos al peligro o riesgo de introducción de bienes de origen delictivo en el tráfico lícito, y que, aun así, el sujeto decidió comportarse como se comportó. En esto radica la gravedad de la imprudencia en el blanqueo, en que el sujeto no se interesa en absoluto por lo que se debe inferir de los conocimientos previos, porque resulta obvio que de haberse interesado hubiera inferido que su comportamiento provocaría un resultado típico del art. 301 CP.

Nos queda ahora la tarea de determinar cuáles son los comportamientos en los que cabe la imprudencia en el delito de blanqueo de capitales para poder así determinar luego el fundamento de lo injusto. Eso es lo que haremos a continuación en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

IMPRUDENTE

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

CAPÍTULO II

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS IMPRUDENTE

**I. ACCIÓN PENAL TÍPICA: GRUPOS DE SUPUESTOS DEL ART. 301 CP EN
LOS QUE CABE LA IMPUTACIÓN POR IMPRUDENCIA**

**1. DETERMINACIÓN DE LOS GRUPOS DE SUPUESTOS Y DELIMITACIÓN DEL
ÁMBITO DE ESTUDIO**

El objeto de este apartado es la acción o comportamiento penal típico. Ya WELZEL sostenía que una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento en algún modo de los establecidos por los tipos penales concretos²¹³. Nosotros entendemos que la acción es un comportamiento evitable, un comportamiento que puede evitarse si el autor se hubiera motivado para hacerlo²¹⁴. El conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento (típico) se denomina tipo de injusto²¹⁵. Injusta es una acción no tolerable socialmente. El enunciado tipo de injusto no quiere decir que no exista independencia entre los elementos del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Existe independencia entre el tipo y el concreto juicio de antijuridicidad y el posterior juicio de culpabilidad, en los supuestos en los que quepa observarla. Se podrá verificar una diferencia entre tipo e injusto solo

²¹³ WELZEL, H.: *Derecho penal*, PG, trad. FONTÁN BALESTRA, C., con la colaboración de FRIKER, E., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956, pág. 73.

²¹⁴ BACIGALUPO, E.: *Manual...*, ob. cit., pág. 92.

²¹⁵ JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 191. Para JAKOBS, pág. 195, tipo e injusto o tipo y antijuridicidad, serán escalones separados en la sistemática del delito, siempre y cuando el escalón de la antijuridicidad agregue algo distinto al escalón del tipo. Es decir, en los supuestos en los que exista justificación; COELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español*, edit. Dykinson, tercera ed., Madrid, 2002, pág. 437.

cuando el juicio de antijuridicidad agregue algo al tipo, es decir, en los supuestos de justificación. Por lo que el tipo realizado constituye el concreto injusto en ausencia de causas de justificación²¹⁶. Este entendimiento implica aceptar que, así como la culpabilidad como juicio de atribución de la responsabilidad por el hecho antijurídico presupone la antijuridicidad del hecho, la antijuridicidad presupone siempre la tipicidad. Presuponer equivale a requerir o considerar algo como condición previa. Por lo que éste orden lógico por el que se encuentran contruidos los tipos penales se corresponde con una especie de examen que debe superarse para lograr avanzar al siguiente peldaño del sistema. Cada uno de los presupuestos de la imputación depende de la existencia de los otros. En definitiva, para la imputación jurídico-penal lo relevante no es la existencia de una acción, sino que para construir la imputación al sujeto activo interesa únicamente la acción o comportamiento penal típico²¹⁷.

El apartado que a continuación inicia tiene como cometido analizar el art. 301 CP para determinar cuál es el comportamiento típico que permite la punición por imprudencia o cuáles son los grupos de supuestos de blanqueo de capitales que admiten la explicación del tipo objetivo a través de la imputación subjetiva culposa. Explicaremos qué debe entenderse respecto de cada una de las acciones descritas en el tipo penal de blanqueo de capitales que permitan la punición por imprudencia. La finalidad será construir una interpretación de cada comportamiento típico que nos permita una imputación que abarque no solo la comisión dolosa, sino que permita la comisión imprudente, siempre desde una normativización que no sacrifique o exceda la literalidad del texto de la ley y que sea respetuosa con las reglas de imputación. Ofreceremos una solución interpretativa que coadyuvará a una adecuada solución de los problemas planteados a través de los casos de la jurisprudencia. En las conclusiones se observarán las repercusiones prácticas que estas posturas poseen. Finalmente, afirmar que la interpretación debe tener presente que la ley penal española ha sancionado para el delito de blanqueo de capitales tanto la

²¹⁶ JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 195.

²¹⁷ JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 187-188.

imputación dolosa como la imprudente y respecto de personas físicas como de las jurídicas.

En lo que se refiere al comportamiento típico en el delito de blanqueo de capitales, la doctrina ampliamente ha interpretado cada una de las acciones típicas con la finalidad de dotarlas de sentido desde la perspectiva jurídico-penal²¹⁸. Es importante señalar que el estudio de las conductas de este tipo penal no ha arrojado comentarios halagadores. Para la doctrina el delito de blanqueo de capitales abarca un amplio y confuso elenco de conductas típicas²¹⁹ cualidad

²¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *Actualidad Penal* (AP), núm. 32, 1994, pág. 604 y ss.; GÓMEZ INIESTA, D.: *El delito de blanqueo de capitales...*, ob. cit., pág. 48 y ss.; SOTO NIETO, F., «El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo», en *La Ley*, 1996, 2, pág. 1541; BLANCO LOZANO, C.: «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en *Comentarios a la legislación penal*, t. XVII, dir. COBO DEL ROSAL, M., coord. BAJO FERNÁNDEZ, M., edit. Edersa, Madrid, 1996, pág. 100; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 164 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación...*, ob. cit., pág. 95 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, edit. Centro para la Administración de Justicia, Florida International University, Miami, 1998, pág. 31 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en *Curso de Derecho Penal Económico*, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 195 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 360 y ss.; ALONSO PÉREZ, F., PRIETO ANDRÉS, E., CARRIÓN GUILLÉN, L.: *Manual de Derecho penal para fuerzas y cuerpos de seguridad*, edit. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 145 y ss.; ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *Prevención del Blanqueo de Capitales*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 272 y ss.; ESCUDERO MORATALLA, J., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C.: *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda pública*, edit. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 244 y ss.; FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos (EPC)*, XXI, 1998, pág. 138 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J.: «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, eds. FERRÉ OLIVÉ, J.; ANARTE BORRALLA, E., edit. Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 93; BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales, edit. Comares, Granada, 1999, pág. 115; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, edit. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 11 y ss.; PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de blanqueo...*, ob. cit., pág. 407 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 219 y ss.; ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 91 y ss.; ARIAS HOLGUÍN, P.: *Aspectos Político-Criminales y Dogmáticos del tipo de comisión doloso de Blanqueo de Capitales (Art. 301 CP)*, edit. Iustel, Madrid, 2011, pág. 243 y ss.; BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed., pág. 443 y ss. Entre otros muchos artículos y comentarios al art. 301 CP dentro de obras colectivas, que serán citados en los posteriores apartados.

²¹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, edit. Ramón Areces, segunda ed., Madrid, 2010, pág. 685; en el mismo sentido, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de*

que trae como consecuencia una difícil labor interpretativa²²⁰ por su falta de concreción²²¹. Se sostiene que nos encontramos frente a un tipo mixto alternativo²²² pues la utilización de la disyuntiva “o” da la pauta para afirmar que la realización de más de una de las conductas es a efectos de la ley penal, irrelevante²²³.

La doctrina se ha decantado por dos opciones interpretativas del art. 301 CP²²⁴: a) las acciones típicas del blanqueo (301.1: *el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmite bienes*) constituyen actos dirigidos a la ocultación, encubrimiento o ayuda, en los términos típicos²²⁵; o, b)

blanqueo..., *ob. cit.*, tercera ed., pág. 447; ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 92, para quien, la descripción típica es turbulenta y tenebrosa.

²²⁰ ARIAS HOLGUÍN, P.: *Aspectos Político-Criminales...*, *ob. cit.*, pág. 243; en un sentido similar, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 219, quien asegura nos encontramos ante una maraña de comportamientos.

²²¹ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F., quinta ed., edit. Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 943, este autor también critica el exceso de palabras; para SOTO NIETO, F.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 1541, un tipo penal pródigo en verbos rectores; para corroborar la falta de concreción, DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 165, y FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 360, hacen mención de la utilización por cinco ocasiones de la conjunción disyuntiva “o”; y, tanto ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 220, como VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, *ob. cit.*, pág. 95, opinan de su confusa estructura.

²²² JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 260, sostiene este autor que, junto a los tipos de índole conceptual unitaria, suelen presentarse, sobre todo en los viejos Códigos, otros tipos de naturaleza casuística. Estos se subdividen, a su vez, en *tipos acumulativos y alternativos*. En estos últimos, estas variadas modalidades de la acción quedan separadas por la conjunción “o”. Ella expresa que las distintas modalidades del tipo tienen valor igual y que carecen de independencia propia. Por ello, son permutables entre sí alternativamente. Es decir, que basta que se dé una sola de esas conductas o uno de los medios de acción en la vida real, para que esa modalidad típica sea cumplida en el proceso de subsunción; del mismo modo, ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 337, quien, entre la especie de delitos de varios actos, menciona a los tipos mixtos alternativos, en los cuales varias acciones realizan el tipo, no cumulativa, sino alternativamente.

²²³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 221; ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 102; y, MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal*, edit. Edijus, Zaragoza, 1996, pág. 387.

²²⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 220. Para este autor son tres: a) el tipo básico está en el párrafo primero; b) el tipo básico está en el párrafo segundo; y, c) el tipo básico está disperso en varias acciones contenidas tanto en el párrafo primero como en el segundo.

²²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal Económico*, PE, Valencia, edit. Tirant lo Blanch, 1999, pág. 301; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, PE, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 522; ALONSO PÉREZ, F., PRIETO ANDRÉS, E., CARRIÓN GUILLÉN, L.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 146; BLANCO

indiferentemente de las finalidades típicas el blanqueo de capitales prohíbe la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes²²⁶. En esta última opción se debe entender que la finalidad que persigue el que ejecuta uno de los comportamientos típicos es indiferente o independiente. Basta que se ejecute una de las conductas para alcanzar la tipicidad²²⁷.

CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 447 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 167; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 16; y 17; FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 360; entre otros. Hay que señalar que, en la tercera edición de su obra, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 506, se repliega y acepta que la interpretación correcta del precepto es aquella que admite dos grupos de supuestos, aunque se muestra crítico a esta estructura legal; similar, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Capítulo XIX. El Blanqueo de Capitales», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, *Estudios y Comentarios de Legislación*, edit. Civitas, Madrid, 2011, pág. 462.

²²⁶ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 93 y ss., 290 y ss.; ABEL SOUTO, M.: «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español», en *I congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, edit. Tirant lo Blanch, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., Valencia, 2009, pág. 177 y ss.; ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, *ob. cit.*, pág. 273; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 220 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Estudio comparativo...», *ob. cit.*, pág. 206; BERMEJO, M., AGUSTINA SANLLEHÍ, J.: «El delito de blanqueo de capitales», en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, edit. La Ley, dir. SILVA SÁNCHEZ, J., Madrid, 2012, pág. 448 y 452; BLANCO CORDERO, I.: «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-01, 2011, pág. 42; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed., pág. 437; FARALDO CABANA, P.: «Aspectos básicos...», *ob. cit.*, pág. 140; CARDONA TORRES, J.: *Derecho penal*, PE, edit. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 335; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J.: *Código penal comentado*, Con concordancias y jurisprudencia, t. I., edit. Bosch, tercera ed., dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Barcelona, 2012, pág. 1090 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales», en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 289 y 290; GONZÁLEZ RUS, J.: *Sistema de Derecho penal español*, PE, edit. Dykinson, coord. MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2011, pág. 638 y ss.; GÓMEZ INIESTA, D.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 49; MANSO PORTO, T.: «El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXXI, 2011, pág. 323 y ss.; NÚÑEZ PAZ, M.: «El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos», en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 274; LORENZO SALGADO, J.: «El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas», en *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 224 (notas 3-4); QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 943-944; ROBLES PLANAS, R., PASTOR MUÑOZ, N.: *Lecciones de Derecho penal*, PE, edit. Atelier, tercera ed., dir. SILVA SÁNCHEZ, J., Barcelona, 2011, pág. 271; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación...*, *ob. cit.*, pág. 96; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La posesión y utilización de bienes como actos de blanqueo en la legislación penal española», en *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, núm. 6, jul-diez de 2012, pág. 56 y ss.; entre otros.

²²⁷ En contra de esta solución, paradigmático, DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 167, para quien, en una interpretación fuera del concreto texto de la ley, y no sólo eso,

Por nuestra parte diremos que, si el legislador ha escogido la modalidad imprudente como una opción para la imputación del delito de blanqueo de capitales, la solución interpretativa correcta es aquella que no conecta con la finalidad del sujeto activo del delito para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para auxiliar a los partícipes de la comisión del delito previo. Este argumento debería bastar para establecer una diferenciación entre las modalidades de comportamiento establecido en el tipo penal. Es decir, que para el legislador la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, son conductas que en sí mismas vulneran el interés jurídico protegido por la norma y la adecuación a las mismas por dolo o imprudencia grave, configuran la tipicidad. Aquellas otras conductas que requieren una finalidad deberán exclusivamente ser adecuadas al tipo de comisión doloso, puesto que con ese nivel de conocimiento no se entendería una solución desde la modalidad imprudente.

El tipo quedaría definido y esquematizado del siguiente modo:

- a) **Primer grupo de supuestos (primera parte 301.1 CP).** - el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona... (admite la comisión dolosa e imprudente);
- b) **Segundo grupo de supuestos (segunda parte 301.1 CP).** - o (el que) realice cualquier otro acto *para* ocultar o encubrir su origen ilícito (admite la comisión dolosa);
- c) **Tercer grupo de supuestos (tercera parte 301.1 CP).** - o (el que) realice cualquier otro acto *para* ayudar a la persona que haya

sino sin observar el precepto en su conjunto, el núcleo de la conducta típica no recae en exclusividad en la realización de actos de adquirir, convertir o transmitir sino que lo importante es que la realización de estos actos sea para llevar a cabo cualquiera de las finalidades que el tipo señala. Esto la lleva a sostener dos cosas: a) el núcleo de la conducta típica, es: la finalidad con la que deberá actuar el sujeto activo; y, b) la ausencia de finalidad trae como consecuencia la realización de conductas atípicas. Demostraremos que esta interpretación es errónea y superflua. En contra de esta tesis, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de...*, ob. cit., pág. 97; y, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de...*, ob. cit., pág. 224.

participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos (admite la comisión dolosa)²²⁸; y,

- d) Cuarto grupo de supuestos (301.2).** - (el que efectúe) la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos (admite la comisión dolosa e imprudente).

Si hemos afirmado que aquellas otras conductas que requieren una finalidad típica deberán exclusivamente ser adecuadas al tipo de comisión doloso, puesto que con ese nivel de conocimiento no se entendería una solución desde la modalidad imprudente, señalaremos que el delito imprudente admite la posibilidad de comisión en el primer y cuarto grupo de supuestos. Esta opción interpretativa soluciona los escollos y críticas que la jurisprudencia ha realizado en torno al tipo imprudente de blanqueo de capitales. Estas críticas tienen como fundamento señalar que la carga subjetiva que contiene la redacción del art. 301 CP apartados 1 y 2, constituye un límite y obstáculo para la comisión imprudente²²⁹. Esta interpretación que proponemos se adecúa plenamente a la alcanzada en las sentencias del Tribunal Supremo 2410/2001 de 18 de diciembre y 1012/2006 de 19 de octubre, entre otras. Esta última nos dice que²³⁰ *“el art. 301 describe una variedad de conductas integradoras del tipo objetivo del delito: 1.- Adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que provienen de la realización de un delito grave (art. 301.1 CP). 2.- Realizar*

²²⁸ Sobre este tercer grupo de supuestos, se abre un abanico de cuestiones que ameritan una solución crítica, porque daría la impresión que se estaría castigando en grado de autoría un encubrimiento o a lo sumo una participación respecto del acto de blanqueo, con lo que habría que preguntar, ¿si esta concreta previsión de la parte especial del art. 301 CP, regula o des-regula las previsiones sobre participación y autoría genéricas y aplicables a los delitos, constantes en la parte general del CP? Obviamente dar una respuesta a este problema amerita un tratamiento monográfico particularizado, sin embargo, hay que tenerlo presente al momento de individualizar la pena en el caso concreto.

²²⁹ STS 522/2011 de 1 de junio; STS 1257/2009 de 2 de diciembre; STS 1025/2009 de 22 de octubre. Sobre estas críticas, nos referiremos más detalladamente en el siguiente apartado.

²³⁰ STS 1012/2006, de 19 de octubre de 2006, fundamento jurídico octavo.

actos que procuren ocultar o encubrir ese origen (núm. 1, art. 301 CP). 3.- Ayudar a quien ha realizado la infracción o delito base (que ha de ser grave) a eludir las consecuencias de sus actos (núm. 1 del artículo citado). 4.- Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de su procedencia ilícita (núm. 2 del art. 301 CP)”²³¹. Sin perjuicio de lo anterior y sin el ánimo de introducirme extensamente en una discusión que a los efectos del apartado que se construye resulta poco productiva, detallaré los principales fundamentos de las objeciones que se han planteado en contra de la postura que enlaza las finalidades típicas de ocultar, encubrir o ayudar a las conductas de adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir²³².

Primero hay que señalar que como esta postura sostiene que el tenor literal del artículo 301.1 CP requiere que todas sus conductas se realicen para ocultar, encubrir o ayudar, la expresión *cualquier otro acto* debe entenderse en relación con los señalados verbos²³³. Como la referencia a cualquier otro acto sí está conectada con las finalidades típicas, se colige que las conductas referidas constituyen tan sólo una lista ejemplificadora de aquella expresión: *cualquier otro acto*²³⁴. Uno de los fundamentos de esta postura se encuentra en la necesaria coherencia con la normativa internacional porque se afirma que aquella constituye uno de los fundamentos del tipo de blanqueo de capitales²³⁵. Por nuestra parte señalaremos que el error del que procede la afirmación que conecta las conductas del tipo con las concretas finalidades no se encuentra en una incorrecta interpretación que derive de la literalidad del texto sino en el hecho de no haber podido desligarse de la interpretación del antiguo texto que penaba el blanqueo de capitales. En efecto, el anterior texto punitivo utilizaba una estructura gramatical para incriminar comportamientos coincidentes, sin

²³¹ Es importante apreciar además que la doctrina expuesta en esta sentencia, forma parte del documento intitulado *Doctrina Jurisprudencial de la Sala de lo Penal año judicial 2006-2007*, preparado por el Gabinete Técnico, 2007, pág. 56.

²³² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 16.

²³³ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 448 y ss.

²³⁴ FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 378.

²³⁵ FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos...», *ob. cit.*, pág. 139.

que ello suponga impedimento para interpretar la conexión entre acto y finalidad²³⁶. Lo que no se ha entendido es que el art. 344 *bis h*) del CP derogado establecía esa conexión, y el art. 301 del CP vigente no la establece. Se corrobora que esta interpretación excede drásticamente la literalidad del texto de la ley y en este sentido se puede afirmar que nos encontramos ante una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal o *praeter legem*. Una interpretación que ya no está cubierta por el sentido literal posible²³⁷. Este tipo de interpretación constituye una analogía que fundamenta la pena y por mandato de la ley es ilegítima y en consecuencia inadmisibile. La conjunción disyuntiva “o” denota exclusión, alternancia o contraposición entre dos o más personas, cosas o ideas. En ambos preceptos se encuentra presente, sin embargo, su ubicación difiere drásticamente, tal y como a continuación se puede apreciar²³⁸:

Art. 344 bis h) El que convirtiere o transfiriese bienes..., o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones...

Art. 301.1 El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes..., o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción

²³⁶ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 469-470.

²³⁷ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág.149.

²³⁸ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 93 y ss., quien lo soluciona desde otra perspectiva, analizando el contenido gramatical de la expresión *otro*, lo que, sin ser incorrecto, no constituye la razón fundamental de la diferenciación gramatical. Es decir, aquí no se discute que los verbos sean idénticos, lo que se discute es si a esos verbos típicos, les es aplicable la cláusula que exige la finalidad del sujeto; en un sentido distinto, DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, 169, también sostiene que, no existe tal diferenciación de grupo de supuestos, más bien, los verbos típicos, son indiciarios de los que caben en la expresión *cualquier otro acto*, lo cual no es aceptable por la acertada puntualización de ABEL SOUTO.

o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...

En el antiguo 344 *bis h* las dos conductas estaban ligadas a las finalidades de ocultar, encubrir o ayudar. El actual 301.1 CP no deja dudas, existe un primer grupo de supuestos desconectado de las referidas finalidades y otro grupo de supuestos en el que no se detalla actividad alguna precisamente porque lo fundamental es que el autor se comporta de tal modo que introduce en el tráfico lícito de bienes-efectos unos cuyo origen es una actividad delictiva, motivado por cumplir las señaladas finalidades de ocultación, encubrimiento o ayuda para eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. Aquí la discusión si cabe, y que no nos introduciremos en ella porque no lleva relación con la imputación jurídico-penal por imprudencia, es si estas concretas finalidades deben ser incluidas como especies de elementos subjetivos del tipo o si por el contrario son motivaciones típicas y por tanto incluidas en el dolo del blanqueador, una discusión interesante y que en general ha pasado desapercibida por la doctrina.

Otra de las alegaciones apuntadas por la doctrina señala que se debe entender que las conductas del tipo son simples ejemplos de *cualquier otro acto* dirigido a una de las finalidades que se establecen en el tipo. De este modo el tipo básico quedaría redactado así:

“El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...”

Las mismas objeciones respecto de la anterior crítica caben aquí: esta es una interpretación que excede la literalidad del texto legal y por tanto es inadmisibles. Agregaremos que esto es simplemente incoherente e ilógico puesto que esa cláusula general no solo que englobaría a todos los otros

supuestos posibles y no sería necesaria su mención²³⁹, sino que además se podría calificar a la interpretación de arbitraria y construida para sostener la tesis apuntada, cuando lo que debe hacer el intérprete es precisamente todo lo contrario: a partir del texto de la ley, interpretar bajo el método escogido. Esa es una premisa metodológica básica. Considero que, en definitiva, en el art. 301 CP nos encontramos ante cuatro grupos de supuestos de blanqueo de capitales.

Antes de indagar en lo que respecta a la fundamentación sobre la coherencia que se debe observar con lo estipulado en la normativa internacional es preciso advertir que el método de interpretación que nosotros privilegiamos es el teleológico a partir de la literalidad del precepto penal²⁴⁰. El sentido de la ley y el concreto objeto jurídico de protección, no pueden no estar contenidos en la descripción de la norma. Si el legislador decide apartarse de los concretos criterios contenidos en los instrumentos normativos internacionales que sirven de base para el entendimiento del fenómeno denominado blanqueo de capitales, no debe pesar esta situación al intérprete y en este sentido, aquel incluir en la norma por capricho lo que el legislador decidió no incluir. Este examen comparativo entre la norma nacional y la internacional solamente servirá para entender el fenómeno en su conjunto y juzgar si es coherente o no con lo estipulado en la referida normativa internacional. La conclusión a la que se llegue sobre la coherencia o no entre las normas internacionales y la ley penal influirá en la interpretación del precepto siempre y cuando la literalidad de la ley penal lo permita. En este sentido, en relación con las previsiones efectuadas, esta postura también parte de una interpretación que excede la

²³⁹ En el mismo sentido, ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 93 y ss.; y, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 223 y ss.

²⁴⁰ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 55, según quien, este método de interpretación en Derecho penal se refiere al concreto objeto jurídico de protección o bien jurídico protegido, frente a determinadas formas de ataque. Para este autor, pág. 148, el proceso de elección entre diversas posibilidades de significado, como actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación. En general, pág. 149, se realiza siguiendo el siguiente orden de prelación: considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley, o lo que es lo mismo: interpretación teleológica; es importante agregar que privilegiamos el método sin descartar el uso de los demás en el sentido expuesto por, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 67.

literalidad del texto legal y por tanto es inadmisibile. Además, aunque es cierto que la Convención sobre drogas de 1988, el Convenio de Estrasburgo y la Directiva 91/308/CEE1660 supeditan la conversión o transferencia a las finalidades de ocultar o encubrir el origen ilícito o de ayudar a los que tomen parte en el delito previo a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; también es igualmente cierto que estos mismos instrumentos recomiendan la tipificación de la mera adquisición, posesión o utilización de bienes, conductas todas para las que no exige ningún propósito²⁴¹. Por lo que se puede afirmar que en un primer momento de creación legal el legislador español mediante los arts. 344 *bis* h) y 344 *bis* i) del CP de 1973 sancionó ambas recomendaciones. Si hubiese querido dejarlo de ese modo, no habría cambiado el tenor literal del precepto²⁴². Por lo que cabe afirmar que la mera adecuación a una de las conductas descritas por el tipo alcanza al blanqueo de capitales por cuanto para el legislador no es necesario la comprobación de finalidad alguna en la medida que con la conducta ya se vulnera el bien jurídico inmediatamente protegido, a saber: la lícita circulación de los bienes en la economía (revisar el Capítulo IV).

Finalmente, el núm. 3 del art. 301 CP determina que es posible la imputación jurídico-penal por imprudencia grave. Si el legislador ha escogido la modalidad imprudente como una opción en la imputación del delito de blanqueo de capitales, es obvio que la interpretación correcta es aquella que no conecta con la finalidad del sujeto activo del delito para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a los partícipes de la comisión del delito previo. Como hemos adelantado al inicio de este epígrafe, este argumento debería bastar para establecer una diferenciación entre las modalidades de comportamiento establecido en el tipo penal. En definitiva, para el legislador la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, son conductas que en sí mismas vulneran el interés jurídico protegido por la norma (la circulación lícita de bienes en la economía) y la adecuación a las mismas por dolo o imprudencia grave, configuran la tipicidad. Aquellas otras

²⁴¹ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 97.

²⁴² ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 97 y ss.

conductas que requieren una finalidad deberán exclusivamente ser adecuadas al tipo de comisión doloso, pues con ese nivel de conocimiento no se entendería una solución desde la modalidad imprudente.

Luego de las soluciones alcanzadas considero oportuno para lograr un análisis adecuado de los elementos de este tipo penal, realizar un estudio pormenorizado de cada una de las actividades descritas en torno a las formas de incorporación patrimonial que el tipo de blanqueo de capitales detalla. La cuestión es elaborar una interpretación de cada término aplicable al ordenamiento jurídico penal. En el ámbito de la interpretación de los elementos del tipo penal de blanqueo de capitales, el derecho que la persona incorpora a su patrimonio lo constituye el bien cuyo origen sea una actividad delictiva²⁴³. La cuestión es que existen diversos modos de incorporar un derecho, un bien, al patrimonio de la persona. A continuación, analizaremos aquellos que recoge la norma jurídico-penal analizada. No sin antes advertir que el desarrollo de este epígrafe gira en torno a la necesidad de normativizar para el Derecho penal conceptos y elementos del derecho de cosas o derechos reales²⁴⁴ que junto con

²⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, edit. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1952, pág. 651. Para quien, el objeto del derecho subjetivo es la realidad social acotada como base de la situación de poder concreto que se ha confiado a su titular. En este sentido, el bien y la cosa son especies de objeto del derecho subjetivo.

²⁴⁴ SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E.: *Manual de Derechos Reales*, edit. Edisofer, segunda ed., Madrid, 2008, pág. 23, sostienen que, en el Derecho civil, se utilizan como sinónimas las expresiones *derecho de cosas* o *derechos reales*; según, ALBALADEJO, M.: *Compendio de Derecho civil*, edit. Edisofer, décimo cuarta ed., Madrid, 2011, pág. 326, el derecho real es un poder directo e inmediato sobre una cosa, que concede a su titular un señorío pleno (propiedad), o parcial sobre aquella, de forma que en el ámbito del poder concedido, tiene la cosa sometida a su dominación; para LACRUZ BERDEJO, J.: *Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al Derecho*, edit. Dykinson, séptima ed., Madrid, 2012, pág. 117, lo característico del derecho real es que recae directamente sobre la cosa, sin mediación de otra persona; en general, ROCA SASTRE, R., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, t. II, edit. Bosch, séptima ed., Barcelona, 1979, pág. 652, el derecho real sería, un derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder que entraña señorío, completo o parcial, sobre una cosa, este poder sobre la cosa se ejerce de manera directa y excluyente, y se encuentra protegido frente a todos, es decir, *erga omnes*, (esta cualidad es lo que lo diferencia del derecho de crédito según esta posición) sin necesidad de intermediario alguno inmediatamente obligado, si bien, principalmente en los derechos reales limitados, impone al que en cada momento sea dueño de la misma cosa, un (tolerar y no hacer nada frente a los actos legítimos del titular) *pati non facere*, posiblemente conectado con un *facere*; por último, considero importante anotar las reservas que realizan Díez-Picazo y Ponce de León, L., Guillón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. III, edit. Tecnos, séptima ed., Madrid, 2001, quinta reimpresión 2005, pág. 36, para estos autores, sería preferible por la utilidad y por lo menos problemático, referirse por derechos reales, a situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a

el derecho de las obligaciones componen o son parte del derecho civil patrimonial²⁴⁵ o de aquella parte del Derecho civil que regula las formas en que se adquiere (modifica, extingue, etc.) la propiedad²⁴⁶.

Antes de emprender esta tarea es importante advertir que por la finalidad de la investigación y los resultados de la interpretación de los grupos de supuestos que consideramos más adecuada, no se requerirá para el fin de esta parte de la investigación (blanqueo imprudente) estudiar aquellas otras conductas que componen un concreto grupo de supuestos que requieren una especial finalidad del autor en su actuación (segundo y tercer grupos de supuestos de la segunda y tercera parte del art. 301.1 CP). La razón estriba en que nosotros opinamos que estas conductas son referidas de manera exclusiva a la modalidad dolosa del delito de blanqueo de capitales, su estudio no es de particular importancia para el desarrollo de esta investigación. Esta reserva y

terceros y carentes de ella. Sin embargo, aceptan que, la estructura de poder es la vía tradicional de diferenciación entre derecho real y derecho de crédito.

²⁴⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, edit. Tecnos, décimo segunda ed., Madrid, 2012, pág. 44-45, entienden por derecho patrimonial, aquella parte del Derecho civil que se dedica al estudio de cada uno de los elementos del patrimonio de la persona. Desde esta perspectiva, el Derecho civil queda dividido en instituciones civiles no patrimoniales: derechos de la personalidad y derechos de familia; e, instituciones civiles patrimoniales: derechos de las obligaciones, reales o sucesorios. Esta clasificación constituye una visión propia y original del derecho civil, diferenciada de la que en su momento desarrolló SAVIGNY. Metodológicamente, estos autores proponen estudiar el Derecho civil así: introducción, derecho de la persona, derecho patrimonial o de bienes, derecho de familia y derecho de sucesiones.

²⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, vol. I, edit. Reus, décimo cuarta ed., Madrid, 1994, pág. 87 y ss., para este autor, la propiedad proviene del término latino *proprietas*, que deriva de *proprius*, que indica lo que pertenece a una persona, lo que es propio de ella. Existen varias acepciones (*amplia*: toda relación jurídica de apropiación de un bien, corporal o incorporeal, aquí se admite la propiedad de cosas y derechos; *restringida*: cualquier relación jurídica de apropiación plena o limitada sobre cosas corporales, aquí están incluidos todos los derechos reales; y, *estricta*: la propiedad es un derecho real que recae sobre cosas corporales y atribuye a su titular un poder general y pleno sobre la cosa, se excluyen los derechos reales en cosa ajena). Por su parte, la palabra dominio deriva de *domo* que significa sujetar o dominar, de *domus*, casa, de donde *dominus* es el señor de la casa y *dominium* es el señorío del señor sobre su casa. En Derecho romano existía divergencia de contenidos entre propiedad y dominio, este último abarcaba al primero. Hoy en Derecho civil español, esta diferencia es inexistente pues el CC utiliza indistintamente ambos términos; en este sentido, ROCA SASTRE, R.: «La concepción del usufructo como *pars fominii* y sus reflejos en la legislación del impuesto de derechos reales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, segundo semestre, 1942, pág 575, define el dominio o propiedad como el derecho real que atribuye a su titular el poder más amplio sobre una cosa corporal, dentro de los límites institucionales, con carácter plenamente autónomo, perpetuo (en principio), elástico y en parte de contenido discriminable.

consideración incluye también el estudio y análisis de las concretas finalidades que este grupo de conductas requerirían y que además han sido desarrolladas ampliamente por la doctrina. Esto significa que nos limitaremos a desarrollar las conductas que permitan punir por imprudencia grave (primer y cuarto grupo de supuestos) establecidas en el art. 301 CP. Dejaremos de lado también la discusión y desarrollo de las conductas establecidas en el art. 301.2 CP. Entre otras razones porque, en general la doctrina admite que es posible imputar por blanqueo imprudente las conductas descritas en este apartado de la ley²⁴⁷. Aquí hay que puntualizar que, si bien se admite la imprudencia, algunos autores lo hacen sólo del conocimiento del origen delictivo de los bienes²⁴⁸ y otros también de las conductas²⁴⁹: ocultación y encubrimiento. Sin perjuicio de esta previsión, al final del apartado incluiremos una breve referencia sobre lo que se debe entender por los comportamientos del art. 301.2 CP. El no desarrollo de estas cuestiones en nada repercute respecto de la finalidad de esta investigación: construir criterios de imputación adecuados para la responsabilidad penal en el delito de blanqueo de capitales imprudente. Puesto que para los que admitan todo o sólo una parte, estos criterios de igual manera serán de gran utilidad. Sin embargo, en lo que se refiere al desarrollo interpretativo del primer grupo de supuestos opinamos que será de gran trascendencia en la medida que en mi opinión constituyen el amplio ámbito de aplicación de la imputación imprudente (y dolosa) por blanqueo de capitales ya sea cometido por una persona física o imputable a la persona jurídica. Hoy las personas se desenvuelven en un contexto muy juridificado y normativizado, y las conductas a que se refiere el primer grupo de supuestos son conductas que se practican en ese contexto muy a menudo. Su delimitación será por tanto importante.

²⁴⁷ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 418. En la cita 259, detalla los partidarios de esta opción.

²⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «El Blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 177, afirma que se deberá responder siempre que se trate de culpa consciente; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación...*, *ob. cit.*, pág. 128; en el mismo sentido, aclarando que no sólo en supuestos de culpa consciente sino en ninguno: el blanqueo de capitales imprudente, pág. 338, debería estar desterrado de la regulación penal, FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 334.

²⁴⁹ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 592.

2. INTERPRETACIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS EN LOS QUE CABE LA IMPRUDENCIA

2.1. ADQUISICIÓN

En este apartado corresponde interpretar para el ámbito jurídico penal qué debe entenderse por adquisición de bienes cuyo origen sea el cometimiento de un delito. Empezaremos afirmando que la adquisición es un hecho jurídico mediante el cual una persona incorpora un derecho a su patrimonio²⁵⁰. Modos de adquirir son aquellos hechos jurídicos a los que la ley atribuye el efecto de producir la adquisición de la propiedad y otros derechos reales²⁵¹. La adquisición de bienes susceptibles de incorporación patrimonial se realiza mediante negocios jurídicos regulados por el Derecho privado, pero su conclusión pertenece a la esfera del Derecho administrativo²⁵². Por tanto, de conformidad al art. 301 CP por adquisición se debe entender la incorporación patrimonial de un bien cuyo origen sea delictivo²⁵³. Deben admitirse en este concepto todos y cada uno de los modos de adquisición contemplados en la ley: a) cuando la adquisición es solamente de la propiedad: la ocupación y la accesión (modos originarios); b) cuando la adquisición es de la propiedad y de

²⁵⁰ RIERA AISA, L.: voz «Adquisición», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. II, SEIX, F., Barcelona, 1983, pág. 408; en el mismo sentido, CABANELLAS, G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, edit. Heliasta, Argentina, 1981, pág. 177, en general debe entenderse que la adquisición es la incorporación de algo a la esfera patrimonial, constituye el incremento que experimenta el patrimonio como consecuencia de determinado hecho o relación de derecho; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 450.

²⁵¹ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, *ob. cit.*, pág. 266 y ss., los hechos pueden revestir diversas formas. Pueden ser hechos naturales (aluvión), de actos de la autoridad o estatales (expropiación), privados o de negocios jurídicos (contrato); estos hechos, son, según PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. I, edit. Bosch, tercera ed., Barcelona, 1989, pág. 277 y ss., la causa eficiente que el derecho objetivo requiere para que surja la propiedad.

²⁵² GARRIDO FALLA, F.: «Comentario a los artículos 338 a 345 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M., dir., t. I, Jaén, 1980, pág. 73.

²⁵³ Revisar en MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, PE, edit. Tirant lo Blanch, tercera ed., 2011, pág. 490. Quien utiliza la expresión ingreso, para describir la acción de adquirir, sin embargo, nosotros preferimos utilizar el verbo incorporar, en la medida en que explica de mejor manera la naturaleza indisoluble entre persona y patrimonio. El bien que se incorpora patrimonialmente se integra como un todo, no es un mero ingreso como meter cosas en un sitio para su custodia.

los demás derechos reales: la prescripción (modos adquisitivos originarios), por mandato de la ley, la sucesión: testada e intestada, la donación y la tradición (modos adquisitivos derivativos)²⁵⁴. La adquisición debe entenderse como la incorporación de un bien cuyo origen sea un delito al patrimonio del blanqueador²⁵⁵. Incorporación patrimonial que trae como consecuencia inmediata la disponibilidad de uso y de todos los derechos que el Derecho civil patrimonial otorga al titular de la propiedad del bien²⁵⁶.

Un sector de la doctrina sostiene que es necesario que se verifique un incremento patrimonial²⁵⁷. Sin embargo, en los supuestos de adquisición de bienes de origen delictivo en el que el precio que se paga es superior al precio real del bien²⁵⁸ también existe una incorporación patrimonial ilegítima y por tanto configuradora del delito de blanqueo de capitales, aunque fenomenológicamente se verifique una disminución patrimonial. Como apunta un autor, esto evidenciaría una adquisición con disminución patrimonial²⁵⁹. Sin embargo, para nosotros esta interpretación no es adecuada, porque si partimos de la base de que lo que protege el tipo de blanqueo de capitales es la lícita circulación de los bienes en la economía (revisar el capítulo IV)²⁶⁰, esta disminución patrimonial es tan sólo aparente porque el bien no debió jamás

²⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, ob. cit., pág. 269, los originarios se encuentran libre de carga; los derivativos se encuentran sujetos a las mismas características, facultades y cargas del derecho del titular anterior; en el mismo sentido, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 278, la adquisición originaria no se apoya en la existencia de un derecho del titular anterior; por el contrario, en los derivativos depende de la previa existencia en el transmitente.

²⁵⁵ En sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, ob. cit., PE, tercera ed., pág. 490; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 451, para quienes, la adquisición consiste en el ingreso de los bienes de origen delictivo.

²⁵⁶ En el mismo sentido, DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 175; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 451.

²⁵⁷ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 172; a favor de esta tesis: ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención del Blanqueo...*, ob. cit., pág. 275; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 225; SEQUEROS SAZATORNIL, F.: «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)» en *La Ley*, núm. 4, Madrid, 2000, pág. 1597.

²⁵⁸ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 106.

²⁵⁹ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, ob. cit., tercera ed. pág. 452. Como afirma este autor, a pesar de ocurrir una disminución patrimonial.

²⁶⁰ Esta opción interpretativa permite observar con facilidad lo que ocurre fácticamente en la economía, sin embargo, indiferentemente de lo que se escoja como objeto de protección en el delito de blanqueo de capitales, este acontecer se explica del mismo modo.

incorporarse a la circulación de bienes lícitos. El bien de origen delictivo, aunque posea un valor en términos monetarios, jurídicamente no posee valor. La norma jurídico-penal intenta evitar la contaminación de la economía de los bienes cuyo origen sea un delito. La incorporación patrimonial, la legitimación de estos bienes de origen delictivo es siempre un incremento patrimonial en un patrimonio determinado sea del sujeto activo del delito o no. La cuestión es si debe exigirse el incremento patrimonial en el patrimonio del sujeto activo del delito o no. Considero que no es necesaria esta exigencia porque contablemente en el supuesto problemático de análisis sí ha ocurrido una disminución patrimonial en el patrimonio de quien adquiere el bien, y aun así se ha atacado el bien jurídico protegido. En el mismo sentido, cuando no exista una contraprestación²⁶¹, es decir, en los supuestos de incorporación patrimonial gratuita de bienes de origen delictivo entre los que caben la herencia o la donación, también nos encontraremos ante un supuesto de adquisición típica porque se introducen bienes de origen delictivo en el tráfico lícito. En conclusión, adquisición a efectos del delito de blanqueo de capitales es la incorporación de un bien de origen delictivo al patrimonio del sujeto activo del delito²⁶².

2.2. POSESIÓN

Una vez que hemos tomado postura respecto de qué debe entenderse por adquisición típica en supuestos de blanqueo ahora nos incumbe dilucidar para el ámbito jurídico penal qué debe entenderse por posesión de bienes cuyo

²⁶¹ A favor de esta postura, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Insolvencias punibles. Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Receptación y blanqueo de capitales», en *Compendio de Derecho penal*, PE, vol. II, dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., edit. Ramón Areces, Madrid, 1998, pág. 566; ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 120; PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 425; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 452. En contra, ARIAS HOLGUÍN, P.: *Aspectos Político-Criminales...*, ob. cit., pág. 271.

²⁶² ÁLVAREZ PASTOR, D.; EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, ob. cit., pág. 275; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 225; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo...*, ob. cit., pág. 17; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 172; FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos...», ob. cit., pág. 141; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación...*, ob. cit., pág. 99; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 452, entre otros.

origen sea el cometimiento de un delito. Señalaremos que ya en el Derecho romano se distinguía entre un *derecho de propiedad* y un *hecho posesorio*. En un principio, fue la posesión²⁶³ el único cauce *jurídico* para establecer relación del hombre con las cosas; de ese modo, la posesión acompaña al hombre desde que este existe en un mundo de cosas. Es significativo aclarar que la posesión no es un fenómeno en esencia jurídico, sino jurídico por accidente²⁶⁴. Además, es importante constatar que el único nivel pre-jurídico que existe antes de la configuración de la arquitectura social en torno al Derecho (no sólo de la propiedad sino propiamente en referencia al Derecho entendido como aquellas relaciones en las que cada cual debe ser respetado y tratado por los demás como un ser libre. Este reconocimiento del otro como ser libre es lo que nos hace personas²⁶⁵. El concepto de persona en el Derecho romano tenía sus connotaciones propias, pero este concepto existía) es el posesorio. Por tanto, de la posesión y en virtud de la protección de aquella deviene la propiedad y su protección. La propiedad debe ser entendida como dominio de hecho sobre una cosa, en la propiedad el dominio tiene como sustento un título. El título es lo que materialmente diferencia a la posesión de la propiedad, pero en ambos existe dominio de hecho sobre la cosa²⁶⁶. El dominio de la cosa que se robustece en el ejercicio del derecho por el acto de posesión del bien independiente jurídicamente de lo que acontezca en el mundo de los fenómenos. Cabe aclarar que los romanos no definieron propiamente el concepto de propiedad, sin

²⁶³ La posesión como fenómeno jurídico ha revestido tal importancia que ha sido tratado por muchos autores, siendo importante destacar a varios, así lo hace CASTRO SÁENZ. De este modo se citan a: SAVIGNY, F.: *Das recht des Besilzes: Eine civilistische Abhandlung*, 1803; IHERING, R.: *Ueber den Grund des Besitzschutzes: Eine Revision d. Lehre vom Besitz*, 1869; en la doctrina española, IGLESIAS CUBRÍA, M.: «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión», en *RDP*, 1949, pág. 630 y ss.

²⁶⁴ CASTRO SÁENZ, A.: «Posesión y proceso, acto y rito, en la génesis de los derechos», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, pág. 173-174.

²⁶⁵ Revisar el concepto de persona en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción...*, *ob. cit.*, pág. 89, aquí, se construye el concepto de Derecho y persona partir de las ideas y reflexiones *hegelianas*.

²⁶⁶ BARRAGÁN, A.: *Derechos reales*, edit. Temis, Bogotá, 1971, pág. 57, quien sostiene que "*dominium est ius utendi atque abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*", dominio es el derecho de usar y disponer de su propia cosa, en cuanto respaldado por una razón jurídica.

embargo, sí lo dejaron estructurado en función de las consecuencias jurídicas que conlleva el hecho de ser propietario de una cosa²⁶⁷.

Para el Derecho civil (asumida plenamente la idea de persona) la posesión es la relación de hecho entre una persona y una cosa²⁶⁸. La propiedad es la relación de derecho entre una persona y una cosa. En este sentido, el concepto de propiedad estaría vinculado a la forma jurídica que contiene las facultades o poderes de la persona respecto de las cosas, la relación de pertenencia o apropiación sobre las mismas²⁶⁹. Para la doctrina civil el derecho de posesión es un derecho real de protección provisional que se diferencia de aquellos a los que se denomina de protección definitiva como la propiedad y entre los que se cuentan la adquisición, la transmisión, etc.²⁷⁰ Estos por su carácter de limitativos del dominio son oponibles de manera definitiva mientras que la posesión no, por su carácter provisional²⁷¹. Esto se explica a partir de

²⁶⁷ PETIT, E.: *Tratado elemental de derecho romano*, trad. FERRÁNDEZ GONZÁLEZ, J., edit. Edinal, México DF, 1963, pág. 229 y ss., para quien, los juristas romanos no definen el derecho de propiedad. Señala que éste escapa a toda definición por su sencillez y extensión. La razón: ser el derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa corporal. Por esto, ellos se limitan a estudiar los diversos beneficios que procura la propiedad. Estos beneficios se resumen en el uso, el fruto, y el abuso: a) el *ius utendi* o *usus* que es la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos; b) el *ius fruendi* o *fructus*, como derecho de recoger todos los productos; y, c) el *ius abutendi* o *abusus*, es decir, el poder de consumir la cosa, y por extensión, de disponer de ella de una manera definitiva, destruyéndola o enajenándola.

²⁶⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, *ob. cit.*, pág. 634, según este autor, en la noción fundamental de la posesión se la entiende como un estado de hecho por el cual alguien tiene una cosa en su poder y, que es apariencia o imagen normal y natural del derecho de propiedad; para PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pág. 39, la posesión alude a una relación de hecho que expresa adherencia física de la cosa a la persona, el vínculo tangible entre aquella y esta o la disponibilidad en sentido material; en DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de...*, *ob. cit.* (vol. III), pág. 87, la posesión no sería más que una emanación del derecho que se tiene sobre una cosa, adquiere relevancia porque el ordenamiento jurídico contempla aquel señorío o poder de hecho que se tiene sobre la cosa, sin importarle *prima facie*, su vinculación con el derecho.

²⁶⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, edit. Reus, Madrid, 1950, pág. 47.

²⁷⁰ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de...*, *ob. cit.* (vol. III), pág. 91-92, es un hecho y a la vez un derecho, puesto que originariamente es un hecho al que el ordenamiento jurídico vincula unas consecuencias jurídicas, por lo que es factible predicar la protección del poseedor frente a quien perturbe su situación, esto implica seguir poseyendo hasta que se pierda la contienda.

²⁷¹ ALBALADEJO, M.: *Compendio...*, *ob. cit.*, pág. 330, entre las clasificaciones que se realiza de los derechos reales, se encuentra aquella que los diferencia en función de su nivel de protección o resguardo en el tiempo, así, la posesión sería un derecho de protección provisional; para PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pág. 41, es un derecho provisional porque no podrá ser opuesto

entender que la posesión es la apariencia jurídica de la titularidad jurídica real, un equivalente jurídico interino y provisional de aquella titularidad jurídica. Esta apariencia de dominio o poder sobre una cosa real con independencia de la titularidad o del real dominio por algún título del bien es lo que protege el ordenamiento jurídico²⁷². El carácter de temporal viene dado precisamente hasta que se pruebe la falta de adecuación a la norma o la ausencia de un derecho real que otorgue el dominio y en este sentido, es independiente la protección que realiza el ordenamiento jurídico en la posesión y la titularidad jurídica del bien.

Un sector de la doctrina civilista distingue entre dos acepciones del término posesión: a) la referida a una de las cualidades del derecho real de propiedad, como *ius possidendi* (derecho de poseer); y, b) como relación jurídica distinta de la propiedad, como *ius possessionis* (derecho a poseer)²⁷³. Este último sentido de la expresión es el que inspira el sistema jurídico de la posesión en el Código Civil y, es el que nosotros opinamos debe inspirar la interpretación de esta concreta conducta del art. 301 CP. Es decir, tomar a la posesión como una institución jurídica autónoma no subsumible en ninguna otra de las conductas que el tipo penal sanciona. Esto por cuanto, la naturaleza jurídica de estas otras conductas se encuentra referida a situaciones en las que se posee dominio sobre el bien por ser titular jurídico del bien (adquisición, transmisión, conversión) o porque el titular del bien en función del poder o dominio que ostenta ha otorgado un derecho real en cosa ajena (utilizar).

(por lo menos de manera definitiva) a la propiedad; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., PEDREIRA ANDRADE, A.: *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, edit. Ramón Areces, cuarta ed., Madrid, 1996, pág. 252, para quien el carácter de provisional no es referido al tiempo sino en el sentido de poder más débil que los otros.

²⁷² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de...*, *ob. cit.* (Vol. III), pág. 87; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pág. 43, el fundamento de la protección posesoria está en el mismo fundamento del orden jurídico: el interés de que los estados de hecho no puedan destruirse por un acto de autoridad propia prohibida. La solución es recurrir al derecho y sus mecanismos y no tomarse la justicia por propia mano.

²⁷³ ALBALADEJO, M.: *Compendio...*, *ob. cit.*, pág. 330, la primera como una facultad de las varias que integran el contenido de poder del derecho de propiedad, entre las que cabe: usar, disfrutar, disponer o reivindicar. La posesión constituiría una parte del dominio; la segunda como protección jurídica de una situación de dominio o de poder de hecho sobre el bien.

En la doctrina clásica se sostuvo que en la posesión se distinguen dos elementos: el *corpus* y el *animus*²⁷⁴. El primero referido a la necesidad de contacto con la cosa o su tenencia material y el segundo como pretensión de tener la cosa como dueño y comportarse como tal, este elemento es caracterizado como manifestación de voluntad. A falta del segundo elemento nos encontraríamos tan sólo ante una detentación del bien, situación no protegida por el ordenamiento²⁷⁵. En la evolución de la institución se sostuvo que tan sólo se requiere el *corpus*, el *animus* se encuentra implícito en el hecho de tener la cosa. Además, se diferenciaba a la posesión de la detentación no protegida cuando la propia norma impedía su protección²⁷⁶. La doctrina civilista española superando estas concepciones no normativas ha interpretado que en el ordenamiento jurídico civil español el factor determinante no será ninguno de los dos, sino que se constate que el *poseedor ostenta real poder o señorío de hecho sobre las cosas, sobre el bien*. Modernamente se hablaría de *dominio de hecho sobre el bien*. Este poder o señorío no se encuentra abstraído de la realidad social, es más este poder se ejerce en el marco de la comunicación social. Es así que el sector mayoritario de la doctrina lo define del siguiente modo: señorío de hecho sobre el bien poseído respecto de la conciencia social²⁷⁷, por tanto, la solución en casos de conflicto deberá pasar por las reglas que el orden constituido ha formulado, las reglas del Derecho y no las de la fuerza²⁷⁸.

²⁷⁴ Así lo sostienen DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de...*, ob. cit. (vol. III), pág. 88 y ss.; en el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, ob. cit., pág. 671 y ss.

²⁷⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, ob. cit., pág. 671 y ss., este autor señala que según SAVIGNY, la detentación, dejará de serlo, cuando se verifique el segundo elemento de la posesión, el *animus possidendi, animus domini, animus rem sibi habendi*, cuando el detentador muestre la intención de tener la cosa para sí o de obrar como propietario.

²⁷⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de...*, ob. cit. (vol. III), pág. 88 y ss.; en el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, ob. cit., pág. 671 y ss., le atribuyen el carácter de corrector de la teoría subjetiva y a su vez creador de la teoría objetiva de la posesión.

²⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de...*, ob. cit. (vol. III), pág. 92.

²⁷⁸ PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 43, el fundamento de la protección posesoria está en el mismo fundamento del orden jurídico.

Ya en el ámbito jurídico-penal que es el que realmente nos interesa, en lo que respecta a la posesión como conducta típica en el delito de blanqueo de capitales, las principales dudas que se suscitan luego de su incorporación al texto legal son si esta tiene cabida como forma de adquisición. En este sentido, estaría subsumida en la primera de las conductas típicas establecidas por el art. 301 CP y por consiguiente su incorporación ha sido inoficiosa. A este respecto, cabe tener en cuenta que antes de la reforma al CP²⁷⁹ por medio de la que se incorporó la posesión como una de las conductas que hace posible punir por blanqueo, la discusión era desde ese entonces la misma: determinar si cabía o no la posesión en la de adquisición. Ya en ese entonces se interpretaba por algunos que no cabía entre los derechos que se tienen sobre el bien mediante la adquisición, la posesión²⁸⁰. Aunque también otros se mostraban favorables a este entendimiento²⁸¹. Para algunos esto suponía un incremento del ámbito de aplicación del tipo penal, una ampliación no necesaria, puesto que se consideraba que esta conducta ya estaba incluida en la anterior redacción²⁸². Para algunos directamente en la conducta de adquirir²⁸³, para otros en aquella que se refiere a cualquier otro acto²⁸⁴ y en este sentido, se ha calificado a la reforma como una nominal y no real²⁸⁵. Sin embargo, de aceptarse que estaba incluida en la antigua redacción, hubiera sido determinante si se ubicaba en la adquisición o en los otros actos con una de las finalidades que exige el texto.

²⁷⁹ Mediante LO 5/2010.

²⁸⁰ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 106; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 225; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, ob. cit., PE, tercera ed., pág. 490.

²⁸¹ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 171; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 453.

²⁸² BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 464; QUINTERO OLIVARES, G.: «La reforma del comiso, art. 127 CP», en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, dir. QUINTERO OLIVARES, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 109; para algunos esto constituye una ampliación desmesurada del tipo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, ob. cit., PE, pág. 555.

²⁸³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Blanqueo de bienes», en *Enciclopedia penal básica*, dir. LUZÓN PEÑA, D., edit. Comares, Granada, 2002, pág. 207; GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal*, dir. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M., edit. Marcial Pons, Barcelona, 2011, pág. 1156; ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 97; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 173.

²⁸⁴ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, ob. cit., tercera ed. pág. 468.

²⁸⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, PE, sexta ed., edit. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1294.

En la medida en que según la interpretación que se escoja respecto a la existencia de dos grandes grupos de supuestos (para nosotros cuatro grupos de supuestos) en el art. 301 CP, se exigirá o no la concurrencia de los especiales elementos subjetivos, es decir, las concretas finalidades. Pero esto ahora no es un problema por cuanto ya la redacción ha acogido esta forma de incorporación de un bien cuya procedencia sea un delito al patrimonio del blanqueador. Para nosotros, en el marco de una interpretación teleológica, en la que se observa que lo que protege el delito de blanqueo de capitales es el origen lícito de los bienes en la economía, y en este sentido, mantener incólume el tráfico jurídico y económico de los bienes de procedencia delictiva, no resulta extraño que el legislador haya decidido incorporar como conductas típicas la posesión (y la utilización) de bienes de procedencia delictiva, puesto que tal y como afirma algún autor lo que se persigue en concreto, es aislar los bienes-efectos de origen delictivo de la economía legal²⁸⁶.

Recordemos que el objeto de la posesión de conformidad con el CC y lo que determina en su art. 437 únicamente pueden ser las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación. Es decir, aquellas que se encuentren en el tráfico económico y legal. En aras a construir una interpretación de la posesión que sirva para el ámbito jurídico-penal debemos primeramente advertir que el desarrollo y contenido que del mismo se ha diseñado en el Derecho civil no es completamente extrapolable al Derecho penal o mejor, es extrapolable en cierta medida. La primera razón la encontramos en que la construcción que se ha hecho de la posesión en el Derecho privado gira en torno a su protección como objeto jurídico necesario de protección por parte del Estado y en el delito de blanqueo de capitales, como en general en el CP, se proscribía como conducta que atenta contra un determinado interés jurídico; segundo, como afirma cierto autor, el desarrollo jurídico y dogmático de la institución jurídica de la posesión está enmarcado a la configuración de un marco normativo coherente dentro del sistema de adquisición, mantenimiento y pérdida de los derechos

²⁸⁶ ABEL SOUTO, M.: «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coord. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, ponencia del congreso celebrado en Barcelona, noviembre de 2010, pág. 93.

reales, con lo cual, pertenece a un sistema o código jurídico completamente distinto²⁸⁷. Para nosotros, la posesión es ante todo un hecho. Sin que quepa el contenido total del discurso que se ha desarrollado como un derecho real en el ámbito del Derecho civil, es evidente que a efectos jurídico-penales lo que interesa es prohibir el real poder o señorío de hecho sobre una cosa, prohibir el dominio sobre el bien de origen delictivo. El art. 301 CP en su conjunto prohíbe el dominio de hecho o de derecho sobre el bien cuyo origen sea un delito, le es indiferente si ese dominio surge a partir de un título jurídico (adquisición, conversión, transmisión, utilización) o no (posesión).

Merece la pena referirnos a la construcción dogmática que sobre la posesión ha hecho COX LEIXELARD²⁸⁸. Este autor construye el núcleo de la posesión en función del *control* que se ostenta sobre la cosa, hay que señalar sin embargo que al momento de determinar que es poseer señala que “*poseer implica, cuando menos, una relación de un individuo con una cosa*” con lo que hasta aquí, no ha agregado nada distinto de lo que la doctrina civil ya ha manifestado sobre la posesión²⁸⁹. Cuando COX LEIXELARD determina el contenido de la *relación*, asevera que es una de *poder* o *control* con lo que hasta este punto tampoco ha agregado nada que la doctrina civilista haya dicho sobre la posesión, o lo que es lo mismo, el concepto moderno admitido por la doctrina

²⁸⁷ COX LEIXELARD, J.: *Delitos de posesión*, edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, pág. 65. Este autor habla de adquisición, mantenimiento y pérdida del dominio, consideramos nosotros más exacto hablar de derechos reales o de derechos civiles patrimoniales, por cuanto el dominio es un término que suele no tener el mismo sentido en materia civil. No en todos los derechos reales se tiene dominio sobre la cosa, en efecto, jurídicamente la posesión es una especie de derecho real provisional, porque el dominio que se tiene sobre la cosa es más débil o menor respecto del que tiene un titular de la misma, mediante la propiedad. Lo mismo para los derechos reales ejercidos en cosa ajena (usufructo, uso, servidumbre, etc.).

²⁸⁸ COX LEIXELARD, J.: *Delitos de posesión...*, *ob. cit.*, pág. 113 y ss.

²⁸⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, *ob. cit.*, pág. 634, la posesión es un estado de hecho por el cual alguien tiene una cosa en su poder y, que es apariencia o imagen normal y natural del derecho de propiedad; para PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pág. 39, la posesión alude a una relación de hecho que expresa adherencia física de la cosa a la persona, el vínculo tangible entre aquella y esta o la disponibilidad en sentido material; en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de...*, *ob. cit.* (vol. III), pág. 87, la posesión no sería más que una emanación del derecho que se tiene sobre una cosa, adquiere relevancia porque el ordenamiento jurídico contempla aquel señorío o poder de hecho que se tiene sobre la cosa, sin importarle *prima facie*, su vinculación con el derecho.

civil²⁹⁰. Es más, la doctrina civil ha ido mucho más lejos, al afirmar que lo trascendental de la posesión como institución jurídica es que precisamente a esa relación fáctica (o, de hecho) de dominio con un bien, se vinculan consecuencias jurídicas importantes. Entonces, COX LEIXELARD infiere que poseer es controlar, sin embargo, no define qué es controlar, aunque nos revela que control y poder son lo mismo, entonces debemos entender que controlar es dominar, poseer es tener dominio sobre la cosa.

Esta cuestión terminológica no es intrascendente, puesto que normativamente controlar no es lo mismo que dominar. En el lenguaje ordinario controlar es comprobar, inspeccionar, fiscalizar e intervenir. En el lenguaje ordinario dominio es el poder que alguien tiene de usar y disponer de lo suyo. En derecho, control no es lo mismo que dominio o poder. El control hace alusión a una actividad que se realiza para analizar y juzgar cómo se ha llevado a cabo otra actividad, una actividad referida en general a la administración de bienes por parte de órganos de administración ajenos. Controlar es verificar si se ha llevado a cabo una tarea asignada de manera correcta. Desde esta perspectiva control si es dominio, dominio que se tiene sobre las actividades que realiza un sujeto, pero a esto no alude el dominio en la posesión²⁹¹. Considero que el problema se encuentra en la traducción del término *control*, utilizado en la bibliografía -especialmente anglosajona- que cita el autor. Sin embargo, a lo que se refiere es al dominio que ostenta el que posee la cosa.

²⁹⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de..., ob. cit.* (vol. III), pág. 92, el señorío, poder, dominio de hecho sobre la cosa con independencia de cualquier titularidad de la que pueda emanar ese poder.

²⁹¹ En efecto, el Diccionario de la RAE, determina que *control*, en su primera acepción es comprobación, inspección, fiscalización, intervención. Sólo en su segunda acepción el control también contiene la idea de dominio, como mando y preponderancia (en general, las acepciones que se dan a esta palabra en castellano, hacen referencia a actividades de comprobación y fiscalización). Además, este diccionario señala que proviene de la palabra francesa *contrôle*. El diccionario del francés Larousse, indica que la acepción más importante de esta palabra es la referida comprobación, la segunda es la referida a dominio, en el mismo sentido que en el castellano. Ahora, una vez asumida en la lengua inglesa, se le otorga una riqueza semántica que permite su uso en una amplia gama de contextos, referidos primeramente a la administración y segundo al dominio. Sin embargo, el diccionario Cambridge, le otorga en su primera acepción el siguiente significado: *to order, limit, or rule something, or someone's actions or behavior*. Como se ve, la idea de control, aunque admite su utilización en muchos contextos, principalmente está referida a la limitación que se realiza sobre algo o alguien.

Nosotros consideramos que lo importante es que la norma jurídico-penal reivindica el cumplimiento de una prohibición no observada para garantizar la vigencia tanto de la propia norma jurídico-penal como la vigencia de la norma de determinación que prohíbe conductas que produzcan ataques a bienes jurídicos y en este sentido, son conductas jurídico-penalmente relevantes (revisar el Capítulo 4, resumen de conclusiones y corolario). La posesión será típica cuando produzca un ataque al bien jurídico protegido por el tipo. Con la prohibición de la posesión se prohíbe el dominio de hecho que se tenga sobre bienes de origen delictivo. En esta interpretación de la posesión es intrínseco el entendimiento de que el dominio que se tiene sobre el bien implica una obligación de todos los demás, es decir, una obligación *erga omnes* de respetar esa relación de hecho con el bien, que todos los demás ciudadanos acepten sin más la existencia de esa obligación, que aquella no esté discutida. Desde esta perspectiva es indiferente la concurrencia de los elementos que tanto la teoría subjetiva y objetiva, sostiene debe apreciarse en la posesión. Por tanto, la mera detentación del bien no es punible. La discusión relativa a la asimilación de la posesión con la adquisición o su diferenciación con la tenencia²⁹² es simplemente irrelevante, y todos los estudios que han hecho depender la interpretación de los comportamientos típicos del art. 301 CP a partir de estas teorías carecen de repercusión, porque son teorías que ya en sede civil han sido rebatidas. Basta que se aprecie poder de dominio sobre un bien cuyo origen sea un delito sin que se ostente la titularidad jurídica del mismo, para imputar por el delito de blanqueo de capitales.

2.3. UTILIZACIÓN

En lo que respecta a esta conducta, en el ámbito del art. 301 CP la doctrina no se ha mostrado conforme a su incorporación²⁹³. Existe una

²⁹² Paradigmático, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 477 y ss., y la utilización de citas en referencia a esta discusión respecto del delito de tenencia de armas, tráfico de drogas, posesión en el tráfico de drogas, etc.

²⁹³ CASTRO MORENO, A.: «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008», en *La*

tendencia a su asimilación con el término uso²⁹⁴ y en función de esta asimilación se ha desarrollado una interpretación amplia²⁹⁵ del término, situada siempre frente a una interpretación restrictiva²⁹⁶. Según la primera, esta conducta subsume todo uso o empleo de bienes delictivos que no impliquen: un cambio de titularidad, en el sentido que exigen la adquisición y la transmisión; una mutación de naturaleza como requiere la conversión; una posesión sancionable; una ocultación o encubrimiento efectivo; y, que no se incluya en la realización de indeterminados actos para ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes o para auxiliar a los partícipes del delito previo²⁹⁷. Para la segunda, es necesario limitar los supuestos de uso o utilización a aquellos en los que se pueda verificar la disponibilidad sobre el bien²⁹⁸, el consentimiento del titular o poseedor del bien²⁹⁹ y el conocimiento del origen delictivo del bien utilizado³⁰⁰.

El problema de estas dos definiciones es que propiamente no son definiciones. Según el diccionario de la RAE, definir es fijar con claridad, exactitud y precisión la significación de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa. La definición explica y aclara el significado de un concepto o de un término. Hay que reconocer que muchos filósofos y científicos optan por un método que consiste en determinar lo que *no-es* para a partir de esa constatación, encontrar la verdadera naturaleza o esencia del concepto o

Ley, núm. 7277, 2009, pág. 4; ABEL SOUTO, M.: «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 79, 2011, en el parágrafo V. Las nuevas conductas de posesión y utilización; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 244.

²⁹⁴ ABEL SOUTO, M.: «La reforma penal...», *ob. cit.*, pág. 93; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 486.

²⁹⁵ ABEL SOUTO, M.: «La reforma penal...», *ob. cit.*, pág. 92.

²⁹⁶ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 487.

²⁹⁷ ABEL SOUTO, M.: «La reforma penal...», *ob. cit.*, pág. 92.

²⁹⁸ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 489. Este autor, aunque construye esta restricción, también declara que la misma no se encuentra en el texto de la ley.

²⁹⁹ Citando a autores alemanes como: STREE/HECKER, SHÖNKE/SCHRÖDER, ALTENHAIN, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 489, sostiene que debe apreciarse el consentimiento del titular o poseedor del bien de origen delictivo y en este sentido, dejar fuera de la tipicidad los usos o utilizaciones de bienes sin autorización.

³⁰⁰ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 490.

término³⁰¹, mas esto no es definir todavía. Por tanto, la tarea está inconclusa, en este apartado intentaremos dotar de un contenido normativo propio a esta conducta para el Derecho penal. Nosotros partimos de dos presupuestos: a) la identificación que existe entre uso y utilización; y, b) el contenido normativo que el término ya posee en el Derecho civil.

El derecho civil de uso (o utilización) constituye un derecho real ejercido en cosa ajena³⁰² que pertenece a los derechos reales de goce. Se encuentra referido a la relación jurídica que denota la atribución sobre un bien que realiza la persona que ostenta y posee el dominio pleno del bien, a una persona distinta para que lo utilice y pueda aprovecharse de la cosa ajena, del bien ajeno. Los derechos de goce se constituyen en función del dominio eficaz sobre la cosa, atribuyendo a otra persona una o varias de las facultades de goce o disfrute que lo integran y que permiten: gozar, disfrutar, utilizar o aprovecharse de la cosa ajena³⁰³. Entre los derechos de goce se incluyen varias categorías: usufructo, uso y habitación; servidumbres; censos; derecho de superficie; etc. De conformidad con el art. 523 CC, existe un concreto derecho de uso con su respectivo ámbito de aplicación regulado y a partir de este unas concretas facultades y obligaciones. El CC no regula directamente los modos de constitución del derecho de uso (y de habitación, en adelante nos referiremos tan sólo al derecho de uso, por ser el que estamos construyendo para la interpretación del art. 301 CP), aunque según los arts. 528 y 529 CC sí las establece a modo de referencia, porque estos preceptos determinan las reglas del usufructo (sobre su creación y extinción) y se establece que las mismas se

³⁰¹ Por ejemplo, así lo hacen, BENLLOCH IBARRA, E., TEJEDOR CAMPOMANES, C.: *Filosofía*, edit. Ediciones SM, Madrid, 1966, pág. 25, 26 y 33, para decir lo que *no es concepto*.

³⁰² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., PEDREIRA ANDRADE, A.: *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 252, para estos autores, en la clasificación de los derechos reales, encontramos los derechos reales limitados o también llamados derechos reales en cosa ajena -*iura in re aliena*-, que recaen sobre una cosa que es propiedad de otra persona.

³⁰³ MONTES PENADES, V.: «Comentario al art. 348 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 952, los derechos de goce en cosa ajena, en la propiedad ajena sin perjudicarla, son una simple práctica subordinada a la tolerancia del propietario. En este sentido, pág. 960, el propietario es el que decide según sus intereses el tipo de goce -o lo que es lo mismo sin serlo-, el destino que tendrá el bien. En suma, corresponde al propietario la competencia exclusiva de determinar de modo independiente y autónomo, la elección del tipo de goce.

deberán seguir para la regulación del derecho real de uso. Desde esta perspectiva, nos acercaremos a las particularidades del derecho real de uso desde la regulación del derecho real de usufructo por cuanto la misma ley ha constituido a esta última institución como fuente normativa de la primera.

El derecho de usufructo y el derecho de uso son un derecho real que recae sobre cosa ajena y que supone amplias facultades de disfrute sin alterar la sustancia de la cosa³⁰⁴. Esta definición hunde sus raíces en el art. 467 CC. El derecho de usufructo y el de uso son un derecho subjetivo que tiene eficacia *erga omnes*. Son un derecho real limitativo del dominio, porque se establece sobre cosa ajena mediante derechos otorgados legalmente. Son especie de derecho real temporal, porque fenecido el período para el cual fue otorgado, se restituyen las facultades de disfrute otorgadas, al titular del derecho³⁰⁵. El carácter de temporal es necesario porque de lo contrario no habría diferenciación entre propietario y usufructuario o usuario. El derecho de usufructo es transmisible, a diferencia del derecho de uso o habitación (art. 525 CC)³⁰⁶. En definitiva, son derechos de goce o disfrute. Tienen una función económica y se constituyen en la finalidad de dotar a una persona de las facultades de uso y disfrute, sin renunciar a la titularidad del bien. El CC permite calificar al usufructo y al uso, como un derecho real que permite

³⁰⁴ MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: «Comentario al art. 467 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág.1252. Según este autor, el art. 467, que regula el usufructo, establece una indicación de que nos encontramos ante un derecho real ejercido en cosa ajena. Este derecho no tiene carácter absoluto, sino que determina la necesidad u obligación de conservar la forma y la sustancia de la cosa. Esto a pesar de que el propio precepto, parece indicar esta obligación salvo que el título indique otra cosa. Por lo que lo importante es indagar qué es lo que debe entenderse por *forma y sustancia*. Para nosotros esta cuestión no es trascendental, sin embargo, diremos que la idea de sustancia está referida a la cosa misma, en la forma en que ha sido entregada. La forma por tanto se refiere a sus caracteres esenciales.

³⁰⁵ MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: «Comentario..., *ob. cit.*, pág. 1255. En relación con la sustancia y forma de la cosa, como el derecho que se ejerce sobre la cosa ajena es de goce, y la sustancia es referida a la cosa misma en sus caracteres esenciales (forma), el carácter de temporal del derecho está implícito en la obligación de conservación de la cosa, porque lo que se devuelve una vez fenecido el plazo del título, es la misma cosa entregada.

³⁰⁶ RAMS ALBESA, J.: «Comentario al art. 525 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1387. La intransmisibilidad de estos derechos tiene su fundamento en que, con esta, la transmisión, se frustra la finalidad de los derechos de uso o habitación, es decir asegurar al usuario la satisfacción directa de sus necesidades. En este sentido se asegura que, forma parte esencial del tipo.

obtener un rendimiento económico que garantice la supervivencia de una persona sin desintegrar el patrimonio³⁰⁷. Es especialmente funcional en situaciones de naturaleza hereditaria o sucesoria para favorecer a una persona sin que los bienes pasen a la titularidad de los herederos de éste, sino del que dispone del bien³⁰⁸. Los derechos de usufructo y de uso se constituyen de diferentes maneras: por causa legal, por negocio jurídico y por prescripción. El primero de conformidad con el art. 834, 837 y 838 CC (legítima del cónyuge viudo). El segundo ejercido por quien sea propietario o tenga el poder de disposición sobre el derecho que va a ser afectado, podrá a su vez ser por actos *inter vivos* o *mortis causa* y a título gratuito u oneroso. El tercero por efecto de las reglas de la prescripción según los arts. 468 y 1930 y ss. CC³⁰⁹.

El contenido del derecho de usufructo y de uso se podría esquematizar del siguiente modo: a) elementos personales: el nudo propietario y el usufructuario; y, b) elementos reales (objeto del usufructo): las cosas, los derechos y las universalidades³¹⁰. El ámbito de las facultades del derecho real de uso sobre el que se mueve el usuario son: a) derecho a servirse de la cosa directamente. En los supuestos en los que se admita, percibir los frutos según el título constitutivo o según las propias necesidades y las de su familia; b) su ejercicio recae sobre la cosa objeto del derecho, no de forma ideal sino directamente de forma material; y, c) al usuario se le reconoce la legitimación activa para exigir del propietario la entrega de la cosa (en los supuestos de resistencia por parte del heredero o concedente)³¹¹. Entre los deberes del usuario³¹², se cuenta el referido al cuidado de las cosas dadas en uso. Este

³⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J.: *Nociones...*, *ob. cit.*, pág. 286.

³⁰⁸ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...*, *ob. cit.*, pág. 220.

³⁰⁹ MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: «Comentario al art. 468 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág.1255 y ss.

³¹⁰ MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: «Comentario al art. 469 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág.1257 y ss.

³¹¹ RAMS ALBESA, J.: «Comentario al art. 524...», *ob. cit.*, pág. 1385-1386.

³¹² RAMS ALBESA, J.: «Comentario al art. 528...», *ob. cit.*, pág. 1388-1390. Los deberes del usuario, deben ser contemplados en tres diferentes momentos: a) el de creación del derecho; b) el de ejercicio; y, c) el de extinción. A los efectos del artículo 301 CP, el momento crucial lo será el de su ejercicio, por cuanto la forma del verbo es *utilice*, es decir, aquel que se encuentre en pleno

cuidado lo debe procurar como buen padre de familia según el art. 497 CC. La custodia del objeto compete directamente al usuario, esta custodia deberá realizarse con la diligencia de un buen padre de familia.

De toda esta argumentación se puede construir una interpretación de la conducta utilizar (*utilice*) que permita descartar el uso, empleo o utilización de bienes no relevantes para el Derecho penal. Opinamos que el delito de blanqueo de capitales prohíbe y sanciona: la utilización, uso o empleo de bienes de origen delictivo siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- 1) La facultad de uso deberá ser otorgada por la persona que ostenta la titularidad del bien, es indiferente el modo de constitución del título: a) por ley; b) por negocio jurídico (oral o escrito), *mortis causa* o *inter vivos*, a título oneroso o gratuito; y, c) por prescripción;
- 2) El ejercicio del derecho de uso se concreta en servirse directamente de la cosa, por tanto, está referido al ejercicio directo y material sobre el objeto del derecho, un bien cuyo origen sea un delito;
- 3) El derecho de uso permite obtener un rendimiento económico, por tanto, la utilización del bien debe reportar algún beneficio económicamente evaluable y de magnitud tal que represente un ataque al bien jurídico tutelado por el art. 301 CP: la lícita circulación de bienes en la economía. En este sentido, aunque baste considerar el mínimo de servir o contribuir a la supervivencia de la persona usuaria o su familia para decir que aquella *utiliza* en el sentido jurídico-civil de la expresión, estos supuestos por razones de política criminal deben ser

goce, en pleno ejercicio del derecho de uso, será quien adecúe su conducta. Por tal razón, no nos referiremos al deber de formalizar el inventario y su caución, por no ser relevante para construir el derecho de uso, su infracción es relevante para el Derecho civil. Tampoco nos referiremos al deber de restitución, en el momento de extinción del derecho.

atípicos. El Derecho penal no puede intervenir en la libertad ajena hasta el punto de impedir que la persona ejercite derechos mínimos de conservación y supervivencia. Este límite inferior de apreciación es solamente eso, un límite que permite a partir de ahí, limitar lo punible y no punible de la utilización;

- 4) Debe apreciarse dominio eficaz sobre la cosa, sin que ese dominio implique título de propiedad o posesión efectiva. Por lo que la facultad de uso excluye la posibilidad de disposición y en este sentido, la de alterar la sustancia de la cosa. Por tal razón se excluyen los supuestos de adquisición, posesión (eficaz), conversión y transmisión; y,
- 5) Aunque el uso del bien sea una situación jurídica y fáctica temporal, no es necesario probarla, basta con que el sujeto activo se encuentre en pleno ejercicio de los derechos de usuario.

El cumplimiento de este conjunto de criterios nos permitirá limitar la acepción amplia que la doctrina ha construido sobre esta conducta³¹³ y concretar adecuadamente y dentro del ámbito de la ley, las exigencias de una interpretación restringida³¹⁴.

2.4. CONVERSIÓN

En materia civil el término conversión se utiliza de manera especial para referirse a las reglas que permiten sustituir un determinado estado o situación jurídica por otro³¹⁵. Por lo que la esencia de la conversión en el ámbito

³¹³ ABEL SOUTO, M.: «La reforma penal...», *ob. cit.*, pág. 92.

³¹⁴ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 489-490.

³¹⁵ Así, la conversión de una adopción simple o menos plena constituida por una ley extranjera en la adopción regulada por el Derecho español de conformidad al art. 9.5 CC; así, la conversión

jurídico-penal del art. 301 CP, radica no en la mutabilidad del objeto en el sentido natural de la expresión³¹⁶ o en la mutabilidad de la cosa por otra, sino en el ilícito intento de cambiar la situación o estado jurídico de un bien cuyo origen sea un delito por el de un bien lícito. Esto es fundamental si se observa que una de las formas más usuales de adecuación típica en el ámbito del blanqueo es la conversión y por ese carácter, la persecución del blanqueo de capitales mediante la modalidad típica de conversión es trascendental³¹⁷. Un sector de la doctrina sostiene, partiendo de una interpretación gramatical del término, que del carácter de mutable de la conversión se deduce que los comportamientos conversores han de recaer sobre los bienes que proceden de un delito. Lo cual constituye una obviedad, sin embargo, la conversión que interesa al Derecho en general es la del cambio del estado de ilicitud por el de licitud y en concreto, al sistema jurídico-penal, no es la de los bienes en otros bienes, sino precisamente la del cambio del estado de ilicitud por el de licitud de aquellos bienes procedentes de un delito.

De aceptarse la interpretación gramatical como criterio para entender esta conducta típica, llegaríamos a la innecesaria conclusión acerca de lo indiferente de que se trate de una mutación reversible o irreversible³¹⁸, por cuanto esta posición nos da a entender que la realidad jurídica, en este caso, la conducta típica prohibida de conversión, debe ser entendida a partir de la visión de esta como un fenómeno referido al mundo fáctico. Nosotros afirmamos que este entendimiento de la conversión explica de algún modo cómo ocurre la legitimación (de bienes o activos) vía conversión; pero eso no es la conversión

del cuerpo en cadáver, la cosificación del cadáver según el art. 32 CC.; así, la conversión de la separación de mutuo acuerdo en el divorcio según los arts. 82 y 86 del CC.; así, la conversión de los bienes de dominio público en bienes de propiedad del Estado según art. 341 CC.; así, el aprovechamiento de las aguas públicas por prescripción de conformidad al art. 409 CC.; así, la conversión de la nuda propiedad en plena del art. 522 CC; así, la conversión de los contratos nulos en válidos cuando aquellos tengan defectos de forma; etc.

³¹⁶ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 456.

³¹⁷ Aunque los autores en general ligan este concepto a las transformaciones consecutivas de los bienes ilícitamente obtenidos, en bienes lícitos: ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 113; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 226; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 455; y, no desde la perspectiva que aquí se entiende, dotar de licitud a los bienes de origen ilegal.

³¹⁸ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 456.

desde una perspectiva jurídico-penal. El Derecho penal prohíbe que se realice el cambio del estado o situación jurídica del bien de procedencia ilícita a un estado o situación jurídica de licitud. Desde esta perspectiva, la forma en que se realice la conversión puede ser muy diversa: a) en función del objeto: material, inmaterial o ideal³¹⁹; y, b) en función de la naturaleza del bien: fungible y no fungible³²⁰. En definitiva, fenomenológicamente convertir³²¹ es cambiar, transformar o permutar un bien³²². Jurídicamente es revestir de licitud lo ilícito. Jurídico penalmente el delito de blanqueo de capitales prohíbe esta posibilidad.

2.5. TRANSMISIÓN

Para el Derecho civil la transmisión es el acto jurídico de traspaso de los derechos que posee una determinada persona sobre uno o unos concretos bienes a la titularidad de otra³²³. Consiste en el traspaso o transferencia de un

³¹⁹ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 114; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 226; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, ob. cit., PE, tercera edición, pág. 490; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 456.

³²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, ob. cit., PE, tercera edición, pág. 490; ÁLVAREZ PASTOR, D.; EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, ob. cit., pág. 341; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 457.

³²¹ Puede ser una conclusión un tanto exagerada, más si se atiende a cada uno de los criterios que la doctrina ha utilizado para interpretar la conducta de convertir, considero que todos se inclinan por describir un fenómeno, un proceso de cambio, que en definitiva no es por lo que *per se*, se prohíbe el blanqueo de capitales, sino precisamente la conversión en términos jurídicos. Así, ÁLVAREZ PASTOR, D.; EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, ob. cit., pág. 275; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 225; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 454; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo...*, ob. cit., pág. 17; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 177; FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos...», ob. cit., pág. 141; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación...*, ob. cit., pág. 99; FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 378; entre otros.

³²² ROMERAL MORALEDA, A., GARCÍA BLÁZQUEZ, M.: *Tráfico y consumo de drogas*, Aspectos legales y médico forenses, edit. Comares, Granada, 1993, pág. 216. Ellos utilizan el término cosa por el de bien.

³²³ BOUZA VIDAL, N.: «Comentario al art. 10 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág.109. En una primera aproximación, transmisión es en Derecho civil, el signo externo de la adquisición de los derechos reales, la *traditio*, del derecho o de la cosa, diferenciada del propio negocio jurídico, del acuerdo de voluntades. Sin embargo, en general se entiende por transmisión la transferencia o traspaso de los derechos que una persona ostenta en su patrimonio sobre una cosa, al patrimonio de otra.

derecho, sin que el derecho pierda su identidad³²⁴. En general, la doctrina penal sobre el blanqueo de capitales al momento de interpretar esta conducta, la de transmitir, recurre primeramente al contenido normativo de este acto jurídico que el Derecho civil le ha otorgado³²⁵. De donde se entiende que la transmisión es el aspecto negativo³²⁶ de la adquisición o lo que es lo mismo, su acción contraria³²⁷, con lo que se puede afirmar que el tipo penal de blanqueo, prohíbe las dos acciones del acto jurídico transaccional³²⁸, los dos componentes de la relación jurídica obligacional³²⁹ y en este sentido, castiga a los dos sujetos que realizan el negocio jurídico³³⁰. Al igual que la adquisición, la transmisión puede realizarse por cualquier título³³¹ y no requiere incremento patrimonial (ver la solución en la adquisición), sin embargo, sí es necesario que el titular ostente poder de disposición³³². Si se entiende como algunos a la transmisión como traslado, aquellos que trasladen el bien cuyo origen sea delictivo pero sin poder de disposición sobre aquel, sino en relación con la función social que desempeñan (correo, mudanza, etc.), nos encontramos ante acciones neutrales y en este sentido, comportamientos atípicos y no punibles. Esta interpretación es adecuada porque partimos de la diferenciación entre transmisión fáctica y jurídica. Únicamente la última es la que interesa al Derecho³³³, y al Derecho

³²⁴ LACRUZ BERDEJO, J., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Parte General del Derecho civil*, vol. III, edit. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 100-102.

³²⁵ Así, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 460; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 182; ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 118 y ss.

³²⁶ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 17; o el reverso, según ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 119.

³²⁷ ÁLVAREZ PASTOR, D.; EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, *ob. cit.*, pág. 342.

³²⁸ Ya las *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, afirman esta finalidad de las disposiciones. Revisar núm. 108.

³²⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 227, lo refiere señalando que nos encontramos ante el castigo de los dos extremos de un mismo desplazamiento patrimonial.

³³⁰ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 460, muy acertadamente, lo refiere en relación a los bienes de origen delictivo.

³³¹ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 120; ÁLVAREZ PASTOR, D.; EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, *ob. cit.*, pág. 342.

³³² ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 119; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 188 y ss.

³³³ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 182 y ss. En efecto, para esta autora, este concepto es muy restringido en el ámbito del derecho civil, por lo cual propone dotarlo de

penal porque el acto de transmisión tiene como objeto un bien de origen delictivo.

2.6. REFERENCIA A LOS COMPORTAMIENTOS DE OCULTACIÓN Y ENCUBRIMIENTO DEL ART. 301.2 CP

Hasta aquí hemos construido la interpretación de las conductas o comportamientos del grupo de supuestos en los que cabe también la imputación jurídico-penal por imprudencia. Como habíamos anticipado en el núm. 1 de este apartado, se debe agregar al ámbito de la imprudencia el grupo de supuestos del art. 301.2 CP referido a los comportamientos de *ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos*. Sobre esta cuestión una previsión. Da la impresión de que el problema interpretativo de estos comportamientos está ligado a la interpretación de las concretas finalidades con las que se debe realizar cualquier otro comportamiento de blanqueo, y que corresponde al segundo grupo de supuestos de blanqueo de capitales constante en el art. 301.1 CP, por lo que existiría duplicidad de tipicidades.

Esto lleva a los autores a diferenciar entre actos ejecutivos de blanqueo (primer grupo de supuestos: adquiera, posea, utilice, convierta, transmita bienes o segundo grupo de supuestos: realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen o tercer grupo de supuestos: el que realice cualquier otro acto para ayudar a la persona que haya participado) y actos resultativos de blanqueo (ocultación o encubrimiento de bienes-efectos o derechos sobre los bienes-efectos cuyo origen sea una actividad delictiva)³³⁴. Lo que considero metodológicamente incorrecto, porque el comportamiento típico se alcanza cuando el autor ha logrado que el bien-efecto cuyo origen sea una actividad

contenido jurídico-penal. En este sentido, transmitir puede ser entendida desde dos diferentes perspectivas: a) la transmisión que ocurre con el desplazamiento o traslado de bienes de un lugar a otro, denominada transmisión material o fáctica, y b) la transmisión jurídica que tiene lugar con el cambio de titularidad o legitimación en el ejercicio de un derecho o simplemente la transmisión de derechos que se tienen sobre los bienes.

³³⁴ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 488 y ss., 494.

delictiva se encuentre en el tráfico lícito, esto vale para todos los diferentes grupos de supuestos, con lo que hasta aquí es un problema de tipo objetivo. Es decir, que si luego de realizar el examen de imputación objetiva, el comportamiento alcanza para imputar al tipo objetivo, solo a partir de ese momento se debe indagar en la adscripción al tipo subjetivo. Los especiales elementos del tipo subjetivo (la finalidad de ocultamiento o encubrimiento del segundo grupo de supuestos y la finalidad de ayudar del tercer grupo de supuestos) son elementos que se encuentran junto al dolo y que para que agreguen algo distinto que aquello que el dolo ya representa, no deben estar referidos en sentido estricto al tipo objetivo, sino que se reconducen a motivaciones extra-típicas que interesan típicamente (tipo subjetivo) porque explican por qué el autor decidió comportarse según el tipo objetivo (revisar el Capítulo VI, apartado IV.9.3). De aquí que se infiera que cuando aparece este nivel de análisis ya existe un resultado, lo que se indaga es si ese resultado es subjetivamente imputable al autor del comportamiento.

De este modo, se constata que es necesario identificar y separar conceptualmente las finalidades de ocultar o encubrir (ya se consideren estas incluidas en el dolo del autor o si se acepta que constituyen un especial elemento del tipo subjetivo) constantes en la segunda parte del art. 301.1 CP y por otro lado, los concretos *comportamientos* típicos de ocultar y encubrir constantes en el art. 301.2 CP, por lo que debe descartarse el discurso de que los comportamientos del número uno son tentativa de los comportamientos del número dos³³⁵. Únicamente a partir de esta re-comprensión es posible entender adecuadamente esta conducta típica. Por otro lado, esto no obsta que en determinados supuestos nos encontremos con que el ocultamiento o encubrimiento se lleva a cabo mediante algunos de los comportamientos del primer grupo de supuestos, sin embargo, eso no es problema alguno, porque lo

³³⁵ Respecto del antiguo art. 344 *bis h*), DÍEZ RIPOLLÉS, J. «El blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 604; sobre el nuevo tipo, PALOMO DEL ARCO, A.: «Receptación y conductas afines» en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, 1996, pág. 450; de modo parecido, FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en *ADPCP*, t. XLVI, fasc. II, mayo-agosto de 1993, pág. 606 y 616; explícito, PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, *ob. cit.*, pág. 494; este último, rectificando, en *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 413.

que realmente sucede es lo primero y no lo segundo. ¿Qué significa esto? Que este grupo de supuestos de ocultación o encubrimiento está pensado también, para aquellos supuestos en los que se blanquee bienes-efectos de procedencia delictiva en los que el autor no realiza comportamientos directos sobre los bienes (adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir) sino comportamientos indirectos que permitirían que un tercero realice aquellos comportamientos directos, pero sin que conste finalidad alguna para ello. Piénsese en los supuestos en los que intervienen sujetos especialmente obligados que tienen el deber de comunicar la existencia de operaciones sospechosas. Por ejemplo, la no comunicación daría lugar a la ocultación si se tratase de bienes-efectos de origen delictivo.

Sin perjuicio de lo anterior, a efectos de entender estos comportamientos, asumimos que: 1) la ocultación o encubrimiento deben ser entendidos como sinónimos, porque la prohibición a la que se refiere el art. 301 CP hace referencia a la ilícita circulación de bienes-efectos, entonces objeto de la ocultación o encubrimiento son los bienes-efectos originados en un delito. Expresado de otro modo: lo que se oculta o encubre es el hecho de que los bienes tienen un origen o procedencia delictiva, desde esta perspectiva ocultar o encubrir son términos equivalentes³³⁶; 2) de lo anterior se deduce que la referencia a la ocultación o encubrimiento de bienes-efectos o derechos sobre los bienes-efectos cuyo origen sea una actividad delictiva, contiene en su totalidad la descripción típica, por lo que la referencia a la *verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino o movimientos* que sobre los bienes-efectos de procedencia delictiva que se ocultan o encubren dolosa o imprudentemente, quedan reconducidos en aquella fórmula³³⁷; 3) de lo primero

³³⁶ La misma solución desde la perspectiva gramatical, por ejemplo, con citas de otros que siguen esta solución, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 235 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de...*, ob. cit., pág. 411; pero nosotros partimos de una interpretación funcional, ocultar o encubrir pueden ser acciones distintas fenomenológicamente, por ejemplo: se *oculta* el arma con la que se cometió el crimen para *encubrir* al culpable. Sin embargo, en el ámbito del blanqueo de capitales lo que se oculta o encubre es el origen ilícito del bien-efecto por lo que, a efectos normativos o funcionales, da lo mismo lo uno o lo otro. Además, el legislador ha otorgado indistintamente la misma punición y alternatividad; en contra entre otros, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 517.

³³⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 235 y ss.

también se deduce que cabe tanto el blanqueo del objeto material del delito previo como el blanqueo del objeto material de un delito de blanqueo de capitales (revisar el Capítulo V, apartado IV.6 y apartado IV.9.2), por lo que es irrelevante la discusión de si en función de la fenomenología del blanqueo los grupos de supuestos obedecen a las diferentes fases del mismo, en concreto aquí a la de transformación³³⁸; y, 4) se puede ocultar o encubrir mediante acción u omisión. La ocultación activa no da problemas. En el ámbito de la omisión la doctrina apunta reparos³³⁹, sin embargo, como veremos en el apartado sobre el fundamento de la punición en el delito de blanqueo de capitales (Capítulo II, apartado II números 3, 4 y 5), cuando nos encontremos en supuestos de delitos de blanqueo de capitales por infracción de deber, da lo mismo si se lo infringe por acción o por omisión. Esta cuestión será relevante sobre todo para imputar en el ámbito societario y en el de la responsabilidad de las personas jurídicas. Desde esta perspectiva, porque no atacan a la prohibición, comportamientos tales como esconder a perpetuidad los bienes de origen delictivo, a pesar de ser una ocultación o encubrimiento de su origen delictivo, no son comportamientos punibles³⁴⁰.

3. RESUMEN DE CONCLUSIONES

A) La finalidad de los apartados que se iniciaban consistía en analizar el art. 301 CP, para determinar cuál es el comportamiento típico que permite la punición por imprudencia o cuáles son los grupos de supuestos que admiten la modalidad imprudente. La doctrina se ha decantado por dos opciones interpretativas: a) las acciones típicas del blanqueo constituyen actos dirigidos a la ocultación, encubrimiento o ayuda, en los términos típicos; y, b) el

³³⁸ Sobre esta discusión véase, por ejemplo, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 512; sobre la argumentación de que se trata de bienes transformados, PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 464.

³³⁹ Sobre la discusión, véase BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 516; sobre la solución desde la posición de garante, PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 466.

³⁴⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 235 y ss.

blanqueo prohíbe la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes. En esta opción, la finalidad que persigue el que ejecuta el comportamiento típico es indiferente o independiente y basta que se ejecute una de las conductas. El tipo penal del art. 301 CP quedaría definido y esquematizado del siguiente modo: a) **primer grupo de supuestos (primera parte 301.1).**- el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona (admite la comisión dolosa e imprudente); b) **segundo grupo de supuestos (segunda parte 301.1).**- o (el que) realice cualquier otro acto *para* ocultar o encubrir su origen ilícito (admite la comisión dolosa); c) **tercer grupo de supuestos (tercera parte 301.1).**- o (el que) realice cualquier otro acto *para* ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos (admite la comisión dolosa)³⁴¹; y, d) **cuarto grupo de supuestos (301.2).**- (el que efectúe) la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos (admite la comisión dolosa e imprudente). En este sentido, si el legislador ha escogido la modalidad imprudente, como una opción en la imputación del delito de blanqueo de capitales, es obvio que la solución interpretativa correcta es aquella que no conecta con la finalidad del sujeto activo del delito para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a los partícipes de la comisión del delito previo. Para el legislador la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, son conductas que vulneran el interés jurídico protegido por la norma y la adecuación a las mismas por dolo o imprudencia grave configuran la tipicidad. Aquellas otras conductas que

³⁴¹ Sobre este tercer grupo de supuestos, se abre un abanico de cuestiones que ameritan una solución crítica, porque daría la impresión que se estaría castigando en grado de autoría un encubrimiento o a lo sumo una participación respecto del acto de blanqueo, con lo que habría que preguntar, ¿si esta concreta previsión de la parte especial del art. 301 CP, regula o des-regula las previsiones sobre participación y autoría genéricas y aplicables a los delitos, constantes en la parte general del CP? Obviamente dar una respuesta a este problema amerita un tratamiento monográfico particularizado, sin embargo, hay que tenerlo presente al momento de individualizar la pena en el caso concreto.

requieren una finalidad, deberán exclusivamente ser adecuadas al tipo de comisión doloso porque con ese nivel de conocimiento no se entendería una solución desde la modalidad imprudente. El delito imprudente en el art. 301 CP admite la posibilidad de comisión en el primer y cuarto grupo de supuestos.

B) De la tesis que hace requerir finalidad a las conductas de adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir, se desprende que la expresión *cualquier otro acto* debe entenderse en relación con los señalados verbos. Por lo que las conductas referidas constituyen tan solo una lista ejemplificadora de esa expresión *cualquier otro acto*. Alegan que razones de coherencia con la normativa internacional, fundamento del tipo de blanqueo de capitales corrobora la tesis. El error del que procede la afirmación que conecta las conductas del tipo con las concretas finalidades, no se encuentra en la literalidad del texto, sino precisamente en no haber podido desligarse de la interpretación del antiguo texto que penaba el blanqueo de capitales. Porque el antiguo art. 344 *bis* h) del CP derogado establecía la conexión entre comportamientos y finalidades, y el art. 301 del CP vigente no la establece. Este modo de interpretación excede la literalidad del texto de la ley, es una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal o *praeter legem* que constituye una analogía que fundamenta la pena y por mandato de la ley es ilegítima e inadmisibles. Lo mismo cabe decir respecto de sostener que las conductas del tipo son simples ejemplos de *cualquier otro acto*, dirigido a una de las finalidades que se establecen en el tipo. Es una interpretación que exceda la literalidad del texto punitivo. Además, es incoherente e ilógica la afirmación porque esa cláusula general, no solo que englobaría a todos los otros supuestos posibles y no sería necesaria su mención, sino que además se podría calificar a la interpretación de arbitraria y construida para sostener la tesis apuntada, cuando lo que debe hacer el intérprete es precisamente todo lo contrario: a partir del texto de la ley, interpretar bajo el método escogido. En lo que se refiere a la coherencia que debe existir respecto de la normativa internacional hemos manifestado que, si el legislador decide apartarse de los concretos criterios contenidos en los instrumentos normativos internacionales que sirven de base para el entendimiento del fenómeno denominado blanqueo

de capitales, no debe pesar esta situación al intérprete de tal modo que incluya por deseo propio lo que el legislador decidió no establecer típicamente. El examen comparativo debe servir para entender el fenómeno en su conjunto y juzgar si es coherente o no con lo estipulado en la normativa internacional. Pero a la conclusión a la que se llegue influirá en la interpretación del precepto siempre que la literalidad de la ley penal lo permita. Por último, tampoco es cierto que no exista coherencia con la normativa internacional porque los mismos instrumentos recomiendan la tipificación de la mera adquisición, posesión o utilización de bienes sin exigir finalidad o motivación alguna.

C) Una vez que hemos determinado los grupos de supuestos de blanqueo de capitales del art. 301 CP en los que cabe la imprudencia, hemos interpretado los comportamientos típicos. Constatando que en el ámbito de la interpretación de los elementos del tipo penal de blanqueo de capitales el derecho que la persona incorpora a su patrimonio lo constituye *el bien* cuyo origen sea una actividad delictiva. Existen diversos modos de incorporar un derecho, un bien, al patrimonio de la persona. Los que detalla el art. 301 CP, hacen referencia a dos formas de ejercicio de los derechos reales: a) derechos reales en cosas o bienes de titularidad del sujeto activo del delito: adquisición, posesión, transmisión, conversión; y, b) derechos reales ejercidos en cosa ajena: utilización. Sin que quepa el contenido total del discurso que se ha desarrollado como un derecho real en el ámbito del Derecho civil, es evidente que, a efectos jurídico-penales, el art. 301 del CP en su conjunto prohíbe el dominio de hecho o de derecho sobre el bien cuyo origen sea un delito y le es indiferente si ese dominio surge a partir de un título jurídico (adquisición, conversión, transmisión, utilización) o no (posesión).

D) En el ámbito jurídico-penal de conformidad con el art. 301 CP, las conductas se deberán interpretar del siguiente modo: a) la **adquisición** a efectos del delito de blanqueo de capitales es la incorporación de un bien de origen delictivo al patrimonio del sujeto activo del delito; b) con la prohibición de la **posesión** se prohíbe el dominio de hecho que se tenga sobre bienes de origen delictivo; c) en relación con la **conversión** se prohíbe que se realice el cambio del estado o situación jurídica del bien de procedencia ilícita a un estado o

situación jurídica de licitud. La forma en que se realice la conversión puede ser muy diversa: 1) en función del objeto: material, inmaterial o ideal y, 2) en función de la naturaleza del bien: fungible y no fungible. Fenomenológicamente convertir es cambiar, transformar o permutar un bien. Jurídicamente es revestir de licitud lo ilícito, el delito de blanqueo de capitales prohíbe esta posibilidad; d) la **transmisión** prohibida es el acto jurídico de traspaso de los derechos que posee una determinada persona sobre uno o unos concretos bienes de origen delictivo a la titularidad de otra persona; y, e) el blanqueo prohíbe y sanciona la **utilización**, uso o empleo de bienes de origen delictivo siempre que se reúnan las siguientes condiciones: 1) La facultad de uso deberá ser otorgada por la persona que ostenta la titularidad del bien, es indiferente el modo de constitución del título: a) por ley; b) por negocio jurídico (oral o escrito), *mortis causa* o *inter vivos*, a título oneroso o gratuito; y, c) por prescripción; 2) el ejercicio del derecho de uso se concreta en servirse directamente de la cosa, está referido al ejercicio directo y material sobre el objeto del derecho, un bien cuyo origen sea un delito; 3) el derecho de uso permite obtener un rendimiento económico, por tanto, la utilización del bien debe reportar algún beneficio económicamente evaluable (basta considerar el mínimo de servir o contribuir a la supervivencia de la persona usuaria o su familia) y de magnitud tal que represente un ataque al bien jurídico tutelado por el art. 301 CP: la lícita circulación de bienes en la economía; 4) debe apreciarse dominio eficaz sobre la cosa sin que ese dominio implique título de propiedad o posesión efectiva. Por lo que la facultad de uso excluye la posibilidad de disposición y la de alterar la sustancia de la cosa. En definitiva, se excluyen los supuestos de adquisición, posesión (eficaz), conversión y transmisión; y, 5) aunque el uso del bien sea una situación jurídica y fáctica temporal, no es necesario probarla, basta con que el sujeto activo se encuentre en pleno ejercicio de los derechos de usuario. Esta interpretación permitirá descartar el uso, empleo o utilización de bienes no relevantes para el Derecho penal. Entonces, el cumplimiento de este conjunto de criterios permite limitar la acepción amplia que la doctrina ha construido sobre esta conducta y concretar adecuadamente dentro del ámbito de la ley, las exigencias de una interpretación restringida.

E) Respecto de los comportamientos del art. 301.2 CP, hemos señalado como necesario para lograr una adecuada interpretación, identificar y separar conceptualmente las finalidades de ocultar o encubrir (ya se consideren estas incluidas en el dolo del autor o si se acepta que constituyen un especial elemento del tipo subjetivo) constantes en la segunda parte del art. 301.1 CP y por otro lado, los concretos *comportamientos* típicos de ocultar y encubrir constantes en el art. 301.2 CP, descartando que los comportamientos del número uno sean tentativa de los comportamientos del número dos. Eso no obsta que en determinados supuestos nos encontremos con que el ocultamiento o encubrimiento se lleva a cabo mediante algunos de los comportamientos del primer grupo de supuestos, sin embargo, eso no es problema alguno, porque lo que realmente sucede es lo primero y no lo segundo. Hemos concluido que este grupo de supuestos de ocultación o encubrimiento está pensado también, para aquellos supuestos en los que se blanqueen bienes-efectos de procedencia delictiva en los que el autor no realiza comportamientos directos sobre los bienes (adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir) sino comportamientos indirectos que permitirían que un tercero realice aquellos comportamientos directos, pero sin que conste finalidad alguna para ello. Piénsese en los supuestos en los que intervienen sujetos especialmente obligados que tienen el deber de comunicar la existencia de operaciones sospechosas, la no comunicación daría lugar a la ocultación si se tratase de bienes-efectos de origen delictivo. Para interpretar los comportamientos del art. 301.2 CP hemos asumido los siguientes criterios: 1) la ocultación o encubrimiento deben ser entendidos como sinónimos, porque la prohibición a la que se refiere el art. 301 CP hace mención de la ilícita circulación de bienes-efectos, entonces objeto de la ocultación o encubrimiento son los bienes-efectos originados en un delito: lo que se oculta o encubre es el hecho de que los bienes tienen un origen o procedencia delictiva, desde esta perspectiva ocultar o encubrir son términos equivalentes; 2) la referencia a la ocultación o encubrimiento de bienes-efectos o derechos sobre los bienes-efectos cuyo origen sea una actividad delictiva contiene en su totalidad la descripción típica, la referencia a la *verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino o movimientos* sobre los bienes-efectos de procedencia delictiva quedan reconducidos en aquella fórmula; 3) cabe tanto

el blanqueo del objeto material del delito previo como el blanqueo del objeto material de un delito de blanqueo de capitales (revisar el Capítulo V, apartado IV.6 y apartado IV.9.2), por lo que es irrelevante la discusión de si en función de la fenomenología del blanqueo los grupos de supuestos obedecen a las diferentes fases del mismo, en concreto aquí a la de transformación; y, 4) se puede ocultar o encubrir mediante acción u omisión. La ocultación activa no da problemas. En el ámbito de la omisión la doctrina apunta reparos, sin embargo, como veremos en el apartado sobre el fundamento de la punición en el delito de blanqueo de capitales (Capítulo II, apartado II números 3, 4 y 5), cuando nos encontremos en supuestos de delitos de blanqueo de capitales por infracción de deber, da lo mismo si se lo infringe por acción o por omisión. Esta cuestión será relevante sobre todo para imputar en el ámbito societario y en el de la responsabilidad de las personas jurídicas.

II. BLANQUEO DE CAPITALS POR IMPRUDENCIA GRAVE**1. EL OBJETO DE LA IMPRUDENCIA EN EL DELITO DE BLANQUEO**

La forma imprudente en el delito de blanqueo de capitales tiene su origen en el ordenamiento jurídico español a partir de la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre, que introduce el art. 344 *bis h*) núm. 3³⁴². De esta manera, se acogió una de las recomendaciones de los organismos internacionales que en su momento se realizó sobre la punición del blanqueo³⁴³. Como hemos afirmado antes, el ámbito de aplicación del blanqueo imprudente está supeditado a la existencia de cuatro grupos de supuestos en el art. 301 CP. Hemos interpretado que, en coherencia con la estructura del delito imprudente, solo el primer y cuarto grupo de supuestos admiten la comisión culposa porque en ellos no se exige un especial elemento en la tipicidad subjetiva en la forma de motivación o finalidad, puesto que esto excedería los límites de la estructura de la imprudencia³⁴⁴. Entonces, también es susceptible de ser imputado por imprudencia grave el grupo de supuestos del art. 301.2 CP, en la medida que aquí tampoco se exige conocimiento. Recordemos que la imprudencia se mueve en el plano de la cognoscibilidad. Esto debe interpretarse en general para

³⁴² El art. 344 *bis h*, núm. 3, establecía: “Si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas”. Antes de la reforma, existía unanimidad en la exclusión de la imprudencia en el tipo de blanqueo de capitales, según la interpretación del art. 546 *bis f*), que exigía aprovechamiento de los efectos o ganancias del delito. La doctrina interpretó esta cuestión como un ánimo de lucro: si se requiere un especial elemento subjetivo de lo injusto, difícilmente se podrá configurar por imprudencia el blanqueo de capitales. Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.: «El marco normativo de las drogas en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, septiembre 1987, pág. 405; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, M.: «Comentario al art. 546 *bis f*)», en *Código penal comentado*, edit. Akal, coord. LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Madrid, 1990, pág. 1035; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito...*, *ob. cit.*, pág. 325; PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 588.

³⁴³ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 588. Este autor cita a la Convención del Consejo de Europa de 1990 y la recomendación 5 del GAFI.

³⁴⁴ Revisar el Capítulo V, apartado IV.9.3. Un desarrollo importante en esta materia ya en, POLAINO NAVARRETE, M.: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, edit. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972, pág. 331; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 336; en JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 370, directamente se descarta que con estos elementos que cualifican el dolo quepa la imprudencia.

cualquier delito: cuando el tipo exija en la conducta la existencia de un especial elemento subjetivo (o una cualificación especial del dolo) que implique conocimiento, ya hemos excedido la estructura de la imprudencia y, por tanto, no será posible la punición del comportamiento por esta vía. En suma, en el ámbito establecido para nuestra investigación³⁴⁵, susceptibles de ser cometidas por imprudencia son: a) las conductas establecidas en la primera parte del núm. 1 del art. 301 CP: “*el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva*”; y, b) las conductas establecidas en el art. 301.2 CP: (el que ejecute o realice) “*la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos*”.

Si la imprudencia tiene cabida tan solo en los señalados grupos de supuestos del art. 301 CP, surge una cuestión cuya dilucidación es trascendental y que podría expresarse a través de la siguiente pregunta: ¿la referencia al conocimiento del origen delictivo de los bienes-efectos es una limitante para la configuración del tipo imprudente? Este apartado de cuestiones preliminares tiene como finalidad demostrar que la expresión o términos «*sabiendo*» o «*a sabiendas*», en nada dificultan que el resultado prohibido se produzca por imprudencia. Una primera alegación: antes de la vigencia del CP de 1995, la imprudencia se regía por la regla de *numerus apertus*. Se interpretaba que cuando existía la expresión *a sabiendas* (sabiendo), el legislador directamente limitaba la punición de la conducta a los supuestos dolosos. Sin embargo, hoy esta interpretación ya no es posible por cuanto el legislador ha escogido el sistema de *numerus clausus* para punir por imprudencia. Algún autor, haciendo eco de las palabras que la doctrina tradicional ha utilizado para sentenciar y referirse sobre esta cuestión o sobre el uso que de estas palabras ha hecho el legislador, sostiene que (QUINTANO advierte que) el uso de esta expresión

³⁴⁵ Dejando de lado la discusión sobre el 301.2 CP.

constituye tan solo una licencia literaria del redactor de los textos legales³⁴⁶ que en nada repercute sobre la materia tratada. Por lo que, tanto en la antigua como en la nueva redacción, la imprudencia se podrá construir en la medida en que el tipo lo permita, el intérprete debe contar con este criterio pues de lo contrario se verá forzado a construir algo que lógicamente no es posible.

Es claro que el art. 301 CP no constituye ejemplo de la mejor redacción, pero también es cierto que con la conducta típica definida y la estructura del delito imprudente estos problemas se pueden superar. Como hemos afirmado en los apartados anteriores de este capítulo, los tipos imprudentes no están menos determinados que los tipos dolosos y así como a nadie se le ocurre exigir una determinación casuística de los tipos dolosos, lo mismo habría que decir respecto de los tipos imprudentes puesto que aquellos no se diferencian en nada en el tipo objetivo. Solamente una configuración del tipo objetivo que entienda que el mismo se explica por un dolo cualificado hace impensable una subjetivación por imprudencia, por ejemplo, en los supuestos de calumnias o en los de hurto o en los grupos de supuestos de blanqueo de capitales en los que se exige una concreta finalidad o motivación extra-típica que interesa al tipo.

Segunda alegación: para corroborar la tesis de la innecesiedad de expresiones o términos constantes en los tipos, se ha dicho, además, que los referidos términos deben ser entendidos en un sentido naturalístico y no

³⁴⁶ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito...*, *ob. cit.*, pág. 335. Sin embargo esta autora, a pesar de llegar a esta conclusión, no acepta la posibilidad del blanqueo imprudente en las conductas de la primera parte del núm. 1, porque ella interpreta que las mismas están conectadas con las finalidades exigidas por el tipo, y sólo rige para el núm. 2, cuando el sujeto haya actuado con error vencible siguiendo la tesis de LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J.: «El delito imprudente en el Código penal español de 1995», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, dir. DEL ROSAL BLASCO, B., Valencia, 1997, pág. 220, para quien, no existen delitos imprudentes que no sean errores vencibles; PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 590, y en general todos los autores, hacen depender la posibilidad de comisión imprudente de la interpretación que realicen de la estructura general del tipo de blanqueo de capitales, por lo cual, si no existe en el núm. 1 más que un grupo de supuestos en el que se requiere un elemento subjetivo de lo injusto adicional, se deberá descartar la comisión imprudente de estas conductas.

técnico-jurídico, que haría referencia al sustrato de la valoración típica y no a la valoración misma³⁴⁷.

Tercera alegación: una interpretación normativa de estos términos nos ayuda a esclarecer de mejor manera la disyuntiva sobre el significado de los términos «*sabiendo*» o «*a sabiendas*» frente al delito imprudente de blanqueo de capitales. El *sabiendo* o *a sabiendas* hace referencia a un elemento de la tipicidad objetiva: el origen ilícito de los bienes y no a la entera tipicidad. De este modo, las conductas, aunque requieran para ser típicas estar enlazadas a bienes de procedencia ilícita, el conocimiento del origen de tal ilicitud debe interpretarse por separado. El error recurrente de la doctrina y de la jurisprudencia está en la dificultad que existe para diferenciar esta cuestión: inferir que los términos *sabiendo* y *a sabiendas*, están referidos de manera directa y exclusiva como sinónimo de conocimiento. Entonces, como hoy la moderna ciencia del Derecho penal entiende que el dolo es conocimiento, conocimiento de la acción y sus consecuencias, los términos *sabiendo* y *a sabiendas*, serían referencias explícitas del carácter doloso de la conducta³⁴⁸. Pero esto no es así.

Hemos dicho antes que las expresiones *sabiendo* y *a sabiendas* no están referidas en general a la tipicidad, sino que hacen mención de un elemento de la tipicidad en el delito de blanqueo de capitales: el origen ilícito de los bienes. No es al dolo de la conducta típica del autor a lo que se refiere el texto de la ley, sino a una característica adicional de la acción. Conocer no es únicamente averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza,

³⁴⁷ FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 9; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación...*, *ob. cit.*, pág. 129; COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 542; VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1466 y ss. No convence del todo esta tesis porque daríamos entidad a un término que en efecto nada dice de la conducta, preferimos a esta solución, la referida a la licencia del legislador para utilizar expresiones innecesarias. Aunque no debe ser descartada si se sigue otras pautas normativas.

³⁴⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 314 y ss. El conocimiento (dolo) o la posibilidad de conocer (imprudencia) son los que caracterizan en general el tipo subjetivo. Los elementos subjetivos no son cognoscibles directamente, sino a través de los elementos externos que objetivan un contenido psíquico del comportamiento. El dolo y la culpa, son los elementos más importantes del tipo subjetivo, pero el tipo subjetivo no se agota necesariamente en ellos, hay tipos en los que el delito requiere algún elemento trascendente de la realización de la acción.

cualidades y relaciones de las cosas, sino que, además, conocer es entender, advertir, saber de algo. Las fórmulas típicas quedarían enunciadas del siguiente modo: a) aunque el autor conozca (dolo) que no se deben introducir en la economía legal capitales ilícitamente obtenidos, puede también desconocer-conocer (no advertir-advertir) que en efecto provienen de un delito; b) aunque para el autor es posible conocer (imprudencia) que no se deben introducir en la economía legal capitales ilícitamente obtenidos, el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar porque ha tenido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo y puede también desconocer-conocer (no advertir-advertir) que en efecto provienen de un delito. En este último caso si el comportamiento se produce se explicaría por imprudencia.

Aquí el conocimiento: el *sabiendo o a sabiendas*, debe entenderse como advertir (darse cuenta, reparar, observar, llamar la atención, hacer notar) que los bienes sobre los que se ejecuta la acción (dolosa o imprudente) tienen su origen en una actividad delictiva. De este modo, la actuación del autor típico ya sea que actúe con dolo o imprudencia, siempre será *sabiendo o a sabiendas* de que el origen de los bienes es delictivo. Cuando las conductas sean dolosas el *sabiendo o a sabiendas* deberá entenderse de tal manera que se diga que el sujeto advirtió, notó, se dio cuenta de que en efecto los bienes procedían de una actividad delictiva y aun así tuvo la determinación de actuar. En los supuestos culposos, el *sabiendo o a sabiendas* deberá interpretarse de tal modo que se diga que el sujeto advirtió o no advirtió las circunstancias de hecho de tal manera que tuvo un conocimiento defectuoso sobre el origen o procedencia de los bienes, mas estuvo en posibilidad de conocer que ciertamente los bienes tenían origen en una actividad delictiva³⁴⁹. Este error (conocimiento defectuoso

³⁴⁹ Una solución similar es la ofrecida por FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 9. Para quien, el conocimiento defectuoso de esa procedencia es el elemento sobre el que reposa la negligencia. Aunque para este autor lo trascendental será, la infracción del deber de cuidado así: actuaría imprudentemente quien ignora el origen por haber incumplido el deber objetivo de cuidado que exige el art. 301.3 CP, de este modo la solución se daría en el tipo objetivo. Si se acepta esta solución, es porque se parte de una diferenciación entre tipo objetivo doloso y tipo objetivo imprudente, lo que es erróneo, a este nivel de imputación, del tipo objetivo, no hay diferencia alguna porque nos encontramos ante un comportamiento objetivamente imputable luego habrá que explicar si esa objetivación se ha realizado por dolo o imprudencia.

sobre el origen de los bienes) es el fundamento de la imputación por blanqueo imprudente. Así se puede entender por qué a partir de este instante, al autor le ha surgido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo. El autor de blanqueo de capitales imprudente carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar porque ha tenido un error (conocimiento defectuoso) sobre el origen ilícito de los bienes. Esta forma de entender los términos *sabiendo o a sabiendas* es una razón que coadyuva a la posibilidad de imputar por imprudencia³⁵⁰. Este error sobre el origen de los bienes-efectos, porque realmente proceden de una actividad delictiva, explica el comportamiento típico, explica el tipo objetivo, por lo que se puede con facilidad entender que no es necesario hacer depender la construcción de un concreto deber de cuidado por parte del sujeto destinatario de la norma penal. El comportamiento típico en el delito de blanqueo de capitales se configura porque es normativamente posible imputar objetivamente un resultado prohibido al autor de tal comportamiento, por lo que el error sobre el conocimiento del origen delictivo es la imprudencia que explica la conducta de blanqueo.

Una vez alcanzada esta solución, es necesario advertir que existe otro problema recurrente que dificulta la interpretación del art. 301 CP y específicamente del núm. 3, referido a la determinación de si en general el delito de blanqueo de capitales es uno común o uno especial y en específico a si el delito de blanqueo de capitales imprudente debe acotarse tan solo a determinados grupos de autores, con lo que esta forma de imputación haría que el tipo de blanqueo de capitales imprudente se considere un tipo penal especial. A continuación, aportaremos una solución a esta incógnita.

³⁵⁰ Hay que tener en cuenta aquí, que habíamos afirmado que el delito culposo o imprudente para la moderna ciencia penal se caracterizaría como una forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar, es decir, que se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo.

2. EL BLANQUEO: ¿DELITO COMÚN O ESPECIAL?

Para la construcción de este epígrafe es necesario advertir que nosotros opinamos que las normas penales que configuran el Derecho penal económico, cumplen las mismas funciones que cualquier otra norma penal y, por tanto, las categorías de la teoría jurídica del delito se deben aplicar con el mismo rigor que para los demás sectores del Derecho penal³⁵¹. Sentado lo anterior, señalaremos que tanto la doctrina³⁵² como la jurisprudencia³⁵³ ha intentado resolver la cuestión del blanqueo de capitales imprudente, escogiendo entre una interpretación de este delito como uno especial o, por el contrario, uno común. Por lo que conviene reparar un momento en los significados de delito común y especial que la doctrina ha construido. Cuando la ley no delimite el ámbito de posibles autores, nos encontraremos ante un delito común. Cuando así lo haga nos encontraremos ante un delito especial, aquel que solo puede ser cometido por quien reúna ciertas condiciones especiales. Los delitos especiales pueden ser propios o impropios. Los primeros en los que solo puede ser autor el sujeto

³⁵¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», en *InDret*, Barcelona, mayo de 2009, pág. 3; sobre una aplicación práctica de esta concepción, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía», en *InDret*, Barcelona, enero de 2008. Quien desde el subtítulo del trabajo nos previene de la cuestión *Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva*. En este trabajo, a partir de la teoría de la imputación objetiva, se propone un cambio de perspectiva (doctrinal y jurisprudencial) a la hora de construir la imputación jurídico-penal por blanqueo de capitales en los supuestos de intervención de abogados.

³⁵² Así, opinan que es un **delito común**, entre otros, ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, ob. cit., pág. 289; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, ob. cit., pág. 284; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed., pág. 744 y ss., quien se decanta por la opción del delito común pág. 755, a partir de la tradicional tesis del delito imprudente como *infracción o vulneración de una norma de cuidado y del deber de cuidado*; PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 238, 419 y ss.; por la opción de **delito especial**, desde la misma perspectiva del delito imprudente entre otros, ARIAS HOLGUÍN, P.: *Aspectos Político-Criminales...*, ob. cit., pág. 120; FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», ob. cit., pág. 15; COBO DEL ROSAL, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: *Blanqueo de Capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, edit. CESEJ, 2005, pág. 101; CALDERÓN CEREZO, A.: «Capítulo 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (V)», en *Derecho penal PE*, t. II, Madrid, 2005, pág. 339.

³⁵³ Sobre la existencia de sentencias con posturas contradictorias ver STS 960/2008 de 26 de diciembre; por su parte, en la sentencia 1034/2005 de 14 de septiembre, se sostiene que nos encontramos ante un delito común; esta opción es mayoritaria anuncia la STS 7441/2011 de 2 de noviembre; de otra perspectiva, la SAN sección primera, 1 de junio de 1999, afirma que nos encontramos ante un delito especial, así lo confirmó la STS 1746/2003 de 23 de diciembre; en el mismo sentido, STS 924/2005 de 17 de junio, STS 94/2006 de 10 de febrero, STS 483/2007 de 4 de junio, STS 16/2009 de 27 de enero.

descrito por el tipo y si algún otro lo ejecuta no puede serlo. Los segundos, en los que sí cabe esa posibilidad, es decir, puede ser autor el sujeto no cualificado que produce el resultado³⁵⁴. Esta clasificación de los delitos se ha construido en función de quien exige el tipo debe ser el autor del mismo, es decir, en función del círculo de posibles sujetos activos. Al menos, eso es lo que confiesan los diferentes autores. Entonces, son soluciones de autoría y participación. Sin embargo, considero que la solución alcanzada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES³⁵⁵ es la adecuada³⁵⁶. Por una sencilla razón: si nos encontramos ante delitos comunes y no especiales, si el sujeto interviniente en la producción del resultado prohibido es un obligado especial o lo que es lo mismo un garante en virtud de una institución, los delitos comunes se convierten en delitos de infracción de deber³⁵⁷. Entonces, el problema que se debe resolver no es uno formal referido a la determinación del círculo de posibles autores (delito común o especial) sino uno más bien material referido a la fundamentación del injusto en el delito de blanqueo de capitales (delito de dominio o de infracción de deber). Es lo que haremos en el próximo apartado. Por lo pronto lo importante es afirmar que las repercusiones obviamente son

³⁵⁴ Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 237-238; en el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, edit. Sección de Publicaciones e Intercambio, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1966, pág. 229 y ss.; COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 355-356.

³⁵⁵ El desarrollo de esta cuestión lo realiza este autor, primeramente, en función del aporte que realizara ROXIN sobre los delitos de infracción de deber, en su famosa monografía titulada *Täterschaft und Tatherrschaft*, publicada su primera edición en 1963, contamos hoy con una versión castellana de la misma: titulada *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la séptima ed. alemana 1999, por CUELLO CONTRERAS, J. Y, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. En segundo lugar, de las aportaciones realizadas a esta teoría por JAKOBS. Aunque, el propio SÁNCHEZ-VERA sostenga que se trate de un desarrollo de la misma, lo cual en términos del desarrollo de la investigación es correcto, en referencia a la fundamentación, las diferencias son importantes. Por cuanto, JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA, logran una verdadera teoría de los delitos de infracción de deber -y de los de dominio-, desde los fundamentos mismos del Derecho penal y se alejan sustancialmente del desarrollo que la misma tuvo en su inicio como un problema de autoría y participación.

³⁵⁶ En este punto, seguimos la opinión del propio ROXIN, C.: *Autoría y dominio...*, ob. cit., pág. 742-743, quien sostiene que la primera elaboración monográfica de la teoría de los delitos de infracción de deber se la debemos a SÁNCHEZ-VERA, quien luego de los aportes y mejoras proporcionados por JAKOBS, logra un desarrollo de la misma en la forma más avanzada hasta el momento. Sobre una aplicación práctica de esta cuestión, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Atribuciones normativas...*, ob. cit., pág. 29 y ss.

³⁵⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de...*, ob. cit., pág. 44.

distintas de si partimos tan solo de encontramos ante un delito común o especial. En consecuencia, independientemente de la importancia que revista su contribución al hecho que produce el resultado, el resultado y sus consecuencias jurídicas, alcanzan al sujeto especialmente obligado por la infracción del deber positivo que le impone ser garante de una concreta institución en calidad de autor del hecho³⁵⁸. Estas consecuencias rigen tanto para los delitos de infracción de deber positivados como para los que no están positivados. Si se parte de este nivel de análisis, las soluciones serán coherentes y no dejarán dudas respecto de la aplicación, en contra de lo que sucede en la doctrina y en la jurisprudencia del delito de blanqueo de capitales imprudente en la que parece más un conjunto de opiniones antojadizas en función de la solución a la que se quiere llegar y no en función de aquella que corresponde en relación con el concreto supuesto de hecho.

Por otro lado, si entendemos por imprudencia una forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse, en la que no se exige la presencia de una especial motivación para actuar típicamente, puesto que en el nivel en el que se encuentra la imprudencia, en el nivel de la posibilidad de ser conocido o en el de la cognoscibilidad, no se exige conocimiento sino únicamente la posibilidad de conocer y en este sentido, evitar, no es posible argumentar que de esto devenga el carácter de especial del delito. En la imprudencia (como en el dolo) no se exige más deber que aquel que está encerrado en la norma. Por tanto, esto no puede por sí solo fundamentar la diferenciación entre lo común o especial de un delito o, aunque así fuera, sería irrelevante. Lo importante será determinar ante qué tipo de deberes nos encontramos, si ante uno negativo o ante uno positivo. Puesto que la pauta de la infracción de los respectivos deberes como forma exigida de la tipicidad subjetiva lo determinará la ley. Es decir, que teóricamente todos los hechos prohibidos se pueden construir con dolo o con imprudencia, con un determinado nivel de conocimiento-desconocimiento (en los supuestos en los que típicamente se exija a más de dolo un especial elemento del tipo subjetivo que cualifique el dolo, no cabría la imprudencia porque precisamente se

³⁵⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de...*, *ob. cit.*, pág. 183.

requiere conocimiento cualificado). Sin embargo, será punible la imprudencia cuando la ley lo determine. Tal es el caso del blanqueo de capitales, punible además por imprudencia grave. Entonces la argumentación del carácter especial del tipo en función de su posibilidad de ser explicado el tipo objetivo mediante la imprudencia no es dogmáticamente viable. Ya lo hemos visto antes al estructurar el tipo imprudente, lo que sucede es que existen supuestos imprudentes que constituyen delitos de infracción de deber. El tipo penal se configura por la infracción de los especiales deberes que sobre la prevención de blanqueo pesan sobre el autor. Esto no significa que el deber objetivo de cuidado se deba reconducir a la infracción del deber que configura el tipo. Porque existen delitos de dominio imprudente y delitos de infracción de deber imprudente sin que quepa afirmar la necesaria infracción de un deber objetivo de cuidado para configurar el tipo objetivo. En los delitos de dominio el tipo se configura a partir de la infracción del deber de no dañar: el que por error mata a otro porque dispara contra un arbusto para probar su arma de fuego sin percatarse que detrás del arbusto estaba un vagabundo dormido. En los delitos de infracción de deber el tipo se configura a partir de la infracción del deber positivo de protección: el médico que en el alumbramiento utiliza los fórceps sin percatarse que el feto haya avanzado lo suficiente por el parto produciendo una lesión o muerte. En ambas modalidades para configurar el tipo objetivo no hace falta infracción alguna de deber de cuidado. Estas conductas imprudentes son objetivamente típicas porque han superado en el resultado un riesgo prohibido para el bien jurídico. Los autores típicos responden imprudentemente porque sus comportamientos superan el riesgo prohibido. En este sentido, el caso del médico que con conocimiento de matar utiliza los fórceps para extraer el *nasciturus* de siete meses provocando su muerte, objetivamente en nada difiere respecto del anterior supuesto. La diferencia está en el tipo subjetivo. Los dos son delitos de infracción de deber porque los médicos tienen el deber positivo de proteger la salud y la vida, y ambos los infringen. El primero de manera imprudente y el segundo dolosamente. El problema de la doctrina y la jurisprudencia está en querer justificar una limitación de la punición del blanqueo imprudente exclusivamente a los sujetos especialmente obligados y

eso es una interpretación por lo menos discutible al menos en la forma dogmática en que se realiza.

3. FUNDAMENTO DEL INJUSTO PENAL EN EL DELITO DE BLANQUEO

A partir de estas consideraciones descubrimos que el debate sobre la clasificación de los delitos no está situado en sede de la autoría y participación, aunque las repercusiones en este ámbito son de gran magnitud, sino que se encuentra referido a un problema de fundamentación del injusto penal, es decir, los motivos por los que se imputa jurídico-penalmente a un sujeto. En este sentido, algún autor anticipa que, aunque resulte discutible el contenido y extensión que se quiera otorgar a los delitos de infracción de deber -o de dominio-, lo cierto es que la primera operación intelectual que debe ser efectuada en la tarea de imputar es determinar si el injusto del delito de que se trate se basa exclusivamente en la infracción del deber o no³⁵⁹. En definitiva, determinar si nos encontramos ante un delito de dominio o uno de infracción de deber. Antes de desarrollar esta cuestión, una necesaria previsión y punto de partida dogmático: hemos señalado que el delito de blanqueo de capitales protege un concreto aspecto del orden socioeconómico, a saber: la lícita circulación de bienes en la economía³⁶⁰. Desde esta perspectiva, cabe expresar que nos encontramos ante un delito económico. Los delitos socioeconómicos son aquellos que consisten en la infracción de unos concretos deberes de los ciudadanos (ciudadano persona física o ciudadano empresarial en los supuestos de personas jurídicas) cuando actúan en el subsistema económico o en relación con una función definible como económica. En algunos supuestos las conductas producen ataques a bienes jurídicos colectivos, con lo que nos encontramos ante el llamado Derecho penal económico en sentido estricto, en otros, los ataques se realizan a bienes jurídicos de carácter individual,

³⁵⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., coord. BACIGALUPO SAGGESE, S., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., edit. Ramón Areces, 2007, pág. 96.

³⁶⁰ Un amplio desarrollo de esta opción y sus repercusiones en el Capítulo IV.

preponderantemente de tipo patrimonial, este grupo encaja en la definición de Derecho penal económico en sentido amplio³⁶¹. Los delitos socioeconómicos - en su moderna configuración- a pesar de ser un *nuevo* Derecho penal, no es *otro* Derecho penal, por tanto, los conceptos fundamentales de la PG del Derecho penal siguen siendo adecuados e irrenunciables para el tratamiento de los nuevos comportamientos establecidos en los tipos penales, entre estos, los delitos socioeconómicos y societarios³⁶². Los comportamientos que agredan gravemente el orden económico están integrados en el Derecho penal y, en definitiva, su tratamiento queda sometido a las reglas y principios tradicionales de la imputación penal³⁶³. Por lo que la teoría de la imputación objetiva como teoría normativa de la tipicidad afecta también a los delitos socioeconómicos³⁶⁴.

Con esta previsión, señalaremos que en la explicación que hace del asunto en general para el Derecho penal, SÁNCHEZ-VERA señala que los fundamentos del injusto penal son dos, y que dan lugar a dos tipos genéricos de delitos plenamente diferenciados: a) por un lado el deber de no dañar, que se fundamenta en la institución negativa *neminem laede*³⁶⁵. Su soporte es la actuación como persona, el rol de persona en un mundo de personas: el mundo jurídico. De este concreto deber surgen determinados deberes positivos en los que no cabe una interpretación que los convierta en delitos especiales de omisión o delitos de infracción de deber. Son siempre delitos de dominio, porque el núcleo del argumento del injusto se encuentra en la obligación originaria de no dañar, en el deber de no organizar absolutamente nada: actúa

³⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva...», *ob. cit.*, pág. 4; BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Concepto de Derecho penal económico», en *Diccionario de Derecho Penal económico*, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., edit. Iustel, Madrid, 2008, pág. 168; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, segunda ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 94 y ss.

³⁶² GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de un Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, edit. UNED, Madrid, 2001, pág. 356.

³⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, *ob. cit.*, tercera ed., pág. 157. Utiliza la forma del verbo deber en el condicional *deberían*, insinuando irónicamente que algunos sostienen lo contrario, sin embargo, la ley penal es ley penal y debe regirse por las reglas de la ciencia del Derecho penal.

³⁶⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 5 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva...», *ob. cit.*, pág. 6.

³⁶⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de...*, *ob. cit.*, pág. 83-93, *passim*.

como quieras, pero deja en paz el ámbito de organización ajeno; y, b) junto a este deber, que en general como es fácilmente deducible su vigencia no agota el catálogo de prohibiciones penales, encontramos el deber o deberes positivos, su soporte son las instituciones positivas que el Derecho ha creado para determinados ámbitos en los que se desenvuelve la persona. Es decir, que el fundamento se encuentra en un deber genérico positivo que se puede abstraer expresando que se trata de situaciones en las que se requiere que la persona ayude y produzca una situación de bienestar al otro, a la otra persona u otras personas. Entonces, junto al rol -de- persona, se ubican unos determinados roles en función de la institución que se intente proteger o preservar: padre, madre, policía, juez, funcionario, administrador³⁶⁶, etc.

En lo que se refiere al blanqueo de capitales entendido como especie de delito socioeconómico, al momento de construir la tipicidad no podemos dejar de lado para el análisis las concretas posiciones o roles jurídicos en los que se fundamenta la conducta. Debemos determinar si nos encontramos ante tan solo la obligación de no dañar un ámbito de organización ajeno o si por el contrario el deber que incumbe al sujeto es de aquellos que obligan a la conformación completa o parcial de las relaciones jurídicas en sociedad, referida a la expectativa que las instituciones elementales de la sociedad funcionen ordenadamente³⁶⁷. Esto no equivale a una justificación material de la administrativización o mercantilización del Derecho penal o que, la mera infracción de los deberes previamente configurados sea capaces de alcanzar la tipicidad. No nos encontramos ante situaciones previamente construidas, en el sentido primariamente expuesto por ROXIN³⁶⁸: ante un deber extrapenal³⁶⁹ que explica la autoría, sino ante el fundamento que explica el injusto en el sentido

³⁶⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito...*, *ob. cit.*, pág. 93-105, *passim*.

³⁶⁷ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 11.

³⁶⁸ ROXIN, C.: *Autoría y dominio...*, *ob. cit.*, pág. 742.

³⁶⁹ Paradigmático, BACIGALUPO SAGESSE, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 103. Esta autora siguiendo a ROXIN sostiene que, no es posible, negar que la infracción del deber (del funcionario o del administrador) forma parte del bien jurídico (de los delitos referidos a aquellos) y que no es fácil separar conceptualmente el deber del bien jurídico. El bien jurídico (de los delitos de funcionario o de administradores) no se agota en la protección de objetos materiales, sino en el cumplimiento del deber mismo.

de JAKOBS³⁷⁰. No se afirma la existencia de delitos que protegen deberes extrapenales³⁷¹, sino de tipos penales que protegen bienes jurídicos a través de la garantía del cumplimiento de deberes positivos que surgen de una concreta institución positiva: padre, madre, administrador, etc. Lo importante como afirma SÁNCHEZ-VERA³⁷², no es el tipo codificado sino el tipo de interpretación. Puesto que, en un primer nivel, el de la expresión gramatical³⁷³, la formulación de la norma ya sea como prohibición o como mandato es intercambiable porque los conceptos de prohibición o mandato son en sentido lógico jurídico opuestos contradictorios. En el segundo nivel de análisis, en el plano material, la institución negativa y las instituciones positivas no son intercambiables porque no son conceptos contradictorios sino contrarios: la una es lo que la otra no es. Por tanto, para construir la imputación es necesario justificar adecuadamente la intervención punitiva, interpretar el tipo en función de aquello que constituye su fundamento, entonces solo así será posible descartar conductas que se encuentren amparadas por la normativa de referencia³⁷⁴ o que incluso constituyendo ataques a bienes jurídicos no alcancen para articular la imputación jurídico-penal³⁷⁵. Esto es lo que haremos en referencia al delito de

³⁷⁰ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 9-11.

³⁷¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva...», *ob. cit.*, pág. 18.

³⁷² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito...*, *ob. cit.*, pág. 108-122.

³⁷³ SÁNCHEZ-VERA, nos habla de un nivel idiomático, *ob. cit.*, pág. 108, considero apropiado hablar de estructura gramatical, porque es a lo que se refiere el autor, sobre todo cuando se descubre que lo idiomático es lo propio y peculiar de una lengua determinada y no de la forma en que se expresa una determinada cuestión en una lengua determinada, es decir, la estructura gramatical escogida para expresar el pensamiento, la idea, la norma, la prohibición o mandato.

³⁷⁴ En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación...», *ob. cit.*, pág. 9.

³⁷⁵ Sin ánimo de exhaustividad sobre las opiniones divergentes, se descartan aquí, las opciones interpretativas que podemos denominar mixtas entre las que cabe citar: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, *ob. cit.*, segunda ed., 2007, pág. 311. Quien, manteniendo la terminología tradicional, propone con un contenido nuevo, los delitos especiales propios de naturaleza mixta; o, SILVA SÁNCHEZ, J.: «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extranei* hasta la imposición de intereses de demora», en *Estudios penales en homenaje al PROF. COBO DEL ROSAL*, dir. CARBONELL MATEU, J., edit. Dykinson, 2005, pág. 909. Aquí el autor explica el delito fiscal como uno de los delitos de infracción de un deber que incorpora elementos de dominio o un delito especial de infracción de deber con elementos de dominio. La razón nuevamente es la misma: SÁNCHEZ-VERA, señala que la institución negativa y las instituciones positivas no son intercambiables por ser conceptos contrarios.

blanqueo de capitales: determinar cuál es el fundamento de lo injusto en el tipo de blanqueo, para luego explicar los supuestos imprudentes.

4. EL BLANQUEO: ¿UN DELITO DE DOMINIO O DE INFRACCIÓN DE DEBER?

Cabe afirmar que en la forma en que se encuentra construido el tipo penal de blanqueo de capitales constituye principalmente una prohibición de no dañar. Un delito que encuentra justificada su punición en la institución negativa *neminem laede*, por lo que, dentro del rol de persona, del rol de ciudadano, se incluye como deber uno cuyo cumplimiento repercute en la protección del orden socioeconómico y que se concreta en la incolumidad del tráfico económico y jurídico, exigiendo que el ciudadano común no organice absolutamente nada cuando los bienes sean de origen delictivo. Esto cabe en la modalidad dolosa y en la modalidad imprudente. La diferencia lo constituye el nivel de conocimiento-desconocimiento exigido-exigible. En el primer grupo de supuestos, se exige conocimiento de la acción (blanqueo de capitales doloso) junto con sus consecuencias, en el segundo se exige la posibilidad de conocer aquello que se debió conocer (origen ilícito del bien) para evitar comportarse típicamente (blanqueo de capitales culposo o imprudente).

Desde esta perspectiva, los resultados que conseguimos coinciden con la doctrina dominante cuando sostiene que el delito de blanqueo de capitales imprudente es uno común. Aquellos se decantan por definirlo como un delito común³⁷⁶ desde la perspectiva del círculo de posibles autores alegando motivos

³⁷⁶ Así lo hacen, ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, ob. cit., pág. 289; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, ob. cit., pág. 284; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., tercera ed. pág. 744 y ss., quien se acoge a la opción del delito común pág. 755, a partir de la tradicional tesis del delito imprudente como *infracción o vulneración de una norma de cuidado y del deber de cuidado*; PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 238, 419 y ss.

de interpretación gramatical³⁷⁷ y teleológica³⁷⁸, construyendo todo a partir de la imprudencia como infracción del deber objetivo de cuidado³⁷⁹. Por su parte, considero que el camino escogido en esta investigación sobre una solución material y no formal del problema, es más seguro y no sujeto a contradicciones, puesto que la solución depende de los fundamentos del tipo y no de aquello que se sospecha o se interpreta establece el tipo. Puesto que amén de todas estas alegaciones, si se entiende que el delito de blanqueo de capitales (doloso o imprudente) es uno especial, el autor mediato deberá reunir los requisitos de la autoría para ser imputado y ya no estaríamos a los fundamentos del tipo, un deber negativo o positivo, sino ante el estricto cumplimiento de las exigencias legales, lo que conduciría a la impunidad o a la ilegalidad. Lo primero cuando no se imputa las consecuencias jurídico-penales a quien debe responder, a quien debe imputársele el resultado prohibido; lo segundo, cuando a pesar de lo primero, no punir al autor del hecho, sin embargo, sí se construye la imputación a los partícipes y en consecuencia se es susceptible de la imposición de una pena en un delito que no tiene autor.

En los delitos de dominio o de organización lo importante será apreciar que el sujeto tiene dominio del hecho. En la mayoría de los delitos, entre los que cabe citar el delito de blanqueo de capitales, la responsabilidad en un primer acercamiento solo cabe afirmarla vinculándola a los actos organizativos del titular de un ámbito de organización³⁸⁰. En el ámbito de nuestra

³⁷⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, *ob. cit.*, pág. 284; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 749; FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 20, este autor habla también de motivos de sistemática, en referencia al tratamiento que el legislador otorga a otros preceptos *similares*, este argumento no es suficiente a mi juicio, porque no depende de la estructura gramatical sino del sentido material del precepto, de la prohibición.

³⁷⁸ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed. pág. 750; FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 21.

³⁷⁹ Sobre esta opción, ya hemos manifestado que, en nuestra opinión, en la norma no existe más deber que aquel que la norma establece con lo que no existiría en el tipo objetivo del delito imprudente un deber objetivo de cuidado que lo diferencia del delito doloso. Revisar el Capítulo I, apartado I.3.

³⁸⁰ JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 718. La organización se suele denominar dominio, por lo que a estos efectos es indiferente la expresión delitos de dominio o de organización; sobre el concepto de dominio del hecho, ROXIN, C.: *Autoría y dominio...*, *ob. cit.*, pág. 350 y ss., lo importante es rescatar que tal y como sostiene este último autor, pág. 359, el que domina el hecho es un componente necesario del sistema del delito, (el autor) es un componente de la descripción del hecho; para SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito...*, *ob. cit.*, pág. 37, esta diferenciación en la

investigación esto es válido para los supuestos de dolo e imprudencia en los que no exista un deber especial de protección del orden socioeconómico, en concreto: sobre la prevención del blanqueo de capitales. Entonces, si en los delitos de dominio el que organiza o domina el hecho prohibido es el autor, es el responsable, el art. 301 CP que contiene el delito de blanqueo de capitales debe ser contado entre los delitos que tienen como fundamento de la punición la prohibición de no dañar y por tanto, el delito de blanqueo de capitales es un delito de dominio o de organización: está prohibido con carácter general según el art. 301 CP para todos los ciudadanos (personas físicas o jurídicas, en este último caso se trataría de un ciudadano empresarial o societario) el blanqueo o legitimación de bienes-efectos cuyo origen se encuentre en una actividad delictiva porque ese hecho en sí provoca o constituye un ataque contra el concreto aspecto del orden económico instituido a través del art. 38 CE y que se concretaría en la lícita circulación de bienes en la economía³⁸¹.

En la sentencia del Tribunal Supremo 924/2005 de 17 de junio, se discute sobre cuál es el fundamento del injusto en el delito de blanqueo de capitales argumentado en relación con el sujeto destinatario de la norma de determinación a la que hace referencia el art. 301.3 CP, por lo que cabría entender que el tipo doloso del delito de blanqueo de capitales es un delito común y el tipo imprudente del delito de blanqueo de capitales es un delito especial. Como vemos las premisas y también las conclusiones del Tribunal Supremo son muy criticables y por lo menos discutibles. Sin embargo, la doctrina se muestra a favor de una restricción en el sentido realizado en esta sentencia por el Tribunal Supremo³⁸². Aquí no interesan tanto los hechos

utilización de las expresiones organización y dominio, pretenden resaltar que el dominio del hecho no es un dominio naturalista o fenomenológico del hecho, sino normativo, en el sentido de incumbencia o competencia. Por lo tanto, pueden usarse sin prejuicio, pues en un sentido normativo, organización y dominio son lo mismo.

³⁸¹ Sobre esta cuestión, revisar el Capítulo IV.

³⁸² Entre otros: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, PE, ob. cit., pág. 557; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa...*, PE, ob. cit., pág. 497 (en la segunda edición de 2005, pág. 514, textualmente afirma que: «no toda persona está en condiciones de ser sujeto activo del delito imprudente, sino únicamente aquellas personas que desarrollen sus actividades como operadores en el mercado o en otros ámbitos delimitados por el legislador»); GONZÁLEZ RUS, J.: *Sistema de Derecho penal...*, PE, ob. cit., pág. 643; BLANCO CORDERO, I.: «Responsabilidad penal de los empleados de banca...», ob. cit., pág. 198 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Legitimación de capitales...*, ob. cit., pág. 127;

probados sino la doctrina que se expone respecto de ellos para concretar cuál es el fundamento del injusto en el delito de blanqueo de capitales y en su modalidad imprudente, luego en relación con otra sentencia, analizaremos por qué los criterios desarrollados en esta sentencia, son equivocados.

Los elementos de análisis de acuerdo con los hechos probados son los siguientes. El argumento de quien recurre la condena, afirma que en la sentencia de instancia se sostiene respecto de su comportamiento que como “... *no conocían la procedencia del dinero y no consta que tuviesen elementos para representársela, pero omitieron voluntariamente cualquier indagación sobre las razones por las que se les encomendaba su traslado*”, la condena por imprudencia es incorrecta y se debe absolver. El Tribunal Supremo razona que este argumento es poco plausible porque el hecho probado que consiste en un acto para ocultar o encubrir el origen de los bienes-efectos mediante su (los hechos se aplicaron al antiguo texto punitivo, con el vigente texto la argumentación sería: la posesión de importantes cantidades de dinero...) posterior transportación fuera de España, junto a la explicación del recurrente sobre que el mismo iba destinado a la adquisición de joyas en Turquía para unas amigas, sin realizar mayores precisiones “*resulta absolutamente*

ZARAGOZA AGUADO, J.: «Receptación y blanqueo de capitales», en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Manual Teórico-Práctico III, Ed. Releto, 1996, pág. 475 y ss.; PALOMO DEL ARCO, A.: «Receptación y figuras afines...», *ob. cit.*, pág. 460; GÓMEZ INIESTA, D.: «Blanqueo de dinero...», *ob. cit.*, pág. 152; SOTO NIETO, F.: «Blanqueo de capitales. Nueva aportación jurisprudencial», en *La Ley*, mayo de 2005, pág. 1180, para quien «*el blanqueo por imprudencia reviste el carácter de delito especial, que sólo pueden cometer los destinatarios de los deberes de diligencia que impone la normativa administrativa*». En contra de esta calificación y a favor de considerarlo un delito común, entre otros: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 284; FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 418 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 20 y ss.; ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención del blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 289; BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico...*, *ob. cit.*, pág. 693, sostienen lo siguiente: «*no podemos compartir la opinión de un amplio sector doctrinal que fundamenta la incriminación del tipo imprudente entendiéndolo que ésta va en realidad dirigida sólo a ciertos grupos de personas que intervienen en el mercado financiero y tienen especiales conocimientos en su profesión y, por lo tanto, un especial deber de cuidado (es decir, a los sujetos previstos en la Ley 19/1993)*»; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo de capitales...*, *ob. cit.*, pág. 32; MOLINA MANSILLA, M.: «El delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal», en *La Ley Penal*, núm. 42, octubre del 2007, págs. 59 y 69 y ss.; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, tercera ed., *ob. cit.*, pág. 755 y ss. Este último, a pesar de sostener que es un delito común, luego al momento de hablar sobre la determinación del deber objetivo de cuidado, hace exclusiva referencia a los sujetos especialmente obligados por lo que no se entiende cuál es en verdad su postura.

inverosímil". En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que el tipo objetivo del delito de blanqueo de capitales queda colmado con el comportamiento del recurrente. Sin embargo, acoge el pedido del condenado y casa la sentencia porque afirma que el comportamiento ha sido doloso (y no imprudente) y como no puede empeorar la situación del condenado simplemente lo absuelve.

Pero aquí viene lo importante de esta sentencia, porque llegado a este punto el Tribunal Supremo manifiesta que una vez descartada la atipicidad de la conducta en relación con los argumentos del recurrente no es posible descartarla porque no se trataría en realidad de un comportamiento típico imprudente sino doloso. Emprende el análisis señalando que *"nos adentramos en la valoración de la conducta como negligente bajo la imputación de la omisión de un deber de diligencia y de la natural desconfianza hacia la realización de cualquier actividad de transporte de dinero cuyo origen se desconoce"* es decir, determinar si era exigible no comportarse como se comportó el recurrente. Desde la perspectiva tradicional del tipo imprudente, determinar si le era exigible la observancia de un concreto deber de cuidado. El Tribunal Supremo estimó que no le era exigible porque el tipo imprudente es un tipo especial y como el condenado no es un sujeto especialmente obligado, no le incumbe la prohibición. El Tribunal Supremo comienza la argumentación afirmando que la extensión del art. 301.3 CP es por lo menos discutible sobre todo al constatar que los comportamientos están referidos *"a conductas realizadas a sabiendas del origen ilícito de los bienes"*. Sin argüir motivo alguno dogmáticamente coherente que lo justifique, el Tribunal Supremo declara que *"la referencia a la imprudencia grave hay que conectarla con los sujetos que tienen una especial obligación o deber de actuar desplegando un específico cuidado"* por lo que *"no toda negligencia determinará una responsabilidad penal sino solamente aquella que además de ser grave"* es decir que esté referida a comportamientos de sujetos especialmente obligados, también *"integre una actividad de blanqueo que permita su inclusión en el tipo delictivo"*³⁸³. Sostiene el Tribunal Supremo que

³⁸³ Sobre esta cuestión, como bien afirma CASTRO MORENO, A.: «Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales», en *LH al*

cuando los sujetos no tienen una especial responsabilidad profesional estamos ante *“un deber de diligencia intensificado”*; por lo que las críticas de la doctrina sobre el carácter exagerado del art. 301.3 CP, por no hacer restricciones en función del sujeto activo son correctas. En este sentido, *“un excesivo ensanchamiento de la imprudencia grave a todo tipo de sujetos intervinientes en la operación de blanqueo, es contraria al principio de intervención mínima, que nos lleva ante supuestos de peligro abstracto e incluso a figuras tan comprometidas e inestables como la tentativa, que produce como consecuencia la sanción de imprudencias sin resultado”*.

Por nuestra parte señalaremos que se llega a estas erradas conclusiones por hacer depender la configuración del injusto imprudente en la infracción de un deber objetivo de cuidado y en manifestar que el carácter de imprudente de un delito debe estar condicionado a los sujetos que, en relación con su rol o función, tengan un especial deber de cuidado respecto del blanqueo de capitales. Por eso no es de extrañar la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo enlazando el contenido del art. 303 CP y el deber objetivo de cuidado como núcleo de la imprudencia. En efecto, afirma el Tribunal Supremo que *“el deber de especial diligencia o cuidado para detectar los signos que pudieran llevar a la sospecha de la procedencia ilícita del dinero, está previsto para ser exigidos a aquellos que tienen estas especiales cualificaciones funcionariales o profesionales. No se puede extender y es de difícil configuración, para los particulares que se prestan a realizar un traslado en maletas o de forma similar, de una suma de dinero metálico”*, llegando al absurdo de indagar nuevamente sobre el deber de cuidado después de haber aceptado que el tipo objetivo ya había sido colmado. Esto es incorrecto porque si aceptamos que en la imprudencia -como en el dolo- no se exige más deber que aquel que está

PROF. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, edit. Tirant lo Blanch, coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A., Valencia, 2013, pág.453, en cuanto a los sujetos activos del delito, la jurisprudencia viene identificando habitualmente el desconocimiento del origen delictivo de los bienes-efectos con la imprudencia grave cuando los sujetos están especialmente obligados (son profesionales, y no meros particulares); es más, resulta infrecuente la aplicación del tipo imprudente a sujetos no profesionales, hasta el punto de haberse convertido en la práctica al tipo imprudente en una suerte de delito especial.

encerrado en la norma, esto no puede por sí solo fundamentar la diferenciación entre lo común o especial de un delito y aunque así fuera, sería irrelevante. La imprudencia en su construcción no hace derivar una limitación respecto de los sujetos especialmente obligados al menos si el tipo penal no lo establece previamente, tal es el caso del art. 301 CP.

Desde la perspectiva que hemos construido en esta tesis, el tipo objetivo del delito culposo no se diferencia respecto del tipo objetivo del delito doloso. Hemos visto que, en los hechos probados, el autor ha configurado con su comportamiento uno que rebasa el riesgo jurídicamente desaprobado porque el sujeto estaba realizando un acto al que se puede vincular cualquiera de las finalidades exigidas en el tipo (ocultación, encubrimiento, ayuda, etc., desde el actual tipo, bastaba apreciar que el sujeto estaba en posesión de bienes-efectos de procedencia delictiva, en concreto de un delito de tráfico). Este comportamiento cabe dentro del fin de la norma, por tanto, es objetivamente imputable. Por la forma en que se encuentra construido el tipo penal de blanqueo de capitales constituye principalmente una prohibición de no dañar, en este sentido, el sujeto con su conducta está obligado a no introducir en el tráfico lícito, bienes-efectos de procedencia delictiva. Dentro del rol de persona se incluye como deber también, uno cuyo cumplimiento repercute en la protección del orden socioeconómico y que se concreta en la incolumidad del tráfico económico y jurídico, exigiendo que el ciudadano común no organice absolutamente nada cuando los bienes sean de origen delictivo. En los delitos de dominio o de organización lo importante será apreciar que el sujeto tiene dominio del hecho, cosa que ocurre en el supuesto de hecho de la sentencia. Como el art. 301 CP señala que está prohibido con carácter general para todos los ciudadanos el blanqueo de bienes-efectos cuyo origen se encuentre en una actividad delictiva, lo que hay que indagar no es si el sujeto estaba o no autorizado a introducir en el tráfico lícito bienes-efectos de procedencia delictiva, porque a todos los ciudadanos nos compete esta prohibición y correlativo deber. Lo importante y crucial es indagar si el sujeto actuó con conocimiento (dolo) o sin conocimiento (culpa). Para que se trate de una objetivación vía imprudencia, se debe constatar que al sujeto en el ámbito de

relación (hechos probados) se le debía individualmente exigir un conocimiento sobre el origen de los bienes, conocimiento que evitaría comportarse del modo en que lo hizo.

El Tribunal Supremo estima el motivo afirmando que el comportamiento del condenado no se explica sino por dolo y sostiene que *“el contacto que se establece entre el que suministra el dinero y que el que realiza el transporte no se puede solventar con una mera imputación de imprudencia, sino que, en todo caso, supone un concierto de voluntades que sitúa al transportista en el núcleo de la actuación dolosa, en forma de ayuda típica contemplada en artículo 301”*. Esto hubiese bastado para estimar el motivo y desechar la imputación jurídico-penal por un delito de blanqueo imprudente sobre todo porque el Tribunal casacional como reconoce, no puede empeorar la situación jurídica de quien recurre. Por lo que no era necesario realizar toda una argumentación sobre el delito de blanqueo de capitales en su modalidad imprudente y en los términos en que se realiza: una interpretación dogmáticamente inviable y por lo menos discutible. Es cierto que el Tribunal Supremo en esta sentencia lo que quiere es limitar de algún modo la imputación jurídico-penal en el delito de blanqueo de capitales a los casos que verdaderamente requieran una sanción, pero lo cierto es que el camino realizado no es propiamente el más idóneo porque los argumentos del porqué la imprudencia en el blanqueo de capitales es solo posible respecto de los sujetos especialmente obligados es una interpretación que excede el tipo penal. Cuando el Tribunal Supremo afirma que al sujeto se lo debió condenar por blanqueo doloso, nos da la razón respecto de que el blanqueo de capitales es un delito de dominio u organización. Porque está prohibido con carácter general para todos los ciudadanos la introducción de bienes-efectos de origen delictivo en la economía. Limitar la imputación imprudente a los sujetos especialmente obligados, es una interpretación que excede el marco de la ley y por tanto es ilegítima e inadmisibles porque agrega a la norma lo que el legislador no quiso establecer.

Se puede afirmar que las críticas contenidas en esta sentencia no obstan para que un ciudadano común imprudentemente, por error, introduzca en el

tráfico lícito bienes de procedencia delictiva. Por ejemplo, según la vigente estructura del art. 301 CP, los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo 2545/2001, que plantea recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional que condenó entre otros, a tres personas por blanqueo doloso y a diez por blanqueo imprudente a los que el Tribunal Supremo absolvió, debería resolverse condenando. El argumento para absolver estuvo en que no existieron motivos para relacionar los comportamientos realizados con un blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico y, por tanto, las conductas eran atípicas. Los hechos fueron juzgados de conformidad con la antigua regulación del blanqueo de capitales, como hoy la norma se refiere a una actividad delictiva, esto no sería un obstáculo para la imputación. Desde el momento en que los imputados por blanqueo imprudente han sido conscientes de que en su actuación había algo *"anómalo, irregular y de legalidad dudosa"*, se podría condenar por imprudencia. El error sobre el conocimiento del origen delictivo de los bienes no sería uno invencible y por tanto el comportamiento sería evitable. Esto ocurre por ejemplo respecto de Pedro Enrique a quien Cornelio (condenado por delito doloso) un conocido desde hace muchos años, convence de realizar ingresos en cuentas bancarias para obtener cheques en dólares con el objeto de pagar importaciones de peletería. En los delitos de dominio o de organización lo importante será apreciar que el sujeto tiene dominio del hecho, cosa que también ocurre en este supuesto de hecho. Obviamente aquí no existe conocimiento ni del origen del dinero ni dolo de introducir en el tráfico bienes-efectos de procedencia delictiva. Sin embargo, Pedro Enrique estuvo en posibilidad de conocer el origen ilícito del dinero porque *"fue consciente de lo anómalo, irregular y de dudosa legalidad de las actuaciones que le fueron propuestas, pese a lo cual las llevó a cabo"*. De haber advertido adecuadamente las circunstancias en las que se desarrollaba su comportamiento previo, habría evitado que su comportamiento posterior se adecuara al tipo de blanqueo de dinero. Recordemos que según la sentencia del Tribunal Supremo 587/2009, *"... no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, solo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas) sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la*

razonable inferencia de que procede de un delito...". De este modo, "puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación, siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa". Ese error evitable, le llevó a elegir comportarse como se comportó. Pedro Enrique actuó en relación con su propio ámbito de organización vulnerando la prohibición de no dañar, mas lo hizo imprudentemente. Lo mismo se podría expresar respecto de los otros nueve condenados por blanqueo imprudente, porque el comportamiento era el mismo: realizar ingresos en cuentas bancarias para obtener cheques nominativos en dólares para ser cobrados en el extranjero. Las circunstancias cambiaban respecto de cada uno y, sin embargo, de todos se logró afirmar que eran conscientes de que en su actuación había algo "anómalo, irregular y de legalidad dudosa" no obstante decidieron comportarse como se comportaron.

Revisemos otro supuesto. En la sentencia del Tribunal Supremo 1137/2011 de 2 de noviembre, correctamente se entiende que la restricción del tipo imprudente a sujetos especialmente obligados debe ser suprimida, afirmando que se debe exigir también para los sujetos no obligados un comportamiento que no supere el riesgo prohibido por el art. 301 CP. El recurso se plantea en contra de una sentencia que condenaba a un sujeto por blanqueo doloso. El comportamiento por el que se condenó consistió en que un sujeto compró a su nombre con dinero de otro sujeto, un vehículo para uso de quien había provisto el dinero. Afirma el Tribunal Supremo que el tribunal de instancia en su sentencia no provee "*ningún dato que acredite que el recurrente conoció la actividad delictiva de Carlos Manuel o que resulte tan significativo por su propia naturaleza que necesariamente le condujera a suponer que el dinero no podía tener otro origen que el delictivo. De esta forma, no queda acreditado de forma suficiente que conociera el origen del dinero a los efectos del tipo doloso*". Por esta razón para el Tribunal Supremo se debe descartar la condena por dolo. Pero la no configuración dolosa del comportamiento no hace

surgir por sí sola la imputación jurídico-penal por imprudencia. Como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo 960/2008, *“el hecho de que se excluya, por imperativo constitucional y legal, la existencia de un delito doloso de blanqueo de capitales no implica, por sí solo, que pueda calificarse de delito imprudente de blanqueo de capitales. Para poderlo afirmar será necesario examinar si concurren en el caso los elementos que caracterizan a esa figura delictiva”*.

El tipo objetivo se completó porque se introdujeron en el tráfico lícito de bienes dinero de procedencia delictiva, mediante la conducta de adquirir con dinero ilícito de otro un vehículo a nombre propio para uso de quien dio el dinero. Después de verificar que el tipo objetivo ha sido alcanzado, se estructura el tipo subjetivo en función de la interpretación que se da a las circunstancias que rodean el hecho. El Tribunal Supremo afirma que el comportamiento resulta por lo menos sospechoso *“respecto de la voluntad de ocultar la identidad del propietario real”*. Como no se aporta razón alguna que justifique el hecho y como tampoco le consta al condenado que Carlos Manuel se dedique al *“desarrollo de una profesión o actividad lícita y remunerada”*, se puede afirmar que estuvo en condiciones objetivas de conocer que se encontraba ante *“el riesgo de contribuir a una operación de blanqueo de capitales mediante la ocultación de la identidad del propietario del bien adquirido”*. En este sentido, como afirma el Tribunal Supremo su comportamiento es al menos imprudente, porque *“en este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas”* y de este modo evitar comportarse típicamente. Este supuesto es un delito de dominio, porque sobre el condenado no pesaba ningún deber positivo de coadyuvar a la incolumidad del tráfico lícito, no era sujeto especialmente obligado por la normativa de referencia y, sin embargo, la prohibición del art. 301 CP le incumbe porque todo ciudadano debe abstenerse de organizar con su conducta comportamientos que impliquen la introducción de bienes-efectos de procedencia delictiva en la economía. La condena por imprudencia es correcta.

También la sentencia del Tribunal Supremo 1034/2005 sirve para argumentar que el tipo penal del art. 301 CP es un delito de dominio y que puede ser cometido por cualquier persona. La sentencia lo argumenta en torno al deber objetivo de cuidado afirmando que se requiere que la persona no especialmente obligada *“actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido”*. Esto quiere decir que el autor imprudente al igual que el autor doloso ha creado, generado o desencadenado un riesgo prohibido para el bien jurídico, que se concreta en la introducción de bienes-efectos de procedencia delictiva en el tráfico lícito. En esta sentencia se desarrolla una idea del tipo subjetivo imprudente como la que nosotros mantenemos en esta investigación. Se afirma que no se exigirá que el autor conozca la procedencia de los bienes, sino que *“por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas... y, sin embargo, haya actuado al margen”* de tales conocimientos de las circunstancias previas que de haberlo hecho le hubiesen llevado a elegir comportarse de otra manera: *“abstenerse de operar sobre”* los bienes-efectos *“cuando su procedencia no estuviere claramente establecida”*.

Los problemas de esta sentencia y la crítica más aguda están referidos a la determinación de un deber de cuidado común a todo ciudadano. El Tribunal Supremo advierte sin más que todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo. Este problema sería un problema de tipo objetivo y la solución estaría en la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado. Nuevamente este problema se suscita por la dependencia interpretativa en la construcción del tipo imprudente como infracción del deber de cuidado; pero si lo que se prohíbe es la lícita circulación de bienes en la economía mediante los comportamientos descritos en el art. 301 CP, quien introduzca bienes-efectos de origen ilícito encuadrando su comportamiento en alguna de las hipótesis del referido tipo, habrá cumplido con el tipo objetivo. La referencia al deber objetivo de cuidado es innecesaria y solo crea confusión y críticas. Por ejemplo, nadie se pregunta si tiene un deber objetivo de cuidado el sujeto que para probar su arma dispara en un arbusto sin advertir que un vagabundo se

encontraba ahí, matándolo de contado. Lo importante para determinar si se ha cumplido el tipo objetivo es observar que se haya creado un riesgo jurídicamente prohibido por el art. 138 CP. Luego como es obvio que el autor no ha tenido dolo de matar y sin embargo ha matado, entonces el comportamiento se explica como un error evitable, porque, por ejemplo, el sujeto pensó equivocadamente que lo que hacía no desencadenaría un riesgo prohibido de muerte de otro y aun así actuó, estando en posibilidades de evitar el resultado, revisando si había alguien en el arbusto o simplemente no disparando en sitios en donde no está permitido disparar o probar un arma. El sujeto eligió y decidió comportarse como se comportó por eso se debe punir su comportamiento como un delito de homicidio imprudente.

Lo mismo debe predicarse respecto del blanqueo de capitales. El sujeto no tiene dolo o conocimiento de introducir en el tráfico lícito, bienes-efectos de procedencia delictiva y sin embargo lo hace, porque el riesgo prohibido se ha superado: los bienes o el dinero ingresaron en el tráfico lícito de eso no hay duda. Pero lo que hay que determinar es si el error por el que no advirtió el origen ilícito de los bienes, error que le llevó a decidirse sobre el comportamiento que crea el riesgo, es uno vencible y así evitable. Por ejemplo, en el caso del sujeto que dispara contra el arbusto, si se encuentra en un coto de caza, a nadie se le ocurriría imputarle un homicidio imprudente, por no haber advertido que detrás del arbusto estaba el vagabundo. Porque el disparo lo realiza en el marco de una actividad lícita y adecuada socialmente. En el supuesto de hecho concreto de la sentencia 1034/2005, Mauricio un ciudadano común, estuvo en posibilidades de advertir que el recibir dinero en su cuenta para su posterior transferencia al extranjero constituía unos conocimientos de las circunstancias previas que lo podían motivar a comportarse de otra manera. Porque como afirma la sentencia Mauricio era *“consciente de que algo anómalo, irregular, y dudoso existía en las operaciones que efectuaba; no obstante, lo cual las realizó”*. Este error sobre la procedencia de los bienes es uno evitable, porque los conocimientos de las circunstancias previas sí le permitían prever que su comportamiento era por lo menos dudoso, por lo que un adecuado entendimiento de los conocimientos de las circunstancias previas

le hubiese llevado a elegir comportarse de otra manera, por lo menos: “*abstenerse de operar sobre*” los bienes-efectos “*cuando su procedencia no estuviere claramente establecida*”. Por eso coincidimos en que el motivo debe ser desestimado, aunque como hemos visto por caminos diversos. En definitiva, la condena por blanqueo imprudente a un ciudadano común es correcta porque todos los ciudadanos tienen el deber de evitar introducir en el tráfico, bienes cuya procedencia sea delictiva ya sea por dolo o por imprudencia.

5. EL BLANQUEO DE SUJETOS ESPECIALMENTE OBLIGADOS

Recordemos que esta investigación está construyendo también los criterios de imputación que deben observarse en los supuestos de blanqueo de capitales imprudente -y doloso- en los que el sujeto activo del mismo sea una persona especialmente obligada por la normativa administrativa entre las que cabe citar a la persona jurídica. Por lo que es necesario determinar si en este contexto nos encontramos ante delitos de dominio o de infracción de deber. Hay que agregar que de todas maneras la repercusión en el ámbito de los delitos dolosos es la misma. Quien está obligado a realizar una acción o abstenerse de emprender aquella (omisión) para impedir que se produzca el ataque al bien jurídico, puede actuar u omitir con dolo o imprudencia porque este es un asunto de tipo objetivo. Es indiferente si el comportamiento objetivado se explica subjetivamente por dolo o imprudencia, porque ya sea que actúe u omita siempre se produce el resultado prohibido y esto no repercute respecto de sí el autor actuó con dolo o culpa. Lo importante es que ha infringido su deber y debe responder como autor. Obviamente quien infringe su deber y configura o condiciona el comportamiento típico con conocimiento o dolo tendrá un reproche mayor, el marco penológico acentúa y corrobora esta cuestión.

En la solución alcanzada en el apartado anterior no quedan incluidos los comportamientos dolosos o imprudentes típicos de blanqueo de capitales en los que el autor del delito sea un sujeto especialmente obligado. Una persona que se encuentre o realice determinadas actividades en relación con un marco normativo delimitado por un subsistema jurídico. En estos supuestos el autor

del delito de blanqueo de capitales es a su vez un sujeto especialmente obligado y si se encuentra obligado en relación con una institución positiva, ya no se explicaría el comportamiento típico como un simplemente *no dañes*, sino que el sujeto tiene un deber positivo de protección del bien jurídico. La protección del bien jurídico se concretaría en no solo no dañar el bien jurídico sino en un ayudar a garantizar que el mismo no se vea sometido a ataques prohibidos. El comportamiento típico doloso o imprudente de blanqueo de capitales no resultaría en un delito de dominio sino propiamente en un delito de infracción de deber no positivado. Hemos afirmado antes que, si el sujeto interviniente en la producción del resultado prohibido es un obligado especial o lo que es lo mismo un garante en virtud de una institución, los delitos de dominio (comunes) se convierten en delitos de infracción de deber. Es decir, que independientemente de la importancia que revista su contribución al hecho que produce el resultado (grados de organización o de dominio); el resultado y sus consecuencias jurídicas alcanzan al sujeto especialmente obligado por la infracción del deber positivo que le impone ser garante de una concreta institución en calidad de autor del hecho. Hemos afirmado además que estas consecuencias rigen tanto para los delitos de infracción de deber positivados como para los que no están positivados. Un ejemplo puede ayudar a entender de mejor manera el asunto, el padre que facilita al asesino de su hijo un cuchillo no es mero cómplice de un homicidio o asesinato sino autor del mismo, puesto que mediante su comportamiento ha quebrantado su deber de cuidado institucional (patria potestad), habiendo transformado un simple delito de homicidio en un delito de infracción de deber³⁸⁴.

En lo que respecta al blanqueo de capitales imprudente (y doloso) de personas especialmente obligadas, el delito de blanqueo de capitales se configura no porque el sujeto posea un dominio sobre el hecho, sino precisamente porque se lesiona o infringe un deber positivo. Esto es así porque no es el tipo codificado lo importante: no es trascendental la estructura gramatical que ha servido de soporte para construir el tipo penal como prohibición o como mandato, lo fundamental es el tipo de interpretación: si en

³⁸⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito...*, *ob. cit.*, pág. 43-44.

el supuesto concreto nos hallamos ante la infracción del deber negativo o ante la infracción de unos deberes positivos. Siempre que el delito de blanqueo de capitales se configure como consecuencia de la infracción de unos concretos deberes especiales o positivos que tenía a su cargo una determinada persona, se deberá responder como autor. En este nivel da lo mismo que la infracción se realice por acción u omisión: quien teniendo el deber lo omite, responde como autor. Lo mismo ha de razonarse y valorarse en los supuestos en los que se produzca el resultado prohibido como consecuencia de un actuar³⁸⁵. En el blanqueo de capitales imprudente, como en general para los delitos imprudentes, esta observación es mucho más clara porque la responsabilidad a título de imprudencia es consecuencia de: a) un actuar riesgoso con posibilidad de conocer aquello que se debía evitar; o, b) un no atenerse al mandato de obviar el comportamiento imprudente.

Resulta indiscutible que, en este ámbito, solo podrán ser autores del delito de blanqueo de capitales imprudente (o doloso) aquellos que tengan de manera directa o por delegación o por asunción, un deber especial de colaboración con respecto a la incolumidad del tráfico jurídico y económico, es decir, ayudar a preservar el tráfico lícito de bienes en la economía. Esto tiene como correlato una restricción de los posibles sujetos activos del delito en función del rol que desempeñen en el subsistema jurídico-económico: a) en función de su actividad profesional (abogados, notarios, etc.); y, b) en función de la tarea que le corresponde en el ámbito de la economía, por ej.: las sociedades mercantiles, especialmente las de capital, el órgano de administración de una sociedad, etc. También, por la forma en que el legislador ha resuelto tipificar la responsabilidad penal de la persona jurídica según el art. 31 *bis* es necesario determinar cuándo una infracción jurídico-penalmente relevante del órgano de administración o de los subordinados³⁸⁶ de este último

³⁸⁵ Sobre la equivalencia o intercambiabilidad entre acción y omisión en este ámbito, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito...*, *ob. cit.*, pág. 65-82, 186 y ss.

³⁸⁶ Existen diversas formas teóricas de resolver el problema de la responsabilidad en actuaciones de subordinados. Está la figura del garante-protector (revisar, DEMETRIO CRESPO, E.: «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas», en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, dir. SERRANO-PIEDRECASAS, J., DEMETRIO CRESPO, E., edit. Colex, Madrid, 2010, pág. 11 y ss.), también la de la responsabilidad vicarial (revisar,

en las relaciones horizontales o verticales de trabajo, configura a su vez una responsabilidad atribuible al órgano de control y en este sentido, también atribuible a la persona jurídica³⁸⁷.

SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RUIZ GARCÍA, J., RUBÍ PUIG, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., «Respondeat Superior I», en *InDret*, Barcelona, marzo de 2002, pág. 5 y ss.; SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C.: «Respondeat Superior II», en *InDret*, Barcelona, julio de 2002, pág. 15), y la del principio de desconfianza, por el que rige el deber de vigilancia respecto de los subordinados, para VOGEL, J.: «Los límites constitucionales a la prevención del Derecho penal económico alemán», en *Derecho penal económico*, de ARROYO ZAPATERO, L., TIEDEMANN, K, edit. Universidad de la Mancha, 1994, pág. 50-52, el incumplimiento del deber de vigilancia, en la medida que si se hubiera observado se habría evitado el resultado, es suficiente para alcanzar el título de imputación (sobre esta cuestión respecto de otro tema, ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, edit. Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981, pág. 134 y ss.). En este último ámbito adquieren relevancia los comportamientos omisivos. Acerca de la omisión es importante tener en cuenta como señala GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El delito de omisión impropia», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 4, 1999, pág. 525 y ss., que tanto la acción positiva como la acción negativa constituyen formas del comportamiento. Por lo que, según SILVA SÁNCHEZ, J.: *El delito de omisión*, edit. Bosch, Barcelona, 1986, pág. 369 y ss., se deduce de ellas una identidad valorativa y normativa. Sobre la cuestión de si los deberes que en virtud de competencia institucional (límites especiales) fundamentan al igual que los deberes en virtud de competencia por organización (límites generales) la responsabilidad en comisión por omisión, SILVA SÁNCHEZ, J.: «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal*, dir. COBO DEL ROSAL, J., Ed. Edersa, 1999, pág. 475-476, quien duda de esta posibilidad. Revisar también, GRACIA MARTÍN, L.: «La comisión por omisión en el derecho penal español», en *Actualidad Penal*, 1995, pág. 687. Una solución distinta a la omisión es la que se ofrece desde la perspectiva de la *autoría y participación*, en la que se construye la responsabilidad a través del instituto de la autoría mediata referida en un plano vertical como el que se desarrolla en este apartado y de la coautoría, que se mueve en un plano horizontal, sobre esta cuestión, HEINE, G.: «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, 119, 1, 2001, pág. 22 y ss. Postura citada y desarrollada ampliamente y con numerosas referencias en MEINI, I.: *Responsabilidad...*, *ob. cit.*, pág. 109 y ss.

³⁸⁷ Sobre cómo resolver el problema de enlazar el hecho del subordinado a la omisión del superior, destacan a su vez varias formas teóricas. Una primera estaría en la determinación de la posición de garante del comportamiento anterior; una segunda en los supuestos de injerencia (revisar, ROXIN, C.: *Derecho Penal*, PG, t. II, Especiales formas de aparición del delito, trad. de la primera ed. alemana (2003) y notas por LUZÓN PEÑA, D. (director), PAREDES CASTAÑÓN, J., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., y otros, edit. Civitas, 2014, § 32, núm. 195 y ss., pág. 920 y ss., y GÓMEZ BENÍTEZ, J.: *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, edit. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, pág. 32 y ss., *passim*; desde una posición crítica, BOTTKÉ, W.: «Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coords. MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., edit. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 134; y estableciendo ciertos requisitos básicos, HILGENDORF, E.: *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, edit. Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pág. 135 y ss., citado en muchos trabajos, como en el de GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en *ADPCP*, t. L, 1997, pág. 53, o en el de JUANATEY DORADO, C.: «Responsabilidad omisiva del fabricante o productor de los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado», en *ADPCP*, vol. LVII, 2004, pág. 69); una tercera en el comportamiento previo lícito que incrementa el riesgo

Habíamos afirmado antes que para dar mayor seguridad jurídica ante lo complicado que ha resultado imputar el blanqueo de capitales imprudente a personas comunes que en su ámbito de relación introducen bienes-efectos de procedencia delictiva, se ha limitado el blanqueo de capitales imprudente a los sujetos especialmente obligados y por tanto, se debe restringir la imputación jurídico-penal en el delito de blanqueo de capitales a los casos que verdaderamente requieran una sanción, pero lo cierto es que el camino realizado no es propiamente el más idóneo porque los argumentos del porqué la imprudencia en el blanqueo de capitales es solo posible respecto de los sujetos especialmente obligados es una interpretación que excede el tipo penal. Para nosotros como hemos visto a lo largo de esta tesis, el problema de imputar por imprudencia en el delito de blanqueo de capitales ha estado circunscrito a problemas de tipicidad objetiva (dependencia interpretativa en el tipo imprudente como infracción del deber objetivo de cuidado, diferenciación y determinación de los grupos de supuestos en los que cabe la imprudencia,

(revisar, JAKOBS, G.: «La competencia por organización en el delito omisivo», en *Estudios de Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997, pág. 353-354; en sentido crítico, ROXIN, C.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, t. II, pág. 922 y ss.); una cuarta sería la desestabilización de un foco de peligro previo (revisar, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», en *ADPCP*, t. LIV, 2001, pág.11-12; DEMETRIO CRESPO, E.: «Fundamento...», *ob. cit.*, pág. 14); una quinta, la responsabilidad por competencia por la propia organización: fuentes de peligro propias de la sociedad (revisar, JAKOBS, G.: «La competencia...», *ob. cit.*, pág. 349 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E.: «Fundamento...», *ob. cit.*, pág. 16-17; FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pág. 268; GARCÍA CAVERO, P.: «La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía», en *LH al PROF. DR. RODRÍGUEZ MOURULLO*, coord. ALONSO ÁLAMO, edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 393 y ss.; FRISCH, W.: «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordinadores MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., edit. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 114 y ss.); y, por último, la responsabilidad por el dominio (revisar, SCHÜNEMANN, B.: «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en *ADPCP*, trad. BRÜCKNER, D, LASCURAIN SÁNCHEZ, J., t. XLI, fasc. II, 1988, pág. 540 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», en *ADPCP*, trad. SPÍNOLA TÁRTALO, B., SACHER, M., vol. LV, 2002, pág. 9 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», en *LH al PROF. DR. RODRÍGUEZ MOURULLO*, trad. SACHER, M., coord. ALONSO ÁLAMO, edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 981 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección...*, *ob. cit.*, pág. 160 y ss.; MEINI, I.: *Responsabilidad...*, *ob. cit.*, pág. 308 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, LH a ROXIN, C., edit. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 372).

fundamento del injusto: delito de dominio y de infracción de deber no positivado, etc., lo veremos también en los capítulos IV y V, sobre la necesaria diferenciación del ámbito de aplicación entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales para solucionar los supuestos de *phisher mule* o del mulero) y problemas de tipicidad subjetiva (el tipo subjetivo del delito imprudente) con lo que hasta aquí, se cuentan con elementos teóricos suficientes para dar respuesta al gran espectro de supuestos que hasta el momento ha conocido la jurisprudencia, y en el ámbito de este apartado concretamente descartando que el delito imprudente de blanqueo de capitales sea en exclusiva un delito especial o más propiamente un delito de infracción de deber.

Lo anterior no obsta para ratificar que, en los supuestos de blanqueo de capitales de los sujetos especialmente obligados, nos encontramos ante un delito de infracción de deber no positivado porque el tipo se configura por la grave infracción del deber que tiene el sujeto respecto de la normativa de su ámbito de actuación. Su ámbito de relación se encuentra condicionado por la observación de unos determinados deberes que implican no solo no dañar, sino que además le competen unas determinadas tareas positivas para evitar que otros configuren con sus comportamientos una infracción de la norma de determinación contenida en el art. 301 CP: está prohibido con carácter general la circulación de bienes-efectos de procedencia delictiva. En estos casos, la prohibición de no dañar se completa con el deber de coadyuvar al mantenimiento de la incolumidad del tráfico jurídico-económico y así tienen un deber de fomento y ayuda al bien jurídico protegido por el tipo penal de blanqueo de capitales. Este deber se extrae de la normativa de prevención del blanqueo.

Esta idea se encuentra recogida también en la jurisprudencia. En la sentencia del Tribunal Supremo 960/2008 se afirma que la normativa de prevención “*no limita el ámbito del artículo 301.3 del Código Penal, que tipifica la modalidad imprudente del blanqueo de capitales sin restricción alguna en cuanto al sujeto activo de la conducta delictiva, aunque normalmente coincidirá en sujetos o entidades cuyas actividades guarden relación con los*

movimientos de capitales”. Es decir, que el ámbito de aplicación del art. 301.3 CP incluye tanto a sujetos especialmente obligados como a quienes no se encuentran obligados por una normativa de referencia. Sin embargo, por la naturaleza de las conductas de blanqueo, la incidencia de los comportamientos imprudentes recaerá de manera especial en quienes tienen a su haber unos determinados deberes de evitación respecto de la contaminación del tráfico con bienes-efectos de origen ilícito. Este hecho, se traduce en una mayor proporción de casos conocidos por los tribunales en los que se es sujeto especialmente obligado respecto de los que no lo son, pero no es un indicador de la no posibilidad de comisión imprudente de sujetos o ciudadanos comunes³⁸⁸. Esta constatación sirva también para denunciar el hecho de que a pesar de existir un marco regulatorio de prevención de grandes dimensiones se echa de menos o resulta extraño que las imputaciones por imprudencia o las investigaciones en materia de blanqueo en estos ámbitos (pre-regulados) sea especialmente reducido, porque por ejemplo, los bancos, las compañías de seguros, las intermediadoras financieras, las grandes sociedades de capitales, y en general las personas jurídicas, etc., son las especiales entidades y órganos susceptibles de comisión imprudente de blanqueo de capitales y la práctica jurisprudencial casi nula en esta esfera también es criticable. Sobre todo, al constatar que las estadísticas en materia de blanqueo dejan en la incoherencia la persecución penal realizada en este ámbito³⁸⁹. Es cierto que la responsabilidad penal de la persona jurídica por blanqueo doloso e imprudente es una realidad jurídica novísima. Sin embargo, por lo menos la responsabilidad civil *ex delicto* sí que ha podido determinarse y no se lo ha hecho.

³⁸⁸ Sobre una interpretación contraria que fundamente una restricción extra-típica, CASTRO MORENO, A.: «Consideraciones críticas...», *ob. cit.*, pág. 455 y ss., con otras referencias bibliográficas.

³⁸⁹ SILVENTE ORTEGA, J.: *Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales en España desde la Jurisprudencia y el Derecho comparado con los países de la Unión Europea*, tesis doctoral, Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2013, pág. 191. Aquí, se pone de relieve que el 50% de los casos de blanqueo de capitales en general se imputa a personas que actúan como testaferreros, el 20% está referido al cambio de divisas o ingresos a cuenta para su posterior cobro por cheque o transferencia al exterior, el 3% a supuestos de transportación personal o física de divisas; el 11% a supuestos de sociedades pantalla, el 4% a la compra de billetes de lotería y el resto a distintas actividades.

Esta observación constituye de algún modo la justificación político-criminal del blanqueo de capitales imprudente, porque en mi opinión el verdadero ámbito de aplicación (aunque no muy estrenado) es el referido a los sujetos especialmente obligados, con lo que esta norma junto a la del art. 31 *bis* CP, constituirá en el ámbito de la persecución penal del blanqueo de capitales, un instrumento idóneo para preservar la incolumidad del tráfico lícito y de este modo coadyuvar a garantizar la economía constitucionalmente protegida por el art. 38 CE. Esto sobre todo al constatar que en los casos en donde existen sujetos especialmente obligados, la infracción de los deberes que, por su rol o función, en relación con la prevención del blanqueo de capitales ostentan, configura el tipo. Un tipo de infracción de deber no positivado, con las consecuencias que de ello se deriva: será siempre autor el portador del deber porque el comportamiento que produce el resultado prohibido deriva de la infracción del deber del ámbito de relación. Hay que agregar una reserva: aunque se es sujeto especialmente obligado, los criterios de imputación objetiva determinan que no es este el fundamento de la imputación, sino que precisamente por estar funcional y normativamente ligado al bien jurídico, la infracción del deber, produce el resultado prohibido. La infracción del deber es el fundamento del tipo porque equivale al ataque prohibido del bien jurídico. La introducción en el tráfico lícito de bienes cuyo origen sea una actividad delictiva se explica como consecuencia de la infracción de sus deberes en relación con las funciones que ostentan. El tipo imprudente no es un tipo abierto que requiera ser rellenado por la normativa extrapenal, por lo que no es la mera infracción de los deberes administrativos lo que configura el tipo penal sino una grave infracción de aquellos.

Cuando un sujeto especialmente obligado introduce bienes-efectos de procedencia delictiva en el tráfico lícito en un ámbito de relación distinto respecto de sus funciones y deberes de prevención de blanqueo de capitales, el sujeto responde por un delito de dominio y no por un delito de infracción de deber. Por ejemplo, el responsable del control de operaciones sospechosas de un banco que introduce en el tráfico lícito bienes-efectos de procedencia delictiva porque una amiga suya con quien de vez en cuando sale, le ha pedido

que lleve un maletín con 5.000.000 euros en efectivo con billetes de 500 que proceden del delito del art. 319 CP, al sitio donde habían quedado desde hace algún tiempo para veranear juntos y que no tuvo conocimiento del origen delictivo porque su amiga es una empresaria respetable, comete un delito de blanqueo de capitales, pero un delito de dominio porque no lo hace infringiendo los especiales deberes que le competen sino en relación con el rol de ciudadano. Esto y otras cuestiones relacionadas, especialmente las que se refieren a que el art. 301.3 contendría un tipo penal abierto y/o un tipo penal en blanco cosa que debe ser rechazada fundadamente, las veremos brevemente explicándolas a través de los hechos probados de varias sentencias del Tribunal Supremo.

La jurisprudencia (y la doctrina) en la sentencia 483/2007 de 4 de junio, entiende erróneamente que el art. 301.3 CP es una ley penal en blanco que *remitiría de manera implícita* a las normas administrativas de prevención del blanqueo de capitales, porque en los supuestos de blanqueo de sujetos especialmente obligados, estas normas son las que permiten determinar si el sujeto activo ha actuado con imprudencia grave por haber infringido el deber de cuidado que en ellas se les impone³⁹⁰. Nuevamente el problema con el que nos encontramos es la dependencia de la estructura del tipo imprudente en la infracción de un concreto deber de cuidado que obliga a buscar deberes jurídico-penales donde no los hay y sobre todo donde no se los necesita. Pero además hay otra fundamentación dogmática. La teoría y la jurisprudencia española utilizan el concepto de ley penal en blanco, entendiendo por tal los casos en los que la prohibición o el mandato de acción se encuentran en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal³⁹¹. El Tribunal Supremo por su parte en concreto ha afirmado que *“son leyes penales en blanco aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima”*³⁹². Para el Tribunal Constitucional, será constitucional *“la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta*

³⁹⁰ BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, tercera ed., *ob. cit.*, pág. 752

³⁹¹ Por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 157 y ss.

³⁹² STS del 20 de septiembre de 1990.

calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”³⁹³. De este modo, las leyes penales en blanco no son propiamente un problema típico, sino que está referido acerca de lo acertado o desacertado que en determinados problemas se recurra a la técnica de remisión normativa para complementar el tipo penal. Pero una vez realizada la remisión siempre será un problema de tipo y de este modo las reglas de imputación deberán observarse como en los demás casos en los que no se utiliza la técnica de remisión normativa. En general este no es el problema del art. 301 CP ni del 301.3 CP en particular, porque en ningún momento el legislador ha remitido a la normativa de prevención a efectos de complementar o completar la tipicidad, razón por la cual debe rechazarse las posturas jurisprudenciales y doctrinales que entienden que en el tipo de blanqueo imprudente cabe una remisión implícita a la normativa administrativa de prevención. También hay que descartar que el tipo de blanqueo de capitales imprudente sea un tipo abierto que exige la determinación de un deber objetivo de cuidado infringido por el blanqueador imprudente. Recordemos nuestra argumentación al respecto: cuando se hizo depender lo injusto del delito imprudente en el deber de cuidado, se señaló que la ley no define para cada caso en qué consiste el deber objetivo de cuidado, y en este sentido, se deberá concretar en función del comportamiento típico de cada supuesto. De esta tesis resulta obvio que los tipos imprudentes serían tipos abiertos que necesitan ser completados por medio de valoraciones judiciales. Una vez concretado el deber de cuidado, se deberá comparar entre este, el deber de cuidado y la acción desplegada por el sujeto. Para nosotros, los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos y se constata que no están menos determinados que los tipos dolosos. El blanqueo imprudente al igual que el blanqueo doloso no son supuestos prohibidos insuficientemente determinados, por lo que ante la amplia posibilidad de supuestos a través de los cuáles se podrían introducir bienes-efectos de origen ilícito en la economía, respecto de los delitos dolosos a nadie

³⁹³ STC 127/90.

se le ocurre exigir una determinación casuística para establecer un catálogo cerrado de riesgos del art. 301 CP. El autor de blanqueo tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes debe deducir la prohibición del comportamiento causante del resultado a partir de la prohibición de causar. Deberá actuar u omitir de conformidad con lo establecido en la norma y no a lo determinado por un juez.

En el ámbito de los comportamientos imprudentes de sujetos especialmente obligados, no es que se trate de una desigual vinculación respecto del precepto como afirmara algún autor, porque la norma de determinación contenida en el art. 301 CP se dirige a todos los ciudadanos que en su ámbito puedan ocasionar una introducción de bienes-efectos de origen ilícito en el tráfico jurídico³⁹⁴. Sin embargo, respecto de los sujetos especialmente obligados, el tipo se configura por una grave infracción de los deberes de prevención, por lo que aquí siempre serán autores. El fundamento del tipo y la explicación del comportamiento prohibido está precisamente en la infracción del deber que el sujeto especialmente obligado tiene incorporado a su ámbito de organización, no estamos ante un tipo abierto sino ante uno determinado. Por ejemplo, el delito de administración desleal del art. 252 CP, es un delito de infracción de deber, de infracción del deber de protección del patrimonio ajeno³⁹⁵. Un deber que se encuentra ínsito o se desprende de las especiales obligaciones que el administrador tiene respecto del patrimonio administrado. Estas obligaciones en el ámbito del órgano de administración de una sociedad de capitales, se derivan de la normativa de referencia del ámbito de regulación previo: el derecho societario y en los supuestos en los que el administrador no esté vinculado a una sociedad, proceden del contrato. En estos supuestos, a nadie se le ocurre afirmar que el tipo penal del art. 252 CP sea un tipo abierto que requiera ser completado por la jurisprudencia. Lo mismo sucede respecto del art. 301 CP, los sujetos especialmente obligados en relación con unas concretas tareas de prevención y/o control, tienen un deber de

³⁹⁴ FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas...», *ob. cit.*, pág. 15.

³⁹⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en *LH PROF. DR. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1211.

protección de la incolumidad del tráfico de bienes, un deber que deriva de la normativa del ámbito de referencia, del ámbito de regulación previo, en este caso la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales. Por lo que el art. 301 CP, es un tipo plenamente determinado que a su vez, en determinados supuestos, se relaciona con determinados espacios previamente regulados, por estas concretas regulaciones se incorporan al ámbito de organización de determinadas personas deberes positivos de protección de la incolumidad del tráfico lícito de bienes, por no es un tipo abierto que requiera determinación judicial sino que precisamente la práctica judicial sobre determinados comportamientos típicos de blanqueo de capitales de sujetos especialmente obligados permite observar esta concreta interrelación de normas.

La sentencia del Tribunal Supremo 16/2009 de 27 de enero argumenta que las personas físicas o jurídicas especialmente obligadas están ligadas al deber de protección del tráfico lícito de bienes *“cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias. La organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias ("trust"), sociedades o estructuras análogas”*, etc. Desde esta perspectiva, es obvio que el sujeto especialmente obligado se encuentra vinculado al tipo penal no porque el art. 301 CP haga punibles las infracciones de los especiales deberes de la normativa de referencia sino porque de esos especiales deberes, se derivan unos concretos respecto de la protección de la incolumidad del tráfico. La infracción de estos deberes vinculados estrechamente con la norma de determinación del tipo penal del art. 301 CP (que prohíbe introducir en el tráfico lícito bienes-efectos de procedencia delictiva) es la que produce la tipicidad y la responsabilidad. Indiferentemente de que obviamente en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo 16/2009 de 27 de enero, se trata de un supuesto doloso de blanqueo de capitales, y que como reconoce el propio tribunal de casación, no tiene

facultad para cambiar el título de imputación subjetiva porque eso agravaría la situación del recurrente, el Tribunal Supremo intenta justificar la sanción jurídico-penal por blanqueo imprudente.

Si aplicamos los resultados de la doctrina expuesta al comportamiento de un abogado que es requerido por un cliente para que le asesore sobre cómo realizar una mejor gestión respecto del dinero que el cliente posee como consecuencia de ser autor de un delito de tráfico de drogas, situación de la que sospecha el abogado, pero, el dinero se encuentra depositado en una cuenta de un banco respetable. El abogado acepta el trabajo y le asesora sobre cómo invertir el dinero. Nosotros consideramos que este comportamiento es atípico según el art. 301.3 CP. No habrá delito alguno de blanqueo imprudente menos aún doloso, porque el abogado no tiene especiales deberes de averiguación del origen de un dinero si ese dinero ya está en el tráfico. La cuestión sería distinta si al mismo abogado le llega el mismo cliente con 20 millones de euros en billetes de 500 y le pide que le asesore sobre cómo invertirlos. El abogado accede sin preocuparse de averiguar o exigir por parte del cliente alguna prueba del origen lícito de los fondos. En este caso, el abogado sería al menos responsable de un delito de blanqueo imprudente porque al decidir ayudar a su pobre cliente, a quien luego se lo procesa por tráfico de drogas, no será posible probar un conocimiento (cierto) del origen de los bienes-efectos y, sin embargo, también es fácil probar que el abogado estuvo en posibilidades de conocer sobre el origen ilícito del mismo, por lo que pudo evitar comportarse como se comportó. Cuando afirmamos que al menos se podrá imputar por blanqueo imprudente, no se descarta que, el hecho constituya un supuesto de blanqueo doloso (dolo eventual), porque el conocimiento del abogado se sitúa no en el ámbito de lo cognoscible (posibilidad de conocer en relación al conocimiento de las circunstancias previas), sino en el ámbito de la concreta situación que produce el resultado prohibido: un abogado, ante esta situación, no podría alegar no-conocimiento de que el hecho es productor del resultado prohibido, o que al menos, no era posible de que se produzca el resultado. Su actuación está siempre en el ámbito del conocimiento (cierto o eventual) del hecho y sus consecuencias, por lo que, debe responder.

Otro caso. Si nos encontramos ante una persona especialmente obligada que tiene el deber de comunicar sobre las operaciones sospechosas que se realicen en un determinado ámbito previamente normativizado (como en un banco, una caja, una compañía de seguros, una sociedad de cambio de divisas, etc.) y por este incumplimiento se explique el comportamiento que introduce los bienes-efectos de procedencia delictiva, el sujeto especialmente obligado deberá responder como autor. Sin embargo, si indiferentemente de la infracción de este deber, se produce el resultado prohibido por el art. 301 CP, el sujeto especialmente obligado no debe responder. Esto sucede en la sentencia del Tribunal Supremo 928/2006 de 5 de octubre, en el que se absuelve a un sujeto especialmente obligado oficial de banca (y al abogado) por no comunicar al organismo de control sobre 18 movimientos que claramente intentaban fraccionar el monto susceptible de observación, porque entre las fechas 14/10/1997 y el 1/12/1997, “*ya existían las comunicaciones de los formularios B-1 y la comunicación de Caja Madrid de*” 11/4/2000, comunicaciones que originaron la apertura de la investigación, por lo que su contribución al resultado es atípica. La infracción del deber es irrelevante para la configuración del resultado prohibido porque el hecho ya fue previamente denunciado y su omisión no produce el resultado prohibido. Nosotros agregaríamos que el deber positivo de protección está en relación con lo que la norma establezca. Si las operaciones fraccionadas no superaban el monto establecido por la norma administrativa de prevención, la exigencia es extra-legal y por tanto no típica según el art. 301 CP. Los criterios de imputación objetiva deben siempre ser observados para imputar al tipo objetivo. En el ejemplo expuesto no hay una superación del riesgo por lo que el comportamiento no es parte del fin de protección del art. 301 CP y por tanto atípico, así lo entendió también el Tribunal Supremo.

Hasta aquí, hemos visto que el rendimiento de la teoría expuesta es notable, sobre todo porque se colocan las cosas en su sitio y existe mayor seguridad y previsibilidad al momento de aplicar la ley en materia de imprudencia y de blanqueo. Sin embargo, como hemos afirmado antes, la cuestión de la imputación de la responsabilidad jurídico-penal de sujetos

especialmente obligados no se agota aquí: en los supuestos conocidos por el Tribunal Supremo, sino en aquellos supuestos que la jurisprudencia aún no conoce. Por lo que una adecuada determinación de los ámbitos de organización y los deberes que se encuentran incluidos en aquellos, en relación con cómo se debe imputar en estructuras jerárquicamente organizadas es una tarea trascendental, sobre todo si se piensa que es en este ámbito en dónde se producirán mayores resultados prohibidos de conformidad al art. 301.3 CP. El blanqueo de capitales en España se extiende al ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo que un adecuado entendimiento del cómo y por qué imputar en el ámbito de un órgano de administración, a este por comportamientos propios y por comportamientos de terceros situados al mismo nivel o por comportamientos de sus subordinados, es una tarea relevante.

6. RESUMEN DE CONCLUSIONES

A) Una vez delimitados los comportamientos en los que cabe la imputación imprudente, hemos visto necesario fundamentar y demostrar que la expresión o términos «*sabiendo*» o «*a sabiendas*», en nada dificultan que el resultado prohibido se produzca por imprudencia. Porque ya sea que la imprudencia se regule según el sistema de *numerus apertus* o el de *numerus clausus*, el tipo imprudente se podrá construir en la medida en que el concreto tipo penal lo permita. Respecto del art. 301 CP, lo fundamental está en entender que el *sabiendo* y *a sabiendas* hacen referencia a un elemento de la tipicidad objetiva: el origen ilícito de los bienes y no a la entera tipicidad. Las conductas, aunque requieran para ser típicas estar enlazadas a bienes de procedencia ilícita, el conocimiento del origen de tal ilicitud debe interpretarse por separado. El error de la doctrina y de la jurisprudencia está en inferir que los términos *sabiendo* y *a sabiendas* están referidos de manera directa y exclusiva como sinónimo de conocimiento (dolo). Sin caer en la cuenta que las expresiones *sabiendo* y *a sabiendas* no están referidas en general a la tipicidad, sino que hace referencia a un elemento de la tipicidad en el delito de blanqueo de capitales: el origen ilícito de los bienes. Por lo que no es al dolo de la

conducta típica del autor a lo que se refiere el texto de la ley, sino a una característica adicional de la acción. Conocer no es solo averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas, sino que, además, conocer es entender, advertir, saber de algo. Las fórmulas típicas quedarían enunciadas del siguiente modo: a) aunque el autor conozca (dolo) que no se deben introducir en la economía legal, capitales ilícitamente obtenidos, puede también desconocer-conocer (no advertir-advertir) que en efecto provienen de un delito; b) aunque para el autor es posible conocer (imprudencia) que no se deben introducir en la economía legal capitales ilícitamente obtenidos, el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar porque ha tenido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo, puede también desconocer-conocer (no advertir-advertir) que en efecto provienen de un delito. En este último caso si el comportamiento se produce se explicaría por imprudencia. Aquí el conocimiento: el *sabiendo* o *a sabiendas*, debe entenderse como advertir (darse cuenta, reparar, observar, llamar la atención, hacer notar) que los bienes sobre los que se ejecuta la acción (dolosa o imprudente) tienen su origen en una actividad delictiva.

B) Luego de la normativización de los términos que dificultaban la imputación imprudente y determinado que el objeto de la imprudencia en el art. 301.3 CP es el conocimiento del origen ilícito de los bienes, nos introducimos en la discusión del tipo imprudente de blanqueo de capitales y las explicaciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han proyectado al respecto. Estas explicaciones resuelven la cuestión del blanqueo de capitales imprudente, escogiendo entre una interpretación de este delito como uno especial o, por el contrario, uno común. En este sentido, se constata que el problema que se debe resolver no es uno formal referido a la determinación del círculo de posibles autores (delito común o especial) sino uno más bien material referido a la fundamentación del injusto en el delito de blanqueo de capitales (delito de dominio o de infracción de deber). Lo que nos permite concluir que el tipo imprudente no puede por sí solo fundamentar la diferenciación entre lo común o especial de un delito y aunque así fuera, sería irrelevante. Lo importante será

determinar ante qué tipo de deberes nos encontramos, si ante uno negativo o ante uno positivo. El problema de la doctrina y la jurisprudencia está en querer justificar una limitación de la punición del blanqueo imprudente exclusivamente a los sujetos especialmente obligados, y eso es una interpretación que excede el texto legal.

C) Los fundamentos del injusto penal que dan lugar a dos tipos genéricos de delitos plenamente diferenciados son: a) el deber de no dañar, que se fundamenta en la institución negativa *neminem laede*. Su soporte es la actuación como persona, el rol de persona en un mundo de personas: el mundo jurídico. De este concreto deber surgen determinados deberes positivos en los que no cabe una interpretación que los convierta en delitos especiales de omisión o delitos de infracción de deber. Son siempre delitos de dominio, porque el núcleo del argumento del injusto se encuentra en la obligación originaria de no dañar, en el deber de no organizar absolutamente nada: actúa como quieras, pero deja en paz el ámbito de organización ajeno; y, b) el deber o deberes positivos, su fundamento son las instituciones positivas que el Derecho ha creado para determinados ámbitos en los que se desenvuelve la persona. El soporte se encuentra en un deber genérico positivo que se puede abstraer expresando que se trata de situaciones en las que se requiere que la persona ayude y produzca una situación de bienestar al otro, a la otra persona u otras personas. Entonces, junto al rol -de- persona, se ubican unos determinados roles en función de la institución que se intente proteger o preservar: padre, madre, policía, juez, funcionario, administrador, etc.

D) En la forma en que se encuentra construido el tipo penal de blanqueo de capitales constituye principalmente una prohibición de no dañar. Un delito que encuentra justificada su punición en la institución negativa *neminem laede* por lo que dentro del rol de persona se incluye como deber uno cuyo cumplimiento repercute en la protección del orden socioeconómico y que se concreta en la incolumidad del tráfico económico y jurídico, exigiendo que el ciudadano común no organice absolutamente nada cuando los bienes sean de origen delictivo. Esto cabe en la modalidad dolosa y la modalidad imprudente. En los delitos de dominio o de organización lo importante será apreciar que el

sujeto tiene dominio del hecho. De este modo el art. 301 CP, se articularía del siguiente modo: está prohibido con carácter general para todos los ciudadanos (personas físicas o jurídicas, en este último caso se trataría de un ciudadano empresarial o societario) el blanqueo o legitimación de bienes-efectos cuyo origen se encuentre en una actividad delictiva porque ese hecho en sí provoca o constituye un ataque contra el concreto aspecto del orden económico instituido a través del art. 38 CE y que se concretaría en la lícita circulación de bienes en la economía (revisar el Capítulo IV).

E) En la solución antes alcanzada, no quedan incluidos los comportamientos dolosos o imprudentes típicos de blanqueo de capitales en los que el autor del delito sea un sujeto especialmente obligado. En estos supuestos el comportamiento típico ya no se explicaría como un *no dañes*, sino que el sujeto tiene un deber positivo de protección del bien jurídico que implica no solo no dañar el bien jurídico sino en un ayudar a garantizar que el mismo no se vea sometido a ataques prohibidos. En estos supuestos el comportamiento típico doloso o imprudente de blanqueo de capitales es un delito de infracción de deber no positivado. En los que, si el sujeto interviniente en la producción del resultado prohibido es un obligado especial o un garante en virtud de una institución, los delitos de dominio (comunes) se convierten en delitos de infracción de deber. En consecuencia, independientemente de la importancia que revista su contribución al hecho que produce el resultado (grados de organización o de dominio); el resultado y sus consecuencias jurídicas alcanzan al sujeto especialmente obligado por la infracción del deber positivo que le impone ser garante de una concreta institución en calidad de autor del hecho. Lo importante no es el tipo codificado: no es trascendental la estructura gramatical que ha servido de soporte para construir el tipo penal como prohibición o como mandato. Lo fundamental es el tipo de interpretación: si en el supuesto concreto nos hallamos ante la infracción del deber negativo o ante la infracción de unos deberes positivos. Siempre que el delito de blanqueo de capitales se configure como consecuencia de la infracción de unos concretos deberes especiales o positivos que tenía a su cargo una determinada persona,

se deberá responder como autor. En este nivel da lo mismo que la infracción se realice por acción u omisión.

F) La jurisprudencia y la doctrina entienden que el art. 301.3 CP es una ley penal en blanco que *remitiría de manera implícita* a las normas administrativas de prevención del blanqueo de capitales, porque en los supuestos de blanqueo de sujetos especialmente obligados, estas normas son las que permiten determinar si el sujeto activo ha actuado con imprudencia grave por haber infringido el deber de cuidado que en ellas se les impone. Pero las leyes penales en blanco no son propiamente un problema típico, sino que está referido acerca de lo acertado o desacertado que en determinados casos se recurra a la técnica de remisión normativa para complementar el tipo penal. Pero una vez realizada la remisión siempre será un problema de tipo y de este modo las reglas de imputación deberán observarse como en los demás casos en los que no se utiliza la técnica de remisión normativa. Este no es el problema del art. 301 CP ni del 301.3 CP porque en ningún momento el legislador ha remitido a la normativa de prevención a efectos de complementar o completar la tipicidad, razón por la cual debe rechazarse las posturas jurisprudenciales y doctrinales que entienden que en el tipo de blanqueo imprudente cabe una remisión implícita a la normativa administrativa de prevención.

G) También hay que descartar que el tipo de blanqueo de capitales imprudente sea un tipo abierto que exige la determinación de un deber objetivo de cuidado infringido por el blanqueador imprudente. Los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos y se constata que no están menos determinados que los tipos dolosos. El blanqueo imprudente al igual que el blanqueo doloso no son supuestos prohibidos insuficientemente determinados, por lo que ante la amplia posibilidad de supuestos a través de los cuales se podrían introducir bienes-efectos de origen ilícito en la economía, respecto de los delitos dolosos a nadie se le ocurre exigir una determinación casuística para establecer un catálogo cerrado de riesgos del art. 301 CP. El autor de blanqueo tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes debe deducir cuál es el comportamiento prohibido causante del resultado a partir de la prohibición de

causar. Deberá actuar u omitir de conformidad con lo establecido en la norma y no a lo determinado por un juez.

H) En el ámbito de los comportamientos imprudentes de sujetos especialmente obligados, no es que se trate de una desigual vinculación respecto del precepto porque la norma de determinación contenida en el art. 301 CP se dirige a todos los ciudadanos que en su ámbito puedan ocasionar una introducción de bienes-efectos de origen ilícito en el tráfico jurídico. Sin embargo, respecto de los sujetos especialmente obligados, el tipo se configura por una grave infracción de los deberes de prevención, por lo que aquí siempre serán autores. El fundamento del tipo y la explicación del comportamiento prohibido está precisamente en la infracción del deber que el sujeto especialmente obligado tiene incorporado a su ámbito de organización, no estamos ante un tipo abierto sino a uno determinado.

I) Los sujetos especialmente obligados en relación con unas concretas tareas de prevención y/o control, tienen un deber de protección de la incolumidad del tráfico de bienes, un deber que deriva de la normativa del ámbito de referencia, del ámbito de regulación previo, en este caso la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales. Por lo que el art. 301 CP, es un tipo plenamente determinado que a su vez, en determinados supuestos, se relaciona con determinados espacios previamente regulados, por estas concretas regulaciones se incorporan al ámbito de organización de determinadas personas deberes positivos de protección de la incolumidad del tráfico lícito de bienes, por lo que, no es un tipo abierto que requiera determinación judicial sino que precisamente la práctica judicial sobre determinados comportamientos típicos de blanqueo de capitales de sujetos especialmente obligados permite observar esta concreta interrelación de normas.

Es obvio que el sujeto especialmente obligado se encuentra vinculado al tipo penal no porque el art. 301 CP haga punibles las infracciones de los especiales deberes de la normativa de referencia sino porque de esos especiales deberes, se derivan unos concretos respecto de la protección de la incolumidad

del tráfico. La infracción de estos deberes vinculados estrechamente con la norma de determinación del tipo penal del art. 301 CP (que prohíbe introducir en el tráfico lícito bienes-efectos de procedencia delictiva) es la que produce la tipicidad y la responsabilidad.

J) En este ámbito únicamente podrán ser autores del delito de blanqueo de capitales imprudente (o doloso) aquellos que tengan de manera directa o por delegación o por asunción, un deber especial de colaboración con respecto a la incolumidad del tráfico jurídico y económico: ayudar a preservar el tráfico de bienes lícitos en la economía. Esto tiene como correlato una restricción de los posibles sujetos activos del delito en función del rol que desempeñen en el subsistema económico: a) en función de su actividad profesional (abogados, notarios, etc.); y, b) en función de la tarea que le corresponde en el ámbito de la economía, por ej.: las sociedades mercantiles especialmente las de capital, el órgano de administración de una sociedad, etc.

SEGUNDA PARTE

DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES Y RECEPCIÓN

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

SEGUNDA PARTE

**DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN ENTRE
LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS Y RECEPCIÓN**

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el caso de la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre se reclama contra la sentencia que condenó a una persona como autora de un delito de blanqueo de capitales imprudente. En este proceso todo gira alrededor de un comportamiento fraudulento que tiene su inicio en el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la *web*, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática (banca *on line*) a quienes se les redirecciona a una página *web* que es una réplica casi perfecta de la original y en la que se les requiere normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, para que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. El autor del ilícito, *pesca (phishing)* las claves bancarias que permiten el acceso a las cuentas del incauto para poder realizar una disposición patrimonial no autorizada. Los hechos probados de esta sentencia indican que una persona (una *entidad* dice la sentencia) obtuvo mediante *phishing* la clave de la cuenta bancaria de la víctima. Con las claves fraudulentamente obtenidas ingresaron a la cuenta vía *web* y realizaron disposiciones de dinero mediante transferencia bancaria. Recién en este momento de la total actividad delictiva aparece el comportamiento de la condenada por blanqueo imprudente, quien recibió en su *e-mail* una oferta laboral que consistía en aperturar una cuenta para recibir en ella unas transferencias de dinero para luego retirar el dinero y

remitirlo a otro sitio fuera de España a través de una empresa de giros o de transferencias de dinero. Su contraprestación por efectuar el encargo pactado eran 250 euros por cada transferencia realizada. La acusada aceptó realizar lo que se le propuso y, además, afirma la sentencia, sin mostrar preocupación alguna sobre el significado jurídico de lo que realizaba. El monto de lo transferido al exterior fue de aproximadamente 10.000 euros, el monto de su comisión fue de casi 750 euros en tres transferencias. Hasta aquí, los hechos probados con los que tiene que contar el Tribunal Supremo para resolver la cuestión.

Los problemas que se le plantean al Tribunal Supremo giran en torno a una pregunta: ¿es este comportamiento subsumible como ha dicho la Audiencia Nacional en el art. 301.3 CP? La acusación particular afirma que no, que debe ser encajado en el art. 248.2 CP de la estafa informática. Por otro lado, la misma sentencia en referencia a otra jurisprudencia de la Sala entiende que hay opiniones que encajan este comportamiento en el art. 301.3 CP, solución por la que se decanta el propio Tribunal en el caso. Finalmente, la doctrina también cuestiona si tal vez los hechos sean constitutivos de un delito de receptación según el art. 298 CP, aunque sin aportar razones contundentes. Alrededor de todo esto, surgiría un problema cuya resolución se precisa: determinar el ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales respecto del delito de receptación; logrando esto, se podrá determinar si el supuesto de hecho reseñado y los análogos, caben o no en el art. 301.3 CP como viene continuamente haciendo el Tribunal Supremo.

En concreto el problema podría plantearse así: existe una dificultad para diferenciar adecuadamente el ámbito de aplicación entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales. A este problema se aportará una solución en el Capítulo V de esta investigación. Sin embargo, hemos detectado que para solucionarlo es preciso antes resolver una cuestión, un problema previo, mismo que constituye el objeto de la investigación del Capítulo IV y que podría expresarse a través de la siguiente pregunta: ¿protegen el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación distintos bienes jurídicos? Como sabemos, la mayoría en general, acepta y/o inicia el análisis

jurídico-penal de los tipos en cuestión asumiendo que protegen distintos bienes jurídicos y lo hacen argumentando en función de la teoría del mantenimiento; por lo que, cabe preguntar también si: ¿es coherente la dependencia interpretativa de la estructura típica del delito de receptación en función de la teoría del mantenimiento? A esta cuestión también daremos respuesta en el III capítulo.

La respuesta a esta última pregunta está ligada al método de análisis que habitualmente ha usado la doctrina para interpretar los tipos, entre los que se cuentan el de blanqueo de capitales y el de receptación, a saber: analizar (y de este modo escoger) primero cuál es el bien jurídico protegido por el tipo, sin estudiar antes qué es lo que se prohíbe. Esta forma o método de interpretación, que requiere la averiguación del bien jurídico protegido por el tipo, es una cuestión muy concreta que está referida a la función de legitimación del Derecho penal y sobre todo a las funciones específicas, como la de interpretación, que se atribuyen al concepto jurídico-penal de bien jurídico, por lo que serán tratadas ampliamente en el Capítulo III. Porque para nosotros la poco clara dilucidación de cuál es en realidad la función del bien jurídico respecto de los tipos penales y la forma en que se debe utilizar este concepto, ha condicionado, por lo menos en el ámbito de nuestra investigación, la correcta y adecuada explicación del ámbito de aplicación entre estos tipos penales, la de los delitos de blanqueo de capitales y de receptación, y la delimitación que entre ellos existe. Esto en general, ha impedido que se elabore una interpretación y aplicación coherente de estos tipos penales. En efecto, la doctrina en general no realiza una diferenciación concreta respecto del ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y del delito de receptación³⁹⁶. Las monografías que existen sobre blanqueo de capitales asumen directamente la autonomía entre estos delitos, mas sin explicar cuál es el fundamento y sobre todo cuál es su diferenciación, proceden a describir su estructura³⁹⁷. Sin

³⁹⁶ Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, PE, edit. Tirant lo Blanch, décimo novena ed., Valencia, 2013, pág. 509

³⁹⁷ Por otro lado, la gran mayoría de la doctrina se ha dedicado a criticar los errores gramaticales, estructurales, dogmáticos, de técnica legislativa, y un largo etcétera, en referencia a la punición de las conductas de blanqueo de capitales sin ofrecer criterios que expliquen adecuadamente cómo imputar en el ámbito del delito de blanqueo de capitales, respetando el principio de

embargo, se corrobora que el CP hace coexistir ambas figuras y aunque en un principio el blanqueo de capitales era considerado por el propio CP como una conducta afín a la receptación, ahora ya existe una diferenciación incluso a nivel del epígrafe que regula este grupo de delitos, lo que para algunos se entiende alimenta la confusión, aunque para nosotros la esclarece, porque permite vislumbrar que entre ambos tipos penales existen ámbitos de aplicación diferenciados.

A mi juicio, una primera aproximación al problema de la diferenciación (primera, porque tiene en efecto varias fuentes) entre el ámbito de aplicación del delito de receptación y del delito de blanqueo de capitales nos da cuenta de que una de las explicaciones de lo indeterminado de su tratamiento se encuentra en la interpretación que los autores en general han hecho de estos tipos delictivos³⁹⁸. O si se prefiere, la para algunos desagradable constatación de que la explicación que en su momento se hizo del delito de receptación no coincide con la explicación del surgimiento del delito de blanqueo de capitales, esto ha llevado a los autores a esgrimir una mentada autonomía, no expresamente manifiesta pero si deducible de lo razonado, es decir, de la forma en que se

legalidad, porque -y esto es lo importante- el órgano de la jurisdicción sigue imputando. En muchos supuestos, por justicia material, se llega a soluciones adecuadas, aunque metodológica y dogmáticamente sean muy criticables y por lo menos discutibles, las construcciones que justifican la imputación y, en otros supuestos directamente las soluciones son materialmente injustas. Lo importante aquí es resaltar que mientras se discute sobre cuestiones bizantinas, los órganos de la jurisdicción siguen imputando.

³⁹⁸ Sobre el delito de receptación, paradigmático, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento*, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989. Acerca del origen, naturaleza y autonomía del delito de receptación respecto del delito de encubrimiento, pág. 13 y ss., lo importante es resaltar que aquí se hace depender la interpretación de la teoría del mantenimiento; para BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, edit. Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 684, el delito de blanqueo al igual que el delito de receptación, menoscaba el mismo bien jurídico que el delito previo. Con lo que la dependencia interpretativa respecto de la teoría del mantenimiento es incuestionable; por otro lado, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho Penal Español*, PE, edit. Dykinson, segunda ed., coord. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 2005, pág. 618, pone de manifiesto que la figura del *perista*, constituye el objeto central de los tipos delictivos de receptación y blanqueo; también, la jurisprudencia estima que entre ambas figuras delictivas (delito de encubrimiento y delito de blanqueo de capitales) existe un concurso de leyes a favor del delito de blanqueo de capitales, por ser considerada una ley especial, revisar la sentencia del TS de 19 febrero de 2002. Lo que se debería entender como válido (por analogía), respecto del delito de receptación. Nosotros no compartimos este último criterio, precisamente porque en relación con el ámbito de aplicación, existe autonomía entre los tipos penales de blanqueo de capitales y receptación.

realiza por parte de la doctrina y la jurisprudencia el tratamiento diferenciado, todo en función de la naturaleza de las conductas, en la *ratio legis* y/o en el bien jurídico protegido por cada tipo penal³⁹⁹. Con facilidad se puede observar que la teoría del mantenimiento ha condicionado (y condiciona) la interpretación del tipo penal de receptación (en su momento también sirvió de sustento para explicar -y condicionar- cuál es el objeto jurídico de protección en el delito de blanqueo de capitales). Este condicionamiento ha hecho posible una diferenciación entre los tipos de receptación y blanqueo de capitales en función de los elementos de la estructura típica. Diferenciación que como veremos (en el capítulo V) no existe o no se encuentra correctamente dilucidada. Para ir desatando el nudo interpretativo aquí responderemos a la pregunta sobre si lo que se protege tanto en el delito de receptación como en el delito de blanqueo de capitales es lo mismo, porque de esta respuesta en gran parte depende la solución.

³⁹⁹ Véase, por ejemplo, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, tercera ed., pág. 210 y ss., 520.

II. ANTICIPACIÓN DE LAS TESIS QUE SOMETEMOS A PRUEBA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO DE LOS DISTINTOS CAPÍTULOS

Hemos desarrollado toda una explicación de cómo se debe imputar un delito imprudente en el marco de la explicación del art. 301.3 CP, esta fundamentación se encuentra en el trasfondo de esta nueva discusión y nos ha permitido intuir y vislumbrar cuál es el camino a seguir en esta segunda parte de la investigación. Porque para nosotros los grupos de supuestos conocidos como intervención del mulero o *phisher mule* no son comportamientos de blanqueo de capitales imprudente como habitualmente viene afirmando el Tribunal Supremo, sino que son supuestos de receptación según el art. 298 CP. Para demostrar que esto es así debemos lograr establecer la correcta delimitación del ámbito de aplicación entre los delitos de blanqueo de capitales y receptación. La premisa de la que partimos indica que renunciaremos al dogma de la teoría del mantenimiento como forma de explicar el delito de receptación. La idea que dirige los capítulos III, IV y V refleja que la forma correcta de solucionar el problema del ámbito de aplicación entre estos delitos, el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales, está no en entender el delito de blanqueo de capitales a partir de lo que se ha dicho del delito de receptación, sino precisamente todo lo contrario, avanzar hacia un moderno entendimiento del delito de receptación en función del delito de blanqueo de capitales. De este modo, la esgrimida autonomía del delito de receptación primero frente a ser considerada una forma de la participación para luego pasar a ser una forma del delito de encubrimiento, se habrá conseguido, al constituirse en un delito que pasaría a formar una concreta parte de la teoría general de los tipos de blanqueo de capitales (bienes, efectos). Ésta, la teoría de los tipos de blanqueo de capitales, no es ni el objeto ni el fin de esta tesis ni de este capítulo en concreto. A través de los capítulos de esta segunda parte tan sólo nos limitaremos a establecer el concreto ámbito de aplicación de cada figura delictiva. Es preciso señalar que aunque el objeto de la investigación en general y de cada capítulo en particular ha sido muy concreto, esa situación no ha impedido dejar bien asentadas determinadas posturas para construir criterios de interpretación que permiten una adecuada aplicación de los tipos de

blanqueo de capitales en su totalidad (por ejemplo, la interpretación de las conductas típicas, la explicación del fundamento del tipo, la determinación del bien jurídico, las relaciones intrasistémicas entre los tipos de blanqueo de capitales, la fundamentación de la receptación como tipo de blanqueo, etc.) por lo que la investigación está referida al total fenómeno criminal de la introducción de bienes de origen delictivo en la economía legal.

En el Capítulo III alrededor de la discusión sobre si el Derecho penal tiene como función primordial la protección de bienes jurídicos o de la vigencia de la norma, hemos extraído varias consecuencias dogmático-prácticas respecto del blanqueo de capitales y del delito de receptación que nos ayudan en la resolución del problema propuesto en esta parte de la investigación. Nosotros hemos verificado que tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado un entendimiento del delito de receptación como del delito de blanqueo de capitales en función del concreto objeto de protección o si se quiere de la *ratio legis*, sin percatarse que, si nos colocamos frente al texto de la ley, los tipos penales contenidos en los arts. 298 y 301 del CP constituyen conductas próximas y parecidas. Por lo que antes de indagar sobre el concreto bien jurídico hemos constatado que es preciso primero determinar si nos hallamos ante diferentes prohibiciones. Observamos que la teoría del bien jurídico, sin que ese sea su cometido, ha condicionado la irreflexiva (como sinónimo de mecánica o automática) interpretación de los tipos de la parte especial. Por lo que en este capítulo planteamos una forma distinta de resolver la delimitación partiendo del análisis de la prohibición y luego, sólo luego, determinar qué es lo que aquella protege. La cuestión gira en torno a la necesidad de que la búsqueda o determinación del bien jurídico tenga conexión con el texto de la norma y sirva dogmáticamente para realizar la interpretación típica. Con los resultados del capítulo anterior, en el Capítulo IV por razones de orden, sistematización y una necesaria fundamentación material de la solución del problema, he considerado oportuno a partir de una interpretación teleológica, averiguar primeramente cuál es el concreto objeto jurídico de protección o bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales. Porque la tesis que se propone es que las conductas del delito de receptación y las del delito de

blanqueo de capitales prohíben el blanqueo de bienes desde diversas estrategias político-criminales. Es importante observar que el método de análisis consiste en averiguar cuál es la prohibición para luego determinar lo que se quiere proteger. Entonces, al determinar el concreto ámbito de protección en el delito de blanqueo de capitales, encontraremos también el bien jurídico del delito de receptación (con las reservas que de la estructura de cada tipo penal se puedan extraer). La determinación previa del inmediato bien jurídico posee mucha utilidad práctica para la necesaria solución de los problemas expuestos (y de los que han surgido en los capítulos anteriores). Porque si se asume que lo que prohíben y protegen los tipos de los arts. 298 y 301 CP es lo mismo, esto no puede fundamentar la diferenciación del ámbito de aplicación. Esta interpretación hará posible que en el Capítulo V se realice la concreta diferenciación del ámbito de aplicación entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales, porque se trata de dos formas típicas que prohíben el blanqueo de capitales (de bienes, efectos, etc.) desde diversas estrategias en función del delito del que han procedido.

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS O

DE LA VIGENCIA DE LA NORMA:

*CONSECUENCIAS DOGMÁTICO-PRÁCTICAS DE LA DISCUSIÓN
MATERIAL RESPECTO DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y DE LA
RECEPTACIÓN*

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

CAPÍTULO III

**PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS O DE LA VIGENCIA DE LA NORMA:
CONSECUENCIAS DOGMÁTICO-PRÁCTICAS DE LA DISCUSIÓN MATERIAL
RESPECTO DEL BLANQUEO DE CAPITALS Y DE LA RECEPCIÓN**

**I. DISCUSIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y SUS FUNCIONES
EN DERECHO PENAL**

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La doctrina científica dominante no tiene reparos en afirmar que la tarea del Derecho penal se circunscribe a la protección de bienes jurídicos⁴⁰⁰. Esto es así, aunque existen autores que apuntalados en nuevas formas de concebir el Derecho penal (desde una perspectiva funcional) aseveran que su razón de ser se corresponde con la protección de la vigencia de la norma⁴⁰¹. Ya

⁴⁰⁰ Véase por ejemplo, ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 50-51; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 119-120; a decir de HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. MUÑOZ CONDE F., ARROYO ZAPATERO L., edit. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 36, el cambio de orientación del sistema jurídico-penal hacia la protección de bienes jurídicos tanto en la teoría del Derecho penal como en la praxis legislativa, ocurrido a partir de la década de los sesenta en Alemania, ha sido forjado por las elaboraciones de penalistas individuales y por escuelas penales, un movimiento que pasando por VON LISZT y RADBRUCH llega hasta el Proyecto Alternativo de Código Penal de 1966, proyecto preparado a lo largo de una larga discusión de la Ciencia penal sobre el concepto y función del bien jurídico; desde otra perspectiva, para BACIGALUPO, E.: *Teoría y Práctica del Derecho penal*, t. I, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pág. 163, esta teoría pretende constituirse en el único criterio material legitimante del Derecho penal en un Estado de Derecho, cosa que a su juicio es insostenible y por lo menos discutible.

⁴⁰¹ Véase sólo a JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág.44 y ss. Sin embargo, ya en el pensamiento de WELZEL, H.: *Derecho penal alemán*, PG, décimo primera ed., edit. Jurídica de Chile, 1970, pág. 12-13, se puede observar un desarrollo de esta cuestión. La misión primaria del Derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, es decir, la protección de la persona individual. Esto se evidencia, según este último autor, por cuanto, cuando el Derecho penal actúa, generalmente

para MERKEL estas dos finalidades de la pena constituían un solo fundamento, razón por la que sostenía que las acciones punibles poseen dos propiedades en función de las cuales se prohíben⁴⁰². Por un lado, destaca su relación con determinados intereses (y/o bienes jurídicos) y por otro, el hecho de contravenir las prohibiciones impuestas por el Estado⁴⁰³. Anticipando conclusiones puedo

es demasiado tarde. Entonces, es mucho más importante la misión de asegurar la real vigencia de los valores de acto de la conciencia jurídica, como fundamento que explica y asegura al Estado y la sociedad. En el *Estudio Preliminar* realizado a la obra de JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho Penal*, (trad. al castellano y Estudio Preliminar), por PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997, pág. 7 y ss., se sostiene que en el mismo sentido, se manifestó CARRARA, al afirmar que el autor italiano en su *Programma del Corso di Diritto criminale*, PG I, décimo primera ed., 1924, números 615 y ss., sostuvo que el fin de la pena no es que se haga justicia; ni que el ofendido sea vengado; ni que sea resarcido el daño por él padecido; ni que el delincuente expie su delito; ni que se obtenga su enmienda. Todas estas formas de explicar el fin de la pena (en línea paralela a lo que ahora propone JAKOBS) pueden ser consecuencias accesorias de la misma y algunas de ellas incluso también ser deseadas; pero la pena sería también incriticable, aunque todos estos resultados faltasen. El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, el delito ha ofendido materialmente a un individuo o a una familia o a un número cualquiera de personas, pero este mal no podría ser reparado con la pena. En cambio, el delito ha ofendido a la sociedad violando sus leyes: ha ofendido a todos los ciudadanos disminuyendo en ellos la opinión de su propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo.

⁴⁰² Es interesante esta postura, en la medida que permite conciliar de alguna manera, las distintas tradiciones que luego se desarrollarán acerca del contenido del injusto. En este sentido, véase SILVA SÁNCHEZ, en la *Introducción* del libro de CANCIO MELIÁ, M., SILVA SÁNCHEZ, J.: *Delitos de organización*, edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, pág. 7. Aquí se afirma que, a la hora de abordar la cuestión del contenido del injusto en Derecho penal, los modelos clásicos se centraban o en la intención del agente o en el resultado lesivo, sin que ninguno de estos modelos resulte en su totalidad satisfactorio; por lo que se fueron construyendo las soluciones totales de tal manera que incluían, por expresarlo de algún modo, ambas visiones del injusto, lo objetivo y lo subjetivo, lo interno y lo externo. Es importante, añadir aquí, la propuesta de ALCACER GUIRAO, R.: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, edit. Atelier, Barcelona, 2003, pág. 121 y ss., quien, a lo largo de este trabajo, pero especialmente en las páginas citadas, elabora una fundamentación que permita entender que, a partir del concepto material del delito, o mejor, de su *doble noción material*, la ley penal tiene como fin proteger tanto bienes jurídicos como el propio ordenamiento jurídico.

⁴⁰³ MERKEL, A.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 11. Para quien es estéril la diferenciación entre *interés* o *bien* como objeto inmediato de la protección jurídica, sin embargo, en caso de duda otorga primacía al concepto de interés como criterio rector protegido por el tipo; en sentido distinto, MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 249-250, quien hace coincidir estos dos conceptos, interés y bien jurídico, expresando que el Derecho penal participa, junto con las restantes ramas del Derecho, de la misión de proteger el orden jurídico. Sin embargo, pesa sobre el Derecho penal la circunstancia de repeler las perturbaciones especialmente graves de ese orden. Razón por la cual, incumbe a éste, la defensa de *intereses* que, conforme a la convicción general de la sociedad o, en defecto de una identidad en la valoración ética, conforme por lo menos al criterio de las capas sociales dirigentes, son especialmente valiosos y particularmente necesitados de protección. Es común designar a esos intereses protegidos por el Derecho penal como bienes jurídicos, y definir la misión propia del Derecho penal como de protección, con recursos específicos, de bienes jurídicos.

sostener que en España la doctrina que legitima el Derecho penal mediante la protección de bienes jurídicos es mayoritaria. En lo que la doctrina mayoritaria está de acuerdo es en tomar la idea de protección de bienes jurídicos como función prioritaria del Derecho penal, para a partir de ahí, hacer posible el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Este derecho a imponer penas se encontraría legitimado sólo bajo la protección de bienes jurídicos. Esto sin embargo no suprime la discusión que se cierne alrededor de este concepto de la ciencia jurídico penal, a saber: que no existe un consenso definitivo sobre lo que se entiende por bien jurídico y que el mismo (el concepto de bien jurídico) se constituya en el único criterio material (¿?) que legitime la intervención punitiva.

Como esta tesis no pretende resolver ni la problemática de la legitimación del Derecho penal y sus teorías (teorías sobre los fines de la pena) ni propiamente el desarrollo de la teoría del bien jurídico, no entraremos en el debate interno de estas cuestiones sino sólo en la discusión respecto de si el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos o como se sostiene por otro sector de la doctrina que, aunque minoritario respetable y considerable, lo que se protege es la vigencia de la norma. Porque nosotros hemos detectado que en el ámbito de nuestra investigación esta cuestión y sus resultados podría condicionar favorablemente la interpretación de los tipos penales de la PE. La idea es la siguiente: si la discusión sobre el Derecho penal es una discusión sobre el bien jurídico y sobre la norma o más propiamente, sobre si lo que protege la ley penal es aquello que garantiza la norma de determinación o aquello que quiere garantizar la norma de sanción (al menos es así como yo lo veo) esto debe tener su reflejo en la propia discusión de los tipos penales, pero sobre todo si tiene rendimiento para la interpretación típica. Así lo sostengo respecto del blanqueo de capitales, diría mejor respecto del método para delimitar correctamente su ámbito de aplicación. Por esta razón consideramos oportuno acercarnos a los contornos de este concepto, a las teorías que lo intentan legitimar y a las que no, para acoger un criterio que nos sirva de cimiento dogmático para explicar tanto la delimitación como el fundamento del ilícito en el delito de blanqueo de capitales. Este estudio nos permitirá

determinar si el concepto de bien jurídico nos ayuda o no a delimitar y así solucionar el problema del ámbito de aplicación entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales como requisito para demostrar que los grupos de supuestos conocidos como intervención del mulero o *phisher mule* no son comportamientos de blanqueo de capitales imprudente como habitualmente viene afirmando el Tribunal Supremo sino que son supuestos de receptación según el art. 298 CP. Las repercusiones de esta discusión no se limitan a la finalidad propuesta, sino que como se verá ayudan a entender cómo se deben estudiar los tipos penales de la PE.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN DERECHO PENAL

En la Exposición de Motivos del CP español⁴⁰⁴ se menciona que este cuerpo legal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. En los clásicos ya se encontraba presente esta idea. Las palabras utilizadas por BECCARIA son un claro ejemplo, cuando expresaba que “las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el Soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban *motivos sensibles*, que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiese sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos *motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes*”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁴⁰⁵ BONESANA, C. 'MARQUÉS DE BECCARIA': *Tratado de los Delitos y de las Penas*, edit. Heliasta, Libro de Edición Argentina, Buenos Aires, 1993, pág. 59. Es importante resaltar la idea (ilustrada) de la pena como motivación o contramotivación del comportamiento, porque esto es ya una normativización.

Además, esta referencia nos permite iniciar la discusión sobre el por qué es legítimo imponer una pena, porque en estas palabras encontramos una atrayente forma de explicar la justificación del derecho de penas, el que protegería los bienes jurídicos que la sociedad según su forma de gobernarse, decide proteger. Sin embargo, ante lo plausible de una justificación del ejercicio del *ius puniendi* cabe preguntar si, ¿se puede afirmar categóricamente que no debe haber delito sin un bien jurídico preciso y concreto que legitime la intervención punitiva⁴⁰⁶?

La doctrina mayoritaria respondería afirmando que el primer presupuesto para el reconocimiento de la función limitadora del Derecho penal del pensamiento de la protección de bienes jurídicos lo encontramos en el hecho de reconocer que la protección de bienes jurídicos es el cometido del Derecho penal⁴⁰⁷. Es necesario advertir que la discusión sobre este asunto se encuentra en ciernes. Para el Derecho penal funcional o normativo lo que se protege no son bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. El bien jurídico protegido por el Derecho penal es la vigencia de la norma. El Derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad⁴⁰⁸. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como

⁴⁰⁶ En sentido afirmativo, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Control Social y Sistema Penal*, edit. PPU, Barcelona, 1987, pág. 176.

⁴⁰⁷ ROXIN, C.: «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, trad. CANCIO MELIÁ, M., Madrid, 2012, pág. 3.

⁴⁰⁸ JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 7 y ss. La intención de JAKOBS, lo afirma en el prólogo de esta obra, ha sido proponer primero una corrección normativa y luego avanzar hacia la construcción normativa de los conceptos jurídico-penales. En esta tarea, defiende este autor que su postura se dirige contra: a) el punto de vista causalista, al que considera es necesario incorporar la sociedad desde fuera; b) la concepción finalista en la que la acción ya no es «*expresión de sentido*», sino un mero proceso psico-físico; y, c) la variante de la doctrina finalista conforme a la cual el único criterio determinante viene constituido por las condiciones psíquicas del cumplimiento de la norma. En este sentido, se vislumbra en su sistema la necesidad de construir un *concepto social de acción*, con las repercusiones que ello conlleva. Al imponerse la perspectiva social en el injusto, también debe hacérselo en la culpabilidad. En una dogmática referida estrictamente a la misión social del Derecho penal, el concepto clave es el de culpabilidad. Todo lo demás, especialmente el concepto de injusto, sólo sirve a la constatación de la culpabilidad, y en este sentido no supera el status de un concepto auxiliar. Con ello, se obtiene un sistema teleológico de gran coherencia: el contenido de la culpabilidad se rige por la misión de la pena, esto es, por la estabilización de la vigencia perturbada de la norma, y toda la teoría de la imputación se rige por el concepto de culpabilidad.

expresión de sentido y, además, respondiendo ante él⁴⁰⁹. Algunos son críticos respecto de esta última concepción y se muestran a favor de la primera porque sostienen que el concepto de bien jurídico hace depender la legitimidad de la norma penal, siempre que ésta se encuentre subordinada al servicio de la protección de valores merecedores de protección. Advierten que la concepción del Derecho penal funcional o normativo invierte este punto de partida y convierte a la norma *per se* en un objeto legítimo de protección; es decir, de instrumento o medio que ha de ser legitimado por su fin, la norma pasa a ser un fin legitimador por sí mismo⁴¹⁰. Los defensores de la teoría del bien jurídico sostienen que el Derecho penal protege bienes jurídicos para prevenir las lesiones de aquellos. Sólo mediante la protección de bienes jurídicos se confirma la autoridad de la norma en cuanto elemento de la estructura social. La norma no pretende protegerse a sí misma, sino a los bienes y valores en ella contenidos⁴¹¹. Toda norma jurídico-penal surgiría para amparar una relación que expresa un interés. En el momento en que esa norma alcance vigencia y las expresiones utilizadas en su configuración reflejen adecuadamente la protección buscada con ella, aquel interés se transformará en un interés jurídico. En ese instante, la taumaturgia del Derecho lo tornará en un bien, un bien ciertamente; pero un bien jurídico⁴¹². Con el concepto de bien jurídico se quiere expresar el objeto protegido por cada prohibición o mandato, para con ello dar un fundamento racional al sistema penal⁴¹³.

El Estado se constituiría en el garante de que no se produzcan conductas que configuren ataques a otros miembros de la sociedad o que pongan en peligro la propia supervivencia del Estado como forma en que la sociedad ha elegido gobernarse. Esta idea es importante para los orígenes de esta teoría,

⁴⁰⁹ JAKOBS, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la Sociedad*, edit. Civitas, primera ed., Madrid, 2004, pág. 75.

⁴¹⁰ MIR PUIG, S.: «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-02, 2004, pág. 7.

⁴¹¹ POLAINO NAVARRETE, M.: *Derecho Penal*, PG, t. I, Fundamentos Científicos del Derecho Penal, edit. Bosch, cuarta ed., Barcelona, 2001, pág. 176.

⁴¹² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *ADPCP*, t. I, Madrid, 1990, pág. 5.

⁴¹³ HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, edit. PPU, Barcelona, 1991, pág. 139.

porque el delito como comportamiento reprobable era la lesión a un derecho subjetivo de un particular o del propio Estado. Esta concepción del delito como lesión a un derecho subjetivo es posteriormente superada con la idea de que el delito lesiona no propiamente un derecho, sino un bien. El bien es todo aquello que el hombre o la sociedad valoran y se protege a través del ordenamiento jurídico, a través de la ley⁴¹⁴. Se señalará que en un ordenamiento que surge como consecuencia de la implantación de un Estado democrático, es necesario asignar al bien jurídico la importante misión de limitar el poder punitivo estatal. Esto implicaría que las definiciones legales de los delitos pueden crearse únicamente para amparar bienes jurídicos compatibles con ese ordenamiento⁴¹⁵.

El bien jurídico también puede ser entendido como categorías conceptuales que asumen un valor. Estas categorías contienen el sentido de la protección y sirven de sustento a un significado que debe ser positivamente evaluado dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el derecho. Son merecedoras de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal de determinados comportamientos mediante hipótesis,

⁴¹⁴ HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 37. Afirma que el concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló FEUERBACH, como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no basta la infracción de una norma ética o divina, es necesario la prueba de que se lesiona bienes jurídicos; para ABANTO VÁZQUEZ, M.: «Acercas de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, publicado en el Libro-Homenaje a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, coord. URQUIZO, J., 2006, pág. 1, el haber sentado las bases para el surgimiento del concepto de *bien jurídico* es atribuido a BIRNBAUM, quien en la finalidad de oponerse a la concepción individualista de la *lesión de derechos* propugnada por FEUERBACH y, ofrecer un concepto natural del delito (independiente del concepto positivo) quería resaltar aquello que sería lo realmente lesionado por el delito y no sería propiamente la víctima concreta sino el interés de toda la colectividad; para BIRNBAUM (citado por HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Bien Jurídico y Estado Social...*, *Ob. cit.*, pág. 26-28), lo importante no era determinar, si de conformidad con la naturaleza de las cosas sólo se tienen que castigar como delitos lesiones a derechos, sino que lo primordial es considerar si se afecta más a la aplicación del derecho que a su promulgación, en donde cabe preguntar si es correcto que en un sistema de Derecho penal positivo (sin una distinción especial entre un concepto natural y uno positivo de derecho), se presente una definición de delito, según la cual éste sea la lesión de un derecho contenido en ley penal, por lo que si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es relacionar este concepto no con un derecho, sino con un bien, bienes atribuibles al querer humano, suma de ideas religiosas y morales, sentimientos éticos de todo un pueblo, etc.; en el mismo sentido, MIRAT HERNÁNDEZ, P.: *Detenciones Ilegales: Artículo 163 del Código penal*, edit. Edersa, Madrid, 2001, pág. 111.

⁴¹⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 159.

supuestos típicos jurídico-penales de estos comportamientos. Esa noción de bien jurídico no abarca la totalidad de objetos de protección jurídica, sino sólo a aquellos que requieren un aseguramiento normativo de mayor rigor. El mayor o menor rigor se estructura en relación con la relevancia o importancia de la categoría conceptual protegida y de la gravedad del ataque efectuado contra aquélla. Sobre el alcance del contenido objetivo del concepto, podemos afirmar que se incluyen los bienes en sentido material, así como los valores referidos a la esfera espiritual. Los bienes son los objetos que siendo de utilidad para satisfacer las necesidades personales asumen una importancia de tal relevancia que deben protegerse por y a través de la ley penal. Los valores son los atributos anímico espirituales que permiten la auto-realización de la persona en sociedad y que repercuten en la propia estructura del núcleo de la sociedad y son referidos a la libertad individual y el respeto al otro⁴¹⁶.

La idea de protección de bienes jurídicos como función del Derecho penal, según la cual el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado se encuentra legitimado sólo bajo la protección de bienes jurídicos, se fundamentaría en dos principios muy diferenciados: a) el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales; y, b) el principio de lesividad. Estos principios hunden sus raíces en otros dos principios: a) el principio de utilidad penal, principio adecuado para justificar la limitación de las prohibiciones penales sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros, porque la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al Derecho penal; y, b) el principio axiológico de separación entre derecho y moral. El mismo que impone en el afán de tutela de la libertad personal de conciencia y de la autonomía y relatividad moral, la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros⁴¹⁷. Porque el Derecho penal no puede utilizarse para reprimir conductas que infringen la

⁴¹⁶ POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, número 19, 1974, pág. 266-267.

⁴¹⁷ HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 37. El comportamiento personal solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico.

moral *per se* o la moral en sí misma, su justificación ha de encontrarse en intereses legítimos ubicables en la sistemática constitucional.

El principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma *nulla lex poenalis sine necessitate* del que derivan: a) el principio de legalidad de penas y delitos (no sólo en referencia al principio de la pena mínima necesaria, *nulla poena sine necessitate*); y, b) el principio de la máxima economía en el momento de la configuración de los delitos: *nullum crimen sine necessitate*⁴¹⁸, implica que prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos. “¿A qué nos viéramos reducidos si se hubiera de prohibir todo aquello que puede inducir a delito? Sería necesario privar al hombre del uso de sus sentidos. ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean, claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas”⁴¹⁹. En conclusión, el bien jurídico colocado siempre en el marco de dos funciones: una función político criminal de *lege ferenda*, que plantea escoger como lo único que merece ser protegido por el Derecho penal las conductas que comporten un ataque a un bien jurídico y que se contraponen a escoger como conductas penalmente relevantes a los valores morales; y, una función dogmática de *lege lata*, en relación al objeto protegido por la norma jurídico-penal de que se trate⁴²⁰. El bien jurídico resultaría en un notable auxilio para la determinación del contenido significativo de los componentes singulares del supuesto típico y de este en su totalidad, y respecto al tipo reuniría la triple condición de ser: anterior a él, regidor de su alcance y significado, y sistematizador de los mismos. Por tanto, se puede observar la manifestación de su continua presencia y operatividad a lo largo de la comprobación y enjuiciamiento de la antijuridicidad⁴²¹.

⁴¹⁸ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, Teoría del Garantismo Penal, trad. A. IBÁÑEZ, A. RUIZ, J. BAYÓN, J. TERRADILLOS, R. CANTARERO, edit. Trotta, Madrid, 1995, pág. 464-465.

⁴¹⁹ BONESANA, C.: *Tratado de los Delitos...*, *ob. cit.*, pág. 159.

⁴²⁰ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 161.

⁴²¹ OCTAVIO DE TOLEDO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 160.

El segundo límite se expresa y viene contenido en el principio de lesividad. Se sostiene que constituye el fundamento del primero de los tres elementos constitutivos del delito: la naturaleza lesiva del resultado. La necesidad de las leyes penales se encuentra condicionada respecto de la lesividad que para terceros representan los hechos prohibidos. Esto viene dado según el principio recogido en el axioma *nulla necessitas sine iniuria* y en la consiguiente tesis *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. El ataque causado a terceros fundamenta las razones, los criterios y, la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo en este discurso es posible entender que los delitos y las penas se configuran como “*instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes, en el marco de una concepción más general del Derecho penal, como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos*”⁴²². Algunos entienden por sinónimos y plenamente vigentes el principio de ofensividad, lesividad, ofensión o de exclusiva protección de bienes jurídicos para expresar la fórmula *nullum crimen sine iniuria*. Esto significa que todo delito comporta necesariamente un ataque u ofensa a un determinado bien jurídico y no sería posible imaginar un delito que no sea capaz de representar un ataque. Se pretende diferenciar el delito de las simples actitudes interiores y de los hechos externos que no implican un ataque para bien jurídico alguno. El principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica jurídica la carga de la demostración de la naturaleza lesiva del resultado. Este concepto, el de bien jurídico, se convertiría en el punto de encuentro entre injusto y política criminal, lo que permitiría concluir que la función primordial del Derecho penal es su protección y sólo a partir de ellos, deben los tipos penales ser interpretados. La teoría del bien jurídico otorga a este concepto una función crítica que se entiende como la posibilidad de declarar la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de penalización de conductas inmorales, como por ejemplo la prostitución, lo que implica su no criminalización⁴²³. Hasta aquí nos hemos

⁴²² FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, *Ob. cit.*, pág. 466.

⁴²³ VON HIRSC, A.: «El concepto de Bien Jurídico y el principio del daño», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edit. Marcial

acercado aproximativamente a la teoría del bien jurídico. Lo hemos hecho de tal manera que como habrá notado el lector no hemos tomado postura o acentuado particular interés, es decir que hemos hecho un acercamiento objetivo al problema, esto para resaltar que la exposición ha sido en el marco de la investigación científica: apuntar los criterios fundamentales de la teoría estudiada, así como los rendimientos a los que conduce. Ahora nos toca realizar la misma tarea en relación de la teoría que explica que el fundamento que legitima el Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, aunque éste sea su cometido mediato, sino la protección de la vigencia de la norma. Para luego, describir las críticas del caso y acoger un criterio que nos permita continuar con nuestra tarea investigativa. Recordemos que la relevancia de introducirnos en una cuestión tan espinosa está en que para nosotros tiene repercusiones prácticas, sobre todo a nivel de la interpretación del tipo. La discusión sobre los fundamentos de la pena debe repercutir en la interpretación del tipo penal, porque es una cuestión referida a la aplicación de la pena en concreto a una persona, eso es coherencia sistemática y lo contrario sería incoherencia entre presupuestos y conclusiones, ya lo veremos en las conclusiones.

3. LA VIGENCIA DE LA NORMA PENAL COMO FUNCIÓN PRIORITARIA DEL DERECHO PENAL

Cabe destacar que las teorías sociológicas de la pena asumen a la sociedad desde una perspectiva funcionalista, un sistema orientado a su propia vigencia en donde las conductas que ponen en riesgo al sistema han de ser evitadas y contra-motivadas con la pena, la que se justifica en la lesividad social de la conducta. La vertiente sociológica centra la cuestión en las expectativas de conducta existentes en la sociedad. La conducta contraria a la norma es la que defrauda esa concreta expectativa social. El universo de los

Pons, ed. española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M., ORTIZ DE URBINA, I., Madrid-Barcelona, 2007, pág. 37-38; GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, 1992, pág. 7; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 316.

conceptos jurídico-penales tiene que ajustarse a la función social del Derecho penal y no a fenómenos naturales o ajenos a lo social⁴²⁴.

El funcionalismo jurídico penal es la teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. La sociedad no es un sistema que pueda componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar. Esto sería válido si tomamos como punto de partida la consideración de conciencia individual, por lo que no se puede explicar este concepto en el sentido antagónico sujeto-comunidad. En la idea del Estado como conjunto orientado en atención a la comunidad, la sociedad es la construcción de un contexto de comunicación. Como se trata de la configuración y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, por medio de normas (creación de normas, configuración de un sistema de normas) y no por determinados estados o bienes. Puede que en determinados ámbitos se deduzca de modo correcto desde el reflejo de la norma (a partir de bienes) la norma misma, pero los bienes no son la norma, son su reflejo⁴²⁵. Este enfoque utiliza la concepción del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. La confianza institucional se entiende como forma de integración social. En la sociedad el ordenamiento jurídico con sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas reemplaza la confianza personal por la institucional. La institucionalización de las expectativas de comportamiento producida por el derecho tiene la función de

⁴²⁴ PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ.: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS», en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, trad. PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997, pág. 17.

⁴²⁵ JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. CANCIO MELIÁ, M., FEIJÓO SÁNCHEZ, B., edit. Civitas, primera ed., 1996, segunda reimpresión, Madrid, 2000, pág. 16 y 26; PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ.: «Consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 18. Según estos autores, en la concepción de JAKOBS, el Derecho penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales, aquéllas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad, frente a las conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y la desautorizan como modelo general de orientación en el contacto social.

garantizar el modo de confianza que es posible en los sistemas sociales complejos. El derecho garantiza un grado indispensable de orientación de la acción y de estabilización de las expectativas, su función es independiente del contenido de las normas. De este modo, nos encontramos ante un enfoque preventivo general en un sentido normativo no intimidatorio, como criterio necesario para garantizar la fidelidad hacia el Derecho⁴²⁶.

La teoría sistémica⁴²⁷ traslada del individuo al sistema mismo el centro de la subjetividad del sistema social. Atribuye mucho más valor para la estabilidad del sistema social a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales que al principio crítico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva. La violación de la norma es socialmente disfuncional pero no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos sino porque es puesta en discusión la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los miembros de la sociedad. Se concluye que lo relevante para el mundo del Derecho penal será haber desautorizado la vigencia de la norma. La pena en el sentido idealista hegeliano es la confirmación, restauración y aseguramiento del derecho⁴²⁸. Para el Derecho penal funcional la pena no repara

⁴²⁶ PEÑARANDA, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ.: «Consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 18.

⁴²⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal», en *CPC*, núm. 71, 2000, pág. 391-392. Este autor afirma que la referencia e insistencia de ciertos críticos, entre ellos BARATTA, de enlazar el sistema funcionalista de JAKOBS con la teoría sistémica de LUHMANN, es desacertada y errónea. Afirma que, en varias publicaciones JAKOBS (importantes la de la conferencia de ROSTOCK en las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho Penal, publicada en 1995 y su monografía *Norma, persona, sociedad*, de 1997), se distancia de esta interpretación. Afirma SÁNCHEZ-VERA, que “*en aquella conferencia, ya desde la primera página, JAKOBS marcaba sus diferencias con la teoría sistémica de LUHMANN -para situarse junto a HEGEL-*”, y su visión de la pena y del Derecho. Cfr. BARATTA, A.: «Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica», en *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985, pág. 3.

⁴²⁸ HEGEL, G.: *Fenomenología del Espíritu*, edit. Fondo de Cultura Económica, primera ed. en español, 1966, sexta reimpression, trad. WENCESLAO ROCES con la colaboración de RICARDO GUERRA, Madrid, 1985, pág. 100. Para este filósofo, “*el delito real tiene su inversión y su en sí, como posibilidad, en la intención como tal, pero no es una buena intención, pues la verdad de la intención es sólo el hecho mismo. Y, según su contenido, el delito tiene su reflexión en sí mismo o su inversión en la pena real; ésta es la reconciliación de la ley con la realidad que se le opone en el delito. Por último, la pena real tiene su realidad invertida en ella misma, que es una realización de la ley, de tal modo que la que tiene ésta como pena se supera a sí misma, se convierte de nuevo de ley activa en ley quieta y vigente, cancelándose el movimiento de la individualidad en contra de la ley y el de ella en contra de la individualidad*”; ZAFFARONI, E.:

bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad. Este es el fundamento para expresar que el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho equivalente a la lesión de un bien jurídico sino sólo frente a un hecho identificado con el quebrantamiento de la norma, en la medida en que no se corresponde con su función en el sentido sociológico. Un quebrantamiento de la norma no es un suceso natural entre seres humanos, sino que se trata de un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas⁴²⁹. La pena no se dirige a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene por destinatarios a todos los miembros de la sociedad como potenciales víctimas para reafirmarlos en la vigencia de la norma infringida. Nos encontramos ante un sistema de prevención general positiva⁴³⁰.

La reacción punitiva tendrá como función principal restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social. La pena no constituye retribución de un mal con un mal, no es disuasión, no es prevención negativa, es prevención positiva. Esto se entiende porque la pena es prevención-integración: ejercita el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad. El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad social porque constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. El delito como expresión simbólica que hace estremecer la confianza institucional y la pena como expresión simbólica opuesta a la representada por aquel. La pena como instrumento de prevención positiva tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico en relación con terceros y respecto del autor de la violación. La pena pública existe para caracterizar el

Derecho Penal..., *ob. cit.*, pág. 400. Este autor considera que para HEGEL la pena era la reafirmación del derecho, por aplicación del principio lógico de que la negación de la negación es la afirmación: el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, o sea, la afirmación del derecho. En este esquema, lo único antijurídico era la acción, que siempre se concebía como libre, porque no se admitía la posibilidad de penar un comportamiento no libre, dado que no sería una negación del derecho. Por ende, la premisa de que sólo las acciones libres pueden ser antijurídicas (inescindibilidad de antijuridicidad y culpabilidad en este sentido) era una consecuencia de la teoría de la pena del hegelianismo.

⁴²⁹ JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona...*, *ob. cit.*, pág. 11.

⁴³⁰ PEÑARANDA, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ.: «Consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 20.

delito como delito, lo que significa lo siguiente: confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad⁴³¹. La prevención especial es decir la reeducación del autor, no es la función principal de la pena sino apenas un efecto posible y esperable. Lo que importa en la valoración negativa del comportamiento delictivo y en la adscripción de responsabilidad penal a un individuo no es tanto la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo⁴³².

Para acercarnos al concepto de sociedad desde la perspectiva del funcionalismo jurídico penal debemos advertir qué son funciones, las que se definen como las prestaciones que solas o junto con otras mantienen un sistema. Para el Derecho penal una de las prestaciones más importantes es la pena. La pena es más que un mal. El delito (sobre la base de una comprensión comunicativa) es la afirmación que contradice la norma. La pena es la respuesta que confirma la norma. Surge entre ambos conceptos una relación racional⁴³³. La prestación que realiza el Derecho penal es contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpabilidad suya. La sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. La pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, la pena constituye ese mantenimiento. Puede que se vinculen a la pena consecuencias accesorias de su imposición para mantener

⁴³¹ JAKOBS, G.: *Sobre la Teoría de la Pena*, edit. Centro de Investigaciones de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, trad. CANCIO MELIÁ, M., primera ed., Bogotá, 1998, pág. 15.

⁴³² BARATTA, A.: «Integración-Prevención: Una...», *ob. cit.*, pág. 4-5.

⁴³³ JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona...*, *ob. cit.*, pág. 17.

y consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico⁴³⁴. Sin embargo, la pena significa tan sólo una autocomprobación.

En este discurso, el concepto de bien jurídico se describe como un concepto relacional positivo, una relación entre una realidad y un sujeto. Esa relación está sustancialmente orientada a la realización de la libertad externa de la persona como sujeto de derecho, a su autonomía. La libertad y autonomía personal no pueden desarrollarse como realidad del individuo consigo mismo, sino que se encuentra determinada por la relación con otras personas. Las acciones de las demás personas pueden respetar la relación entre el bien

⁴³⁴ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., PG, t. I, pág. 81-108. (Sobre las teorías del fin de la pena) Este autor supone que de la finalidad del Derecho penal y de las disposiciones penales surge el fin de la pena para cada caso concreto. Si el Derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo de la personalidad del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este derecho, encontramos el fundamento para determinar qué conductas se pueden conminar a través del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Sin embargo, esto no resuelve qué se quiere conseguir con la imposición de una pena frente a una determinada prohibición.

La teoría sobre el fin de la pena, intenta resolverlo a través de tres posiciones independientes y autónomas entre sí, y dos eclécticas: a) *La teoría de la retribución*, la misma que no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que, mediante la imposición, de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Es una teoría absoluta porque el fin de la pena es independiente, de su efecto social; b) *La teoría de la prevención especial*, se encuentra diametralmente opuesta a la teoría de la retribución, la misión de la pena consiste en hacer desistir al autor de futuros delitos. El fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Es una teoría relativa, pues se refiere al fin de prevención de delitos por parte del autor individual. La prevención especial en el pensamiento de VON LISZT, determinaba que la misma podía actuar de tres formas: i) asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; ii) intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y, iii) preservándole de la reincidencia mediante su corrección. A su vez se exponía un sistema de decisión para el tratamiento de los delincuentes, según el tipo de autor: i) la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; ii) la intimidación del mero delincuente ocasional; y, iii) la corrección del autor corregible; c) *La teoría de la prevención general*, esta teoría no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. Se trata de una teoría que tiende a la prevención de delitos. Una teoría relativa, la pena debe actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad; d) *Las teorías unificadoras retributivas*, consisten en una combinación de la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente; e) *La teoría unificadora preventiva*, el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo.

Las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, la pena concreta sólo puede perseguir un fin preventivo del delito. Los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad.

jurídico y el portador de ese bien, pero también pueden atacarla por medio de actos lesivos o peligrosos. Actos ilícitos y contrarios a Derecho⁴³⁵.

De la teoría antes expuesta se deduce una desvinculación de la misión del Derecho penal respecto de la función de protección de bienes jurídicos. Esta desvinculación ocurre como consecuencia de la distinción entre bien jurídico y bien jurídico penal, este último lo constituiría el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales o la vigencia efectiva de las normas en que esas expectativas se fundan⁴³⁶. Hemos evidenciado que en el trasfondo de la discusión lo que existe es una diferenciación entre la norma de determinación y la norma de sanción, esta última sería la única propiamente jurídico-penal. La norma de determinación es una que provendría de los restantes ordenamientos jurídicos, por lo que las normas jurídicas de las otras ramas del derecho sí protegerían bienes jurídicos. Ejemplo de esta norma sería la siguiente: *con carácter general, está prohibido matar a otro*. Por su parte, la norma de sanción o norma jurídico-penal se expresaría mediante la siguiente fórmula: *con carácter general, aquel que mate a otro será penado...* A mi juicio esta constatación hace mucho más fácil el entendimiento de la problemática y sus posibles soluciones: protección de bienes jurídicos (prevención general y/o especial negativa), protección de la vigencia de la norma (prevención general positiva) o incluso una combinación de ambas ensayada ya por MERKEL, entre otros.

Ante esta última constatación cabe incorporar una crítica que nos acerca al estado actual de la discusión. Señala ROXIN⁴³⁷ que “*el propio JAKOBS, bajo la presión de la crítica, aunque no se haya desvinculado expressis verbis de su tesis de que la pena sirve sólo a la confirmación de la norma, sí lo ha hecho materialmente*” al señalar que para que se realice la confirmación de la norma mediante la imposición de la pena y se pretenda que este ejercicio del *ius puniendi*, tenga un efecto “*director de la conducta*”, la norma ha de estar

⁴³⁵ KAHLO, M.: «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal», en *La teoría del bien jurídico...*, *ob. cit.*, pág. 54-58.

⁴³⁶ PEÑARANDA, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ.: «Consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 22.

⁴³⁷ ROXIN, C.: «El concepto de bien jurídico...», *ob. cit.*, pág. 4-5.

“*sustentada cognitivamente*”. El sustento cognitivo (según el análisis de este autor) se configura y se representa mediante la protección de bienes jurídicos. Comenta, además, para tratar de zanjar el asunto, que el Derecho penal para poder dirigir la conducta persigue el fin de evitar lesiones reales de los bienes jurídicos y sentencia que “*cabría archivar la objeción deducida del efecto de estabilización de la norma que emana de la pena en contra de la tarea de la pena y del Derecho penal de proteger bienes jurídicos*”. Afirmamos que esta discusión no se encuentra plenamente dilucidada porque los presupuestos materiales de los que se parten en algunos momentos son irreconciliables. Sin embargo, observo que existen puntos de contacto a partir del uso de una metodología similar en ambas concepciones: el funcionalismo o normativismo. Por eso no es de extrañar que sea ROXIN, un funcionalista, el que interprete zanjada la cuestión.

Para nosotros, la discusión sobre la legitimación podría reconducirse hacia una integración de las teorías en disputa porque ambas concepciones se derivan de una interpretación normativa del tipo penal. Una interpretación que al parecer incide sobre el mismo elemento típico y, sin embargo, esto no es así. La teoría del bien jurídico se deriva de la interpretación de la norma de determinación, de la prohibición contenida en el tipo penal. La teoría de la vigencia de la norma se deriva de la norma de sanción, del texto típico constante en la parte especial del CP. Entonces, para nosotros la solución de la limitación del Derecho penal no pasa por advertir que se deba legitimar el poder punitivo sólo porque se deben proteger los bienes jurídicos o sólo porque se deba proteger la vigencia de la norma⁴³⁸, porque lo primero se consigue con lo segundo. Al constatar que el sustento cognitivo es el bien jurídico, la norma jurídico penal tendría como fundamento el objeto jurídico de protección⁴³⁹. Esto

⁴³⁸ Como bien señala, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal», en *CPC*, núm. 68, Madrid, 1999, pág. 347, la contraposición entre estabilización de la norma (protección de la vigencia de la norma) y protección de bienes jurídicos, ha sido la forma en que la doctrina ha intentado explicar el problema, sin embargo al igual que lo hace este autor, es obvio que mediante la protección de la vigencia de la norma también se logra la protección de bienes jurídicos.

⁴³⁹ Esta podría ser una solución al dilema. Una solución en efecto funcional, el problema sería luego que los que parten de métodos eclécticos o poco funcionales se adhieran.

significa que los fines de la pena teorizados extensamente tienen su fuente en la norma. Si se integran estas dos teorías se podría afirmar que los tipos penales estarían legitimados porque la norma de determinación protectora de bienes jurídicos es prevención general y/o especial negativa y, porque la norma de sanción o norma jurídico-penal protectora de la vigencia de la norma es prevención general positiva. Considero que, aunque esta cuestión amerite un desarrollo autónomo y pormenorizado, esto no obsta para que a partir de esta concepción se empiece siempre la interpretación típica, ya lo veremos en la conclusión y respecto del blanqueo de capitales. Sin perjuicio de esta posible solución, recordemos que en España la doctrina sobre el bien jurídico es mayoritaria⁴⁴⁰, considero oportuno, por tanto, aproximarnos al contenido jurídico penal de este concepto como función prioritaria del Derecho penal en el marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho. Nosotros desde una posición diferente, explicaremos que los límites que la Constitución y la ley han establecido para la teoría del bien jurídico son también un argumento necesario en este ámbito.

4. ¿ES LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL LA FUNCIÓN PRIORITARIA DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO?

Con esta previa determinación, la tesis de la que partimos es la siguiente: la cuestión de la justificación del Derecho penal se resuelve no sólo desde un *a partir* (teoría de la legitimación del Derecho penal) sino también desde un *hasta dónde* (limitación del poder punitivo) está permitido intervenir en la libertad de organización personal. La Constitución y la ley han legitimado a un concreto sujeto (el legislador) para la configuración (creación) de los delitos y de las penas y, para determinar quiénes son los sujetos (personas físicas y jurídicas aptas de imponérsele una pena) susceptibles de acarrear las consecuencias jurídicas por la comisión de un delito. Situación que ha sido además garantizada por los tribunales que tienen a su haber la competencia en

⁴⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Presentación», en *La teoría del bien jurídico...*, ob. cit., pág. 11.

materia constitucional. Con esto no se afirma que la discusión sobre la legitimación del Derecho penal sea estéril, lo que se afirma es que es mucho más seguro y previsible, por lo menos hoy según el estado actual de la ciencia jurídico-penal, solucionar el problema de la justificación del Derecho penal también en la forma en que planteamos aquí: observar la regla que limita y autoriza, y no sólo la regla que autoriza, porque el único criterio jurídico inamovible o estable con el que contamos es la norma constitucional.

En efecto, aunque se ha sostenido que las condiciones que legitiman la intervención del Derecho penal implican y refieren que su racionalización, actuación, aplicación e incursión en la vida de las personas (naturales o jurídicas) deberá realizarse observando los principios de subsidiariedad y fragmentariedad⁴⁴¹ (principios que forjan lo que se denomina mínima intervención, por lo que el Derecho penal deberá limitarse a actuar sobre los comportamientos más graves⁴⁴²) y aunque esto es importante, la tesis formulada

⁴⁴¹ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, ob. cit., pág. 65 - 66. Según este autor, el Principio de **subsidiariedad** explica que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante la acción del Derecho penal, sino que en esta interviene todo el andamiaje del ordenamiento jurídico, el Derecho penal interviene cuando se observe que fallen otros medios de solución social del problema, constituyéndose en el derecho de ultima ratio; ahora, se observa además que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, y no de modo general, sino frente a formas particulares y concretas de ataque, por lo que se le atribuye una naturaleza **fragmentaria** del mismo, su origen lo encontramos en el principio de proporcionalidad, que a su vez se deriva del principio del Estado de Derecho que permite la actuación del *ius puniendi*, sólo cuando la acción del ordenamiento jurídico en general no permita avizorar eficiencia y eficacia en la protección del bien jurídico cuestionado.

⁴⁴² Recordemos que esta investigación está dirigida a la construcción de criterios de imputación para la responsabilidad penal en el delito de blanqueo de capitales culposo o imprudente y que, además, tanto ésta, como la modalidad dolosa aceptan la imputación de responsabilidad jurídico-penal de la persona jurídica, por lo que, en este punto cabe anotar algo. Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *La responsabilidad criminal de los entes colectivos (personas jurídicas y entes sin personalidad) y de sus directivos y representantes. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del CP*, inédito, Granada, 2012, pág. 8, sostiene que en lo que respecta a la responsabilidad penal de la persona jurídica, es fundamental construir una interpretación moderna y coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, a partir de la vigencia de la RPPJ, no cabe ya una interpretación restrictiva de este principio, más aun reconociendo que, antes a pesar de la no existencia de tal responsabilidad en España, las críticas que se alzaban estaban plenamente justificadas. Aquí, debe insertarse una crítica a la interpretación tradicional de este principio, una crítica sobre la vigencia del principio de mínima intervención: si se sigue interpretando, el principio de mínima intervención, en el sentido tradicional y dominante, se coadyuva al establecimiento y mantenimiento de relaciones de dominio ilegítimas e injustas, vinculando el poder punitivo a quien el poder económico y político quiere. Además, ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «Bases para una teoría de la imputación de las personas jurídicas», en *CPC*, 2001, pág. 538, nos dice que el carácter de fragmentario del Derecho penal, vincula la idea de gravedad del ataque y gravedad de la

prevé criterios materiales reales y explícitos, porque se hace depender el criterio del *hasta donde* en función de lo que establece la CE. Se puede observar que en el art. 9 CE, en el que se establece el sometimiento de todos los poderes (funciones) públicos al ordenamiento jurídico, se encuentra un modelo de estado entendido “*no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales*”. Este Estado tiene su origen en “*una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección*” y vigencia práctica “*de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse*”⁴⁴³.

Sobre esta cuestión un paréntesis que revele que no somos ingenuos: no se puede asegurar que la mera o la más exigente declaración, mención y señalamiento positivo por parte del legislador constituyente logre expresar en la realidad la identidad entre texto normativo y práctica social (incluida la práctica jurídica). Efectivamente la intención y espíritu del legislador a través de éste y otros artículos de la Constitución ha sido escoger un Estado constitucional social y democrático de Derecho para España. Sin embargo, para lograr esto es necesario trasladar y evidenciar en la esfera de lo práctico el “*nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia*” en la investigación que nos incumbe, podemos afirmar que “*sólo un Derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela*

reacción o intromisión en la libertad de organización de las personas. Un principio que funciona en sentido directamente proporcional. En la práctica sucede lo contrario, no es la gravedad del acto lo que condiciona la reacción, sino precisamente la cualidad del autor, su ser persona natural o jurídica. En el primero de los casos, reacción penal y en el segundo reacción de tipo administrativa. Hoy ya no es así, aunque se precisa la incorporación de más delitos a la RPPJ.

⁴⁴³ Constitución Española, Boletín Oficial del Estado del 29 de diciembre de 1978, Núm. 311.1. Se establece que: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, *Ob. cit.*, pág. 16.

de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo⁴⁴⁴, eficiencia y certeza jurídica, y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder”⁴⁴⁵. La racionalidad o el sentido de la legitimación y el fundamento de las actuales “políticas de la justicia” las encontramos en la imperante “confusión entre democracia y principio de mayoría, explícitamente profesada por muchos hombres de gobierno. Así, la democracia no sería más que el poder de la mayoría legitimado por el voto popular, de manera que todo le estaría consentido a la mayoría y nada que no fuera, directa o indirectamente, querido o mediado por ésta sería democráticamente legítimo. Ésta concepción politicista de la democracia ignora la que es la máxima adquisición y al mismo

⁴⁴⁴ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, *Ob. cit.*, págs. 851 - 857. Quien, según una **primera acepción**, garantismo designa un modelo normativo de derecho (en el Derecho penal, un modelo de estricta legalidad) propio del Estado de Derecho, en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

Su **segunda acepción**, designa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas, el garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

Su **tercera acepción**, designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre ser y deber ser del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado.

⁴⁴⁵ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, *Ob. cit.*, pág. 10. En la misma línea de ideas, la experiencia de España coloca el estado de cosas en una dirección contraria, puesto que a partir de la reforma de 1985, por poner un ejemplo, la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que originariamente otorgaba a la función legislativa la designación de una minoría, le otorgó la atribución y el poder de elección no de una cuota minoritaria, sino de la totalidad de sus componentes: Constitución Española, Boletín Oficial del Estado del 29 de diciembre de 1978, Núm. 311.1, artículo 122; y, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículos 112 y 113.

*tiempo el fundamento del Estado constitucional de Derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”*⁴⁴⁶. En la aplicación del principio de legalidad (constitucional) reside el fundamento de la limitación de los poderes o funciones del Estado, en el caso concreto, el cumplimiento del principio de legalidad impone exigir al legislador que su trabajo de creación de normas (jurídico-penales) sea un desarrollo y aplicación de las normas y garantías que se encuentran establecidas en la CE, lo que implica negativamente no comprometer los derechos y garantías de libertad que aquella reconoce respecto de las personas.

La no adecuación del comportamiento legislativo al estricto cumplimiento del principio de legalidad, por entre otras las razones expuestas, explica la proliferación de tipos penales enlazados a una política criminal sin sentido, sin vinculación normativa con la CE y con la sociedad. Por lo que la conexión entre la dogmática penal y la Constitución no sólo es plausible sino oportuna. En lo que se refiere a la forma de plantear los problemas por el Derecho penal, la Constitución tanto en la parte dedicada a los derechos fundamentales como en las garantías no se ocupa de nada distinto que aquello de lo que se han ocupado las tradiciones penales desde BECCARIA y FEUERBACH⁴⁴⁷. Es decir, los límites a los que ha de someterse al Estado que ejerce el poder punitivo en interés de la protección de los derechos humanos (derechos ciudadanos o más apropiado, derechos personales) de todos los

⁴⁴⁶ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, *Ob. cit.*, pág. 11. Esta idea tiene su correlato ejemplarizador en las leyes electorales y las leyes de la función legislativa, que vulneran, destruyen, restringen y cambian -por decir lo menos- el espíritu e intención que inspiran e informan la Constitución en su conjunto.

⁴⁴⁷ BONESANA, C: *Tratado de los Delitos...*, *ob. cit.*, pág. 60. Para quien, “*toda pena*” -citando a MONTESQUIEU- “*que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica*”. Por lo que, “*todo acto de autoridad, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico*”. Este es el fundamento del “*derecho para castigar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y, tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que se conserva a los*” ciudadanos; ALONSO ÁLAMO, M.: «*Bien Jurídico Penal: más allá del Constitucionalismo de los Derechos*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pág. 62.

intervinientes en un conflicto penal. Según los cuales, como afirmamos en las páginas anteriores, el Derecho penal pone límites a la lucha contra el delito y la Constitución formula los límites a la intervención del Derecho penal. También para el Estado que ejerce el poder punitivo ésta limitación constituye el campo de acción a través del cual se legitiman y justifican las intromisiones. Estas incursiones del Derecho penal en la cotidianeidad de la vida social e individual se fundamentan en un Derecho penal y una ley penal de imposición de penas que se estructura en el marco de los derechos fundamentales⁴⁴⁸.

El Derecho penal debe entenderse como un orden que impele al perfeccionamiento del Estado constitucional de Derecho, el mismo que se puede definir como la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo (del Estado), para impulsar el progreso del Estado constitucional de Derecho⁴⁴⁹. Este Estado se encuentra subordinado y al mismo tiempo subordina a los habitantes de un país a la Constitución y a la Ley, y que por definición se opone al estado totalitario (o de policía), en el que las reglas del proceso penal juegan un papel preponderante como conjunto de normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal⁴⁵⁰. El horizonte y límite son las garantías constitucionales del debido proceso, de la tutela judicial efectiva y el derecho internacional de los derechos humanos. Garantías cuyas reglas aparecen escritas y desarrolladas en muchas de las ocasiones a nivel nacional a través de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y a nivel supranacional a través de los tribunales de derechos humanos. Los jueces en general y especialmente aquellos que pertenecen a la jurisdicción penal o los que tienen entre sus atribuciones y competencias el conocimiento de cuestiones de derecho penal material, son los llamados funcionalmente a establecer en el caso concreto el *hasta dónde*, porque es sobre ellos que pesa el deber.

⁴⁴⁸ HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en *La teoría del bien jurídico...*, ob. cit., pág. 96-97.

⁴⁴⁹ ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 5.

⁴⁵⁰ BAUMAN, J.: *Derecho Procesal Penal*, Conceptos Fundamentales y Principios Procesales, trad. de la tercera ed. alemana de 1979 por CONRADO FINZI, edit. Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 13.

Determinar en el supuesto de hecho específico si el *hasta dónde*, la intromisión efectuada en la esfera de libertad de la persona, ha sido legítima o no.

En la relación entre Derecho penal y Derecho constitucional, el primero se constituye en la fuente más antigua y la más fértil. En el siglo XVIII ya se habían formulado los teoremas centrales de las teorías de la pena y del Derecho penal propias del ámbito europeo occidental que hasta el día de hoy vienen constituyendo el modelo de un Derecho penal de un Estado de Derecho. El principio de legalidad, el de culpabilidad o la existencia de bienes jurídicos como presupuesto de la criminalización y punición no se inventaron después de la Constitución, sino que se hizo necesario tan sólo su formulación en detalle. Esta afirmación no debe ocultar la capacidad jurídica de imposición de los derechos fundamentales frente a los derechos de la ley penal. Porque, aunque su desarrollo sea reciente e incompleto se encuentra compensado especialmente a través del uso de los recursos constitucionales⁴⁵¹. Una acción constitucional planteada a través de las fórmulas legales pertinentes, tiene el poder material suficiente para revisar el marco jurídico estatal general (incluido el jurídico penal) y cambiar, reformar o sustituir lo que se oponga a las normas fundamentales constantes en la CE.

Hasta aquí se ha demostrado con suficiencia lo poco adecuado que resulta en un Estado de Derecho moderno regido esencialmente por la Constitución -y una inspirada en la libertad- analizar o intentar resolver el problema de la justificación de la intromisión en la libertad de organización de las personas por parte del derecho penal tan sólo desde la perspectiva de la norma que autoriza (*a partir*) la intervención penal. La legitimación del Derecho penal es un problema cuya resolución se amerita, pero que no está todavía completamente resuelto, por lo que debe ser observado también desde

⁴⁵¹ HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos que no afecten...», *ob. cit.*, pág. 98. El art. 161 CE establece que el TC tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer y resolver sobre: a) el recurso de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley; b) el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53,2 CE; c) de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los que surjan entre estas; y, d) de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las Leyes orgánicas. Además de la facultad otorgada al Gobierno para impugnar las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

la perspectiva de la norma de limitación, a través del *hasta dónde*, porque los límites los conocemos y están escritos en la CE y en el CP⁴⁵². Esto no es óbice para aceptar la utilidad que en el método teleológico tiene la interpretación del concreto objeto jurídico de protección, así como que del análisis de la norma de determinación se debe partir para su averiguación, y que estas dos cuestiones en su conjunto sirven para interpretar la norma de sanción, el tipo penal. Por lo que se hace necesario realizar varias reservas sobre su utilización en el marco de su relación con la norma fundamental.

Se ha dicho que para lograr encajar el concepto de bien jurídico desde una perspectiva constitucional es necesario rescatar dos conceptos del Derecho constitucional y de la ciencia del Derecho constitucional: a) la prohibición de exceso; y, b) la prohibición de defecto. En la prohibición de exceso se pone de relieve el carácter de los derechos fundamentales como fundamento de derechos de defensa frente a las intromisiones estatales. Esta prohibición hace efectivos los límites a las intervenciones del Estado que sobrepasan la medida legítima. El bien jurídico penal se integra de manera natural en la prohibición de exceso constitucional, puesto que todo mandato o prohibición penal es una intromisión en la libertad general de actuación. En un Estado de Derecho esta intromisión requiere de una justificación que se consigue cuando aparece la intervención lesiva para un bien jurídico protegido. La lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico legitiman la actuación penal. Por tanto, el bien jurídico es el portador del núcleo de la justificación de una prohibición de actuar, una prohibición general penal de acción que se evidencia en forma de amenaza de pena en el evento de realizar o incurrir en una determinada conducta⁴⁵³. El bien jurídico constituye también la vara que mide la proporcionalidad de la intervención penal, la misma que se fundamenta en la valoración que se realiza sobre diversos bienes. Esto quiere decir que nos encontramos ante una relación directamente proporcional de variables: a mayor estimación social del bien

⁴⁵² Es importante entender que el desarrollo y evolución en materia constitucional como límites a la racionalidad o no (jurídica), tiene su razón de ser en el impacto que tuvo en los pensadores de la postguerra, la ilimitada posibilidad de influencia de una idea atrayente, aunque la idea sea en efecto muy lógica pero objetivamente mala (opuesta al bien).

⁴⁵³ HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos que no afecten...», *ob. cit.*, pág. 100.

jurídico protegido mayor intervención⁴⁵⁴. La gravedad que implique su ataque se expresará a través de la amenaza penal, por ejemplo, la protección de la vida y sus ataques son penológicamente más castigados frente a los que se reservan respecto del bien jurídico patrimonio, etc.

La prohibición de defecto quiere decir que el legislador puede estar obligado en determinadas situaciones por la Constitución a proteger determinados intereses con determinados medios, es lo que podríamos denominar deberes de protección. La prohibición de defecto no encaja con la tradición clásica del bien jurídico, sino que en cierta medida es su contrapunto, puesto que viene cargada de un contenido positivo y no negativo. Entre ésta y el bien jurídico se pueden observar semejanzas, en vista que ambos conceptos restringen el margen de maniobra del legislador exhortándole, mandándole y requiriéndole una acción protectora. Los dos conceptos se ven necesitados de invocar intereses para lograr la necesidad de protección. Es importante dejar asentado que sin el concepto de bien jurídico no es posible construir una prohibición de defecto, dado que solo a partir de un bien jurídico necesitado y merecedor de protección aparece el fundamento del deber de protección. Por ende, a partir de ahí surge también el fundamento de una prohibición de defecto que pretende obligar al legislador a actuar⁴⁵⁵.

Concluimos que la única restricción previamente dada al legislador la encontramos en los principios de la Constitución⁴⁵⁶. El legislador tiene libertad

⁴⁵⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Presentación», en *La teoría del bien jurídico...*, *ob. cit.*, pág. 12-16. En la idea de estimación social, se incluye el concepto de legitimidad de los bienes jurídicos. Todo tipo penal ya sea legítimo o ilegítimo, está dirigido a la tutela de algún interés ya sea este legítimo o ilegítimo, más la mera existencia de un interés no eleva a éste a la categoría de bien jurídico, puesto que aunque el interés de un amplio sector de la sociedad se vea perturbado, no será susceptible de ser elevado a la categoría, positivamente valorada, de bien jurídico, mientras no se pondere ese interés con aquellos otros intereses establecidos y protegidos de manera preponderante en la Constitución. Este discurso es válido para todos y cada uno de los tipos penales, y para todos y cada uno de los casos concretos que sean puestos a consideración de la jurisdicción.

⁴⁵⁵ HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos...», *ob. cit.*, pág. 101-103.

⁴⁵⁶ BACIGALUPO, E.: *Teoría y práctica...*, *ob. cit.*, t. I, pág. 176, esta solución es compartida con matices, también por este penalista. Quien sostiene que la solución al dilema de la legitimación se encuentra en determinar hasta dónde puede ser legítimamente limitada la libertad en un sistema constitucional fundamentado precisamente en este atributo de la persona; en el mismo

para configurar los delitos siempre que no exceda los límites que se han establecido para la libertad normativizada de la persona en la CE. Un concepto de bien jurídico vinculante en el sentido político criminal sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Constitución de un Estado de Derecho cuyo fundamento es la libertad del individuo y en la cual se establecen los límites de la potestad punitiva del Estado. Se puede afirmar que los bienes jurídicos surgen de unas circunstancias dadas⁴⁵⁷ (la libertad normativizada en la CE) o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema⁴⁵⁸. Las circunstancias dadas son aquellas que se encuentran previamente establecidas y las finalidades son el objeto de protección del derecho. Se colocan en un sentido de diferenciación con el término intereses como concepto general que expresa que el concepto de bien jurídico abarca los estados previamente hallados por la Constitución y los deberes de cumplimiento de normas creados por el Derecho. La teoría que hace depender los bienes jurídicos de la Constitución no es una teoría del bien jurídico sino una teoría sobre los límites constitucionales de la criminalización que, por otro lado, pone en evidencia que los valores jurídicos son elementos creados a partir de las normas constitucionales y que en definitiva lo que protege el Derecho penal son normas⁴⁵⁹.

sentido, JAKOBS, G.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág.40 y ss., quien argumenta que, la protección de un bien tiene como contrapartida la limitación de la libertad o privacidad.

⁴⁵⁷ BACIGALUPO, E.: *Teoría y práctica...*, *ob. cit.*, pág. 177, precisamente esta parte de la construcción es el punto de quiebre entre las dos teoría o tendencias. Puesto que, para este autor, los bien jurídicos son creación del legislador. Sin embargo, ambas tendencias tienen su punto de encuentro en que ambas sostienen que, la actividad de criminalizar conductas, es una tarea limitada por el marco constitucional protector de la libertad.

⁴⁵⁸ ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 55-56.

⁴⁵⁹ BACIGALUPO, E.: *Teoría y práctica...*, *ob. cit.*, pág. 171.

5. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que el Derecho penal tiene la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho⁴⁶⁰. En este marco para el Tribunal Constitucional la delimitación del bien jurídico es una actividad que se encuentra dentro de la esfera de discrecionalidad legislativa, basta con que en la ley penal no concurren objetivos constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes⁴⁶¹. Esto implica el reconocimiento de bienes jurídicos penales que no se hallen ni de forma expresa ni de manera implícita en la Constitución⁴⁶², sin perjuicio del reconocimiento de mandatos tácitos de incriminación⁴⁶³. Textualmente el Tribunal Constitucional reconoce que a la función legislativa como poder estatal le es inherente el ejercicio de *“la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”* por lo que *“en esta configuración, que supone un complejo juicio de oportunidad, el legislador goza de un amplio margen de libertad”*⁴⁶⁴.

Para que el ejercicio de esta actividad legislativa sea constitucionalmente lícito se debe adecuar al texto de la CE, esto quiere decir

⁴⁶⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Principio de ofensividad...», *ob. cit.*, pág. 32.

⁴⁶¹ Un desarrollo general de esta visión se encuentra en BRICOLA, F.: «Teoría generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, edit. Utet, dir. AZARA, A., EULA, E., t. XIX, 1974, pág. 7 y *passim*.

⁴⁶² A partir de este reconocimiento, el catálogo de bienes jurídico-penalmente relevantes, que tienen su fundamento en las normas constitucionales, se amplía de manera considerable, en la medida que, la idea rectora es proteger también a aquellos bienes de carácter instrumental, y de este modo implícita o tácitamente mencionados por aquella, pues estos ayudan en la tarea de proteger eficazmente los bienes jurídicos que la Constitución de manera expresa menciona. Así lo entienden también, FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale*, PG, edit. Zanichelli, Bolonia, 1985, pág. 3.

⁴⁶³ ALONSO ÁLAMO, M.: *Bien Jurídico Penal...*, *ob. cit.*, pág. 78.

⁴⁶⁴ STC 45/2009. Desde esta perspectiva, se podría afirmar que, para el TC, el bien jurídico no es preexistente, sino que el legislador es el único autorizado en crearlos con lo que se podría afirmar que en los tribunales rige la tesis de BACIGALUPO.

que la satisfacción de los estándares de conformidad de la Ley penal con el texto de la norma fundamental se verifica cuando aquella no busque preservar y proteger bienes o intereses que se hallen proscritos por el texto constitucional o que su protección sea socialmente irrelevante. Este límite respecto del legislador se convierte también en límite respecto de la actividad controladora del Tribunal Constitucional. Porque cuando no exista inconformidad entre la ley penal y el texto constitucional no debe intervenir el Tribunal Constitucional. Este criterio se erige en la finalidad de impedir que la acción y tareas de este organismo de control jurisdiccional, no impliquen una intromisión y afectación en el ejercicio de las potestades de la función legislativa⁴⁶⁵. En conclusión, la función legislativa es el único organismo constitucionalmente legitimado para: a) configurar los bienes jurídicos a ser considerados penalmente protegibles; b) establecer cuáles son los comportamientos que son penalmente reprobables porque atacan aquellos bienes mediante la destrucción o su puesta en peligro; c) especificar los elementos que junto al comportamiento estructurarán el tipo penal; d) determinar el marco de referencia de las sanciones penales; y, e) establecer la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. El Tribunal Constitucional por su parte ha elaborado además una división terminológica entre lo que son bienes jurídicos (propriadamente) y lo que son los bienes jurídicos constitucionales. Esto pese a que, prácticamente coinciden⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha señalado que existen supuestos en los que el TC se ha excedido respecto de sus tareas de control jurisdiccional constitucional, a partir de la argumentación de los derechos fundamentales de los que se derivan la existencia de bienes jurídicos constitucionales entendiéndolos como objetos jurídicos que deben ser protegidos penalmente. El caso de la Sentencia 53/1985 de 11 de abril sería un ejemplo. En esta sentencia se afirma que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida y, sin embargo, se enfatiza que la vida del *nasciturus* es "un bien jurídico constitucionalmente protegido" por el artículo 15 "de nuestra norma fundamental". Ésta diferenciación -que busca definir- enlaza y crea objetos jurídicos de protección penal, con lo que el TC se abre a sí mismo las puertas para una intromisión no admisible en materia de la determinación de los objetos jurídicos de protección jurídico penal, tarea ésta que tal y como afirma el propio TC corresponde de manera exclusiva a la esfera de acción de la función legislativa. Sobre esta cuestión, revisar en SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: «¿Tienen todos derecho a la vida?», Bases para un concepto constitucional de persona, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-11, 2009, pág. 6 y ss.

⁴⁶⁶ En la sentencia 215/1994, en el Fundamento Jurídico cuarto, se afirma que "el respeto a los derechos a la vida y a la integridad física y moral de tales personas requiere del Juez que interese

Es importante señalar que en la tarea de control jurisdiccional constitucional sobre la protección de bienes jurídicos que realiza el Tribunal Constitucional de las herramientas e instrumentos para lograr esta finalidad, uno de los que mayor importancia y relevancia posee es el principio de

de los peritos especialistas que han de dictaminar que se pronuncien acerca de la existencia de semejante riesgo, pues de concurrir éste, ninguno de los *bienes jurídico-constitucionales* cuya tutela pudiera perseguir el precepto cuestionado justificaría, por la patente desproporción entre medios y fines, una decisión judicial autorizante de la esterilización". Hay quien propone una lista ejemplificadora de la diferente nomenclatura, FERNÁNDEZ DE FRUTOS, S.: «Concepto de Bien Jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985», en GÓMEZ HERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DE FRUTOS, web: www.ecua.eu, Madrid, septiembre de 2003, pág. 10-11. Entre las sentencias del TC que se refieren de manera específica al concepto de bien jurídico, destacando para el efecto el objeto de protección podríamos enlistar a modo de ejemplo: a) derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad y seguridad (STC 111/1993); b) derecho a la vida y la salud (STC 120/1990 y, STC 75/1984); c) dignidad (STC 105/1990); d) protección de la familia (STC 192/1991); e) derecho a la libertad de expresión (STC 197/1998 y STC 104/1986); f) libertad sexual (STC 129/1996); g) libertad de cátedra (STC 5/1981); h) honor e intimidad (STC 116/1997; STC 139/1995; STC 171/1990 y STC 104/1986); i) propia imagen (STC 81/2001); j) protección de datos personales (STC 290/2000); k) propiedad privada (STC 140/1985); l) prestaciones generales de la seguridad social (STC 126/1994); m) seguridad del tráfico patrimonial (STC 36/1996); n) medio ambiente e interés económico del Estado (STC 120/1998 y STC 372/1993); ñ) conservación y ordenado aprovechamiento de los recursos vivos del medio fluvial (STC 53/1994); o) moral pública (STC 62/1982); p) salud pública (STC 62/1983); q) seguridad pública (STC 104/1989); r) seguridad ciudadana (STC 325/1994); s) defensa nacional y cumplimiento del servicio militar (STC 216/1996, STC 214/1996 y STC 60/1991); t) respeto debido al Poder Judicial como institución (STC 235/2002, STC 157/1996 y STC 205/1994); u) debido respeto a los órganos y autoridades del Estado (STC 371/1993); v) dominio público estatal (STC 150/1991); w) economía procesal (STC 103/1983); x) interés general que protege la credibilidad del sistema de perturbadores abusos (STC 24/1990); y) interés público en la captación o difusión de la imagen (STC 156/2001); y, z) alterar indebidamente la composición o el funcionamiento de las Cámaras (STC 206/1992). Por otro lado, entre las sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren de manera específica al concepto de bien jurídico constitucional, destacando para el efecto el objeto de protección del caso concreto o supuesto de hecho cuestionado o puesto a consideración podríamos enlistar a modo de ejemplo: a) dignidad humana (art. 10 CE) (STC 214/1991); b) vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio (STC 55/1990); c) honor e intimidad (STC 20/1992); d) servicios esenciales (STC 233/1997 y STC 43/1990); e) defensa jurídica (STC 157/1996); f) formación de una opinión pública libre como garantía de pluralismo democrático, información veraz, la difusión mediática (STC 105/1990); g) la libre comunicación y circulación y el acceso al trabajo a los lugares de residencia o a los centros en los que los ciudadanos obtienen la prestación de derechos fundamentales (STC 53/1986), h) seguridad ciudadana y mercado nacional de trabajo (STC 13/2001); i) defensa de los consumidores (STC 113/1984); j) paz social (STC 196/1987); k) medio ambiente y desarrollo económico (STC 64/1982); l) seguridad jurídica y suficiencia financiera de los gobiernos locales (STC 54/2002); m) interés público en el cumplimiento del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE) (STC 206/1993, STC 126/1987 y STC 110/1984); n) organización de la función pública (STC 156/1998); ñ) exigencias defensivas de la comunidad (STC 160/1987); o) organización y configuración de las Fuerzas Armadas (STC 102/2001); p) función de las Fuerzas Armadas (art. 8.1 CE) (STC 151/1997); q) principio de publicidad de los juicios, el papel de los medios de comunicación, el contenido concreto de la información, y el principio de proporcionalidad de los sacrificios (STC 286/1993); y, r) cumplimiento de la Ley (STC 53/2002).

proporcionalidad. Este principio es fundamental para el Derecho constitucional y esencial para el Derecho penal porque en él tiene su origen, sin embargo, sus exigencias se han extendido a otras ramas del derecho convirtiéndolo en un principio regulador de carácter general. La CE de 1978 no lo recoge expresamente ni lo limita al campo del Derecho penal y según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentra presente en cualquier limitación que se establezca al ejercicio de los derechos fundamentales, sea una restricción establecida por la acción del legislador en la Ley o por los Jueces en las decisiones de la Jurisdicción o por la Administración en los actos administrativos. Se encuentra incorporado normativamente dentro del artículo 24.1 CE que regula el derecho a la Tutela Judicial Efectiva y hunde sus raíces en el artículo 1.1 de la norma fundamental⁴⁶⁷.

Para el Tribunal Constitucional el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales, operando como límite a las normas y actos que limiten tales derechos⁴⁶⁸. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza⁴⁶⁹. La vulneración del citado principio no puede ser alegada de manera autónoma cuando se pretenda que éste sustente un recurso de inconstitucionalidad o un recurso de amparo, sino que dicha vulneración ha de ir ligada a la vulneración de un derecho fundamental. El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse

⁴⁶⁷ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 113. Son tres los límites del ejercicio del *ius puniendi*: a) el Estado de Derecho, ligado al principio de legalidad; b) Estado social, ligado a los principios de: 1) utilidad de la intervención penal; 2) el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho penal; y, 3) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; y, c) Estado democrático, que exige la adopción del principio de humanidad de las penas, el principio de culpabilidad, **el principio de proporcionalidad** y el principio de resocialización.

⁴⁶⁸ STC 136/1999.

⁴⁶⁹ STC 60/2010.

primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad. Ésta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero en todo caso como queda dicho, siempre deberá indagarse no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos, resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción⁴⁷⁰.

En lo que se refiere a las normas de naturaleza penal, que en definitiva protegen bienes jurídicos, la acción de control que realice el Tribunal Constitucional deberá ser prudente. Cualquier exceso supondría un ataque a la legitimación democrática del legislador, a quien corresponde en ejercicio de sus funciones según las reglas de la propia Constitución, decidir la política criminal que considere oportuna. Como hemos afirmado en líneas anteriores el Tribunal Constitucional asume que la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo, constituyen un complejo juicio de oportunidad fundado en la facultad otorgada al legislador, la misma que goza de un amplio margen de libertad⁴⁷¹. La función del Tribunal Constitucional se circunscribe a verificar si la norma penal supone un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho o una actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona⁴⁷².

El test de proporcionalidad sobre una determinada norma penal, según la propia Jurisprudencia del Tribunal Constitucional deberá basarse en cuatro

⁴⁷⁰ STC 136/1999, STC 55/1996 y STC 161/1997.

⁴⁷¹ STC 60/2010.

⁴⁷² STC 55/1996.

juicios diferenciados: a) cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, esto es, el bien jurídico que se trata de proteger a través de la norma cuestionada debe ser lo suficientemente relevante como para justificar que entre en juego el Derecho penal⁴⁷³; b) es preciso un juicio de idoneidad que exige comprobar que la medida en cuestión es adecuada para los fines que se pretenden conseguir, para evitar el daño al bien jurídico que se trata de proteger. Debe indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión⁴⁷⁴; c) también se debe comprobar que la norma o la sanción penal debe ser necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen su objeto, de manera que cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulte evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos, la norma o sanción serán innecesarias⁴⁷⁵; y, por último, d) debe realizarse un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en examinar si en el caso concreto existe un equilibrio entre el supuesto de hecho previsto en la norma penal de que se trate y la sanción en ella prevista.

En definitiva, el Tribunal Constitucional es de la opinión de respetar la libertad otorgada al legislador para decidir acerca de qué se debe considerar como bien jurídico u objeto jurídico de protección, para a partir de ahí, activar la acción y permitir la injerencia del Derecho penal en la libertad de organización personal. El legislador deberá previamente determinar cuáles serán las reglas a establecer para delimitar el marco positivo penal de protección. Lo anterior sin más limitaciones que la formulación negativa del principio de bien jurídico y la prohibición de exceso constitucional. La acción del Tribunal Constitucional se desarrollará a través del principio de

⁴⁷³ STC 136/1999.

⁴⁷⁴ STC 136/1999.

⁴⁷⁵ STC 136/1999 y STC 55/1996.

proporcionalidad y deberá verificarse el cumplimiento del test de proporcionalidad sobre la norma, precepto o ley penal puesta en consideración en el supuesto de hecho concreto.

6. FUNCIONES DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE BIEN JURÍDICO

La doctrina en general atribuye unas concretas funciones al concepto jurídico-penal de bien jurídico en relación al ámbito en el que se realiza la tarea: a) desde un punto de vista político-criminal, el bien jurídico inspira a los nuevos tipos penales que serán recogidos por el derecho positivo futuro. Un concepto material de bien jurídico necesario a fin de enfrentar la vocación preponderantemente totalitaria del Estado. Se trata no sólo de descubrir qué interés ampara al Estado con las normas que dicta, es decir, conocer el interés de éste cuando incrimina determinadas conductas⁴⁷⁶, sino que además se trata de obligar al Estado a proteger ciertos intereses mediante esas normas y de impedir que tutele otros intereses determinados. Ésta es la función a cumplir por el concepto jurídico penal de bien jurídico en el plano legislativo y para ser viable demanda una cierta clase de Estado, la que el artículo 1.1 CE establece en la fórmula Estado social y democrático de Derecho⁴⁷⁷. Esto es lo que constituye la función crítica de valoración de su adecuación al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; b) sobre la función de interpretación o función exegética, implica un proceso en el que se debe primero analizar la norma jurídico penal concreta, para determinar cuál es en aquella el bien jurídico protegido. Una vez determinado el objeto jurídico de protección se da inicio a la tarea interpretativa. Tarea que se centra esencialmente en los procesos de caracterizar y delimitar con exactitud el actuar doloso o culposo conminado con una sanción penal⁴⁷⁸. Se debe además realizar el proceso de interpretación con la ayuda de la *ratio legis*, es decir de la finalidad objetiva

⁴⁷⁶ JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal*, PG, trad. y adiciones de derecho español por MIR PUIG, S., MUÑOZ CONDE, F., edit. Bosch, vol. I, Barcelona, 1981, pág. 350.

⁴⁷⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función...», *ob. cit.*, pág. 8.

⁴⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico...*, *ob. cit.*, pág. 304.

de la norma. En esta idea está implícita la diferenciación entre finalidad de la norma y bien jurídico protegido. La *ratio legis* puede verse o no satisfecha con la vigencia de la norma, sin embargo, el bien jurídico ha de resultar siempre lesionado o en su caso colocado en peligro por la realización del curso peligroso. Este razonamiento nos conduce a la afirmación de que la interpretación basada en el bien jurídico es de mayor relevancia que aquella que se fundamenta en la finalidad de la norma. El punto de partida de la estructura del delito es el tipo del injusto, y este representa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁴⁷⁹; c) desde un punto de vista dogmático es el núcleo del delito pues ofrece un criterio material decisivo en la construcción de la teoría jurídica del delito y por tanto en la interpretación jurídico penal, con la finalidad de excluir conductas no lesivas o que no pongan en peligro a los bienes jurídicos. La tarea básica a este respecto se coloca dentro del tipo de injusto, porque la incidencia material sobre el tipo dentro de las singulares y particulares descripciones típicas, sirve de fundamento para la determinación material del carácter antijurídico de un comportamiento⁴⁸⁰. Sólo la lesión o puesta en peligro del determinado y concreto objeto de protección de la norma identificable con el resultado, permite observar y apreciar la antijuridicidad del comportamiento; y, d) desde un punto de vista funcional en su acepción de organización constituye un parámetro ideal para sistematizar, es decir que cumple la función de sistematización y ordenación que facilita la ubicación de los tipos penales dentro de los códigos. Aunque se constate en la realidad que no siempre su lugar en la PE de la ley sustantiva penal se corresponda con el bien jurídico tutelado.⁴⁸¹ Sin embargo, esta atribución del carácter ordenador de los tipos penales no es lo más trascendental dentro de la función sistemática, su importancia radica en fungir como elemento determinante de estima positiva por parte del legislador de aquellas formaciones conceptuales portadoras de

⁴⁷⁹ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 321.

⁴⁸⁰ POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico...*, ob. cit., pág. 316.

⁴⁸¹ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 315.

valor, sobre cuya negación se fundamenta el contenido material de cada injusto típico⁴⁸².

Sobre la clasificación de los bienes jurídicos, podemos afirmar que la misma se realiza en conexión a la idea de la titularidad inmediata del mismo bien. Aunque la doctrina no es conforme en este punto, se entiende generalmente que existen⁴⁸³: a) bienes jurídicos individuales entendidos como aquellos que protegen intereses directos de los individuos, por ejemplo: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la salud, el derecho al honor, etc.; b) bienes jurídicos públicos o institucionales, los que protegen al Estado en las diversas manifestaciones de las funciones de poder, por ejemplo: la defensa de la seguridad interior del estado, la protección del funcionamiento de la función legislativa, el correcto funcionamiento de la administración de justicia, etc.; y, c) bienes jurídicos colectivos, los que protegen intereses de la sociedad en su conjunto, tales como el derecho a la salud pública, la protección del medio ambiente, etc.

En coherencia con la postura acogida en esta investigación, el bien jurídico es criterio irrenunciable como medida de una buena política criminal. Afirmamos que su estudio y utilización debería centrarse en su núcleo negativo tradicional crítico al Derecho penal, es decir como forma de exclusión de tipos penales innecesarios. Ante una política criminal moderna y divagadora, constatamos que existe el riesgo de destruir y dañar el concepto tradicional de bien jurídico a través de la creación de bienes jurídicos indeterminados, imprecisos y demasiado generalizadores, por tanto, es necesario que la técnica legislativa se asuma de una manera más adecuada a través de la concreción de los mismos⁴⁸⁴. El desarrollo del constitucionalismo ha logrado una terminología propia que utiliza la expresión de bien jurídico identificándola a un principio constitucional equivalente a los conceptos de valores constitucionales o derechos fundamentales y constitucionales. El bien jurídico se torna en una

⁴⁸² POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico...*, *ob. cit.*, pág. 296.

⁴⁸³ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 319.

⁴⁸⁴ HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos que no afecten...», *ob. cit.* pág. 95.

figura jurídica con un contenido, caracteres y propiedades análogas a estos otros elementos de la norma constitucional, lo que implica su especial protección. Sin embargo, considero que la única función relevante que en estos momentos posee el concepto jurídico-penal de bien jurídico no es propiamente la de ser criterio para legitimar la intervención penal estatal en la libertad de las personas sino como elemento para la interpretación del tipo penal concreto, como medio para la interpretación teleológica del precepto.

7. RESUMEN DE CONCLUSIONES Y COROLARIO

A) La justificación del Derecho penal no pasa por advertir si legitimamos el poder punitivo sólo porque se deban preservar bienes jurídicos (doctrina mayoritaria) o sólo porque se deba proteger la vigencia de la norma (JAKOBS), lo primero se consigue con lo segundo (SÁNCHEZ-VERA), porque como afirma ROXIN, el sustento cognitivo es lo que podríamos denominar bien jurídico. Entonces, la norma jurídico penal tiene un sustento, el sustento es el objeto de protección. Para nosotros los fines de la pena teorizados extensamente tienen su fuente en la norma. Los tipos penales estarían legitimados (*a partir*) porque la norma de determinación es prevención general y/o especial negativa, protectora de bienes jurídicos; y, porque la norma de sanción o norma jurídico-penal es prevención general positiva, protección de la vigencia de la norma. Aunque considero que esta cuestión amerita un desarrollo autónomo y pormenorizado, esto no obsta para iniciar desde esta concreta concepción la interpretación típica (esto es fundamental respecto de nuestra investigación, revisar los corolarios).

B) Para nosotros la cuestión se resuelve no sólo desde un *a partir* sino también desde un *hasta dónde* se puede limitar la libertad de organización de las personas (físicas y/o jurídicas) susceptibles de asumir una pena. Es decir que el legislador tiene libertad para configurar los delitos siempre que no exceda los límites que se han establecido para la libertad normativizada de la persona en la CE (BACIGALUPO). En la aplicación del principio de legalidad (constitucional) reside el fundamento de la limitación de los poderes o

funciones del Estado, en el caso concreto, el cumplimiento del principio de legalidad impone exigir al legislador que su trabajo de creación de normas (jurídico-penales) sea un desarrollo y aplicación de las normas y garantías que se encuentran establecidas en la CE, lo que implica negativamente no comprometer los derechos y garantías de libertad que aquella reconoce respecto de las personas. La no adecuación del comportamiento legislativo al estricto cumplimiento del principio de legalidad explica la proliferación de tipos penales enlazados a una política criminal sin sentido y sin vinculación normativa con la CE y con la sociedad.

C) De esto se deduce lo poco acertado o adecuado que resulta en un Estado de Derecho moderno regido esencialmente por la Constitución -y una inspirada en la libertad- analizar o intentar resolver el problema de la justificación de la intromisión en la libertad de organización sólo desde un *a partir*, es decir, tan sólo desde la perspectiva de la norma que autoriza la intervención penal. La legitimación del Derecho penal es un problema que es necesario resolver pero que no está todavía completamente dilucidado, por lo que debe ser observado también desde la perspectiva de la norma de limitación, a través del *hasta dónde*, porque los límites los conocemos y están escritos en la CE y en el CP. Esto no es óbice para aceptar la utilidad que en el método teleológico tiene la interpretación del concreto objeto jurídico de protección, así como el análisis de la norma de determinación para su averiguación y el de estas dos cuestiones en su conjunto para interpretar la norma de sanción, el tipo penal. Con esto no se afirma que la discusión de la legitimación del Derecho penal sea estéril (todo lo contrario, al final de estas conclusiones se observa de mejor manera esta cuestión, porque las repercusiones dogmáticas son interesantes), lo que se afirma aquí es que es mucho más seguro y previsible, por lo menos hoy según el estado actual de la ciencia jurídico-penal, solucionar el problema de la justificación del Derecho penal también en la forma en que planteamos: observar la regla que limita (*hasta dónde*) y no sólo la regla que autoriza (*a partir*), porque el único criterio inamovible o estable con el que contamos es la norma constitucional.

D) De este modo, para nosotros el bien jurídico posee relevancia a partir de sus funciones en la sistemática de la dogmática penal. Determinar cuál es en el estudio de un determinado delito el objeto jurídico de protección para a partir de ahí interpretar la estructura típica. El bien jurídico posee relevancia (tan sólo) para la concreta interpretación de los tipos (en los que exista). Por lo que, en definitiva, la única restricción previamente dada al legislador para la configuración de los delitos y sus penas, la encontramos en los principios de la Constitución: la libertad normativizada. Un concepto de bien jurídico vinculante en el sentido político criminal, es decir el bien jurídico que se diga protege un determinado tipo penal, sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Constitución de un Estado de Derecho cuyo fundamento es la libertad del individuo y en la cual se establecen los límites (*hasta dónde*) de la potestad punitiva del Estado. Especialmente al tratar sobre los bienes jurídicos colectivos es necesario que de manera expresa o implícita sean deducidos de la Constitución, tal es el caso del bien jurídico que nosotros opinamos protege el delito de blanqueo de capitales.

COROLARIO

Ahora, ¿qué relación tienen estos resultados con la investigación que aquí se está desarrollando? Este apartado ayuda a entender básicamente dos cuestiones:

1) En la descripción del problema hemos visto que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado un entendimiento propio tanto del delito de receptación como del delito de blanqueo de capitales, todo en función del concreto objeto de protección o si se quiere de la *ratio legis*, sin percatarse que si nos colocamos frente al texto de la ley, los tipos penales contenidos en los arts. 298 y 301 del CP, constituyen conductas próximas y parecidas, por lo que antes de indagar sobre el concreto bien jurídico es preciso primero determinar si nos hallamos ante diferentes prohibiciones. Establecer si nos encontramos ante diferentes normas y, ubicar y aclarar cuál es la norma de determinación. La teoría del bien jurídico, sin que ese sea su cometido, ha condicionado la irreflexiva interpretación de los tipos de la PE, un ejemplo patente es la interpretación del delito de receptación (hay que reconocer que esta observación es sólo posible plantearla si se estudia en su conjunto el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación).

1.1) Al estudiar una norma jurídico penal lo fundamental y lo primero que hay que hacer es estudiar la prohibición, la norma de determinación que se protege y vulnera. De este modo el camino que se emprenda será seguro, aunque las soluciones como en toda propuesta científica sean siempre discutibles. Si analizando dos tipos penales se observa que la norma es idéntica, aunque la *ratio legis* difiera, el bien jurídico o el objeto de protección será el mismo. A partir de esta constatación, se puede ya empezar a proponer cuál es el bien jurídico u objeto jurídico de protección de la norma jurídico-penal estudiada, de la norma de sanción. En este nivel de análisis es donde la doctrina no ha sabido desprenderse de la concreta historia y en este sentido de la interpretación del tipo de receptación, porque tal y como están redactados los arts. 298 y 301 CP es difícil sostener la mentada diferenciación. Por eso es preciso abandonar la automática (e irreflexiva) interpretación de los tipos a partir del bien jurídico

y antes determinar el contenido de la prohibición o de lo prohibido, para luego con la ayuda de una interpretación teleológica determinar cuál es el concreto objeto jurídico de protección del o los tipos penales.

1.2) Esta solución ha sido posible sólo una vez que se ha analizado y descubierto que en el trasfondo de la discusión material sobre si se protege bienes jurídicos o la vigencia de la norma, lo que existe es una diferenciación entre la norma de determinación y la norma de sanción, esta última sería propiamente la única jurídico-penal. La norma de determinación es una que provendría de los restantes ordenamientos jurídicos, por lo que las normas jurídicas de las otras ramas del derecho sí protegerían bienes jurídicos. Ejemplo de esta norma en referencia al art. 138 CP sería la siguiente: *con carácter general, está prohibido matar a otro*. Por su parte, la norma de sanción o norma jurídico-penal se expresaría mediante la siguiente fórmula constante en el art. 138 CP: *con carácter general, aquel que mate a otro será penado...* A mi juicio esta constatación, hace mucho más fácil el entendimiento de la problemática y sus posibles soluciones: protección de bienes jurídicos (prevención general y/o especial negativa), protección de la vigencia de la norma (prevención general positiva) o incluso una combinación de ambas ensayada ya por MERKEL, entre otros. Pero, sobre todo, permite vislumbrar que el objeto jurídico de protección está en estrecha consonancia o vinculación con lo que se establece en la norma de determinación y no puede inferirse sino de ella, esto que es una obviedad, parece haberse perdido en el transcurso del tiempo y en la forma de análisis e interpretación que hodiernamente se realiza respecto de los tipos penales de la parte especial.

1.3) Para ahondar un poco en la explicación un ejemplo en función del delito ya comentado. En el delito del art. 138 CP se establece que “*el que matare a otro será castigado...*”, de donde se deduce que la norma jurídico penal del delito de homicidio contiene la prohibición: *con carácter general está prohibido matar a otro*. De esta prohibición o norma de determinación es muy fácil concluir que lo que se protege por la norma jurídico penal en definitiva es la vida o con mayor propiedad y rigor, el derecho a la vida constitucionalmente garantizado.

1.4) Lo que se trata de demostrar en esta parte de la investigación es que aunque parezca que la deducción es bastante obvia, la mayoría de los comentaristas no realiza (o no lo introduce como parte del comentario del tipo) este proceso lógico para indagar y descubrir cuál es en el caso del delito de homicidio (o en cualquier otro) el objeto jurídico de protección y sin embargo, todos o casi todos asumen que lo que se protege en este delito es (el derecho a) la vida humana independiente o simplemente (el derecho a) la vida. De este modo, sin que la teoría del bien jurídico lo pretenda, en algunos casos la interpretación a partir del concreto objeto jurídico de protección ha servido de instrumento ideologizante porque dependiendo de la postura que se mantenga o se quiera mantener se escogerá (o inventará) un determinado bien jurídico. Si eso no es inseguridad jurídica, ¿cómo se debería denominar?

1.5) Debo aclarar que la crítica no se realiza directamente respecto de la teoría del bien jurídico como teoría que legitima el Derecho penal. Esa no es ni la pauta ni la respuesta que aquí se está dando. La cuestión es simplemente metodológica, pero es necesario anotar que la misma surge a partir de una discusión material (teoría del bien jurídico vs protección de la vigencia de la norma⁴⁸⁵), que consiste en abandonar el irreflexivo (como sinónimo de mecánico o automático) método de análisis del tipo a partir del bien jurídico porque este estudio se encuentra desvinculado de la realidad normativa y sin embargo, condiciona la interpretación con repercusiones dogmático-prácticas ajenas al texto legal. La propuesta indica que se debe atender primeramente a la norma, a la prohibición, a la norma de determinación para luego, establecer en función de la norma cuál es el *sustento cognitivo*, el bien jurídico, el objeto

⁴⁸⁵ Incluso, no nos es posible descartar una legitimación de la norma penal con dos sustratos materiales cualitativamente equivalentes y funcionalmente distintos, porque en la sistemática encontrarían explicación en dos momentos distintos de la misma norma o a dos normas distintas que integran la totalidad de la norma jurídico penal. La norma de determinación protegería bienes jurídicos y la norma de sanción o estrictamente jurídico-penal protegería la vigencia del ordenamiento, así, prevención general positiva y prevención general (¿especial si cabe?) negativa, hundirían su explicación en la estructura de la norma penal y en su conjunto podrían significar el fundamento de la punición. Esto no implica aceptar que en un sentido normativo jurídico-penal puro o exacto, la norma jurídico-penal, los tipos penales en concreto, tienen como único fundamento la protección del ordenamiento o de la vigencia de la norma, porque aparece cuando el ataque a un determinado bien jurídico ya se ha realizado, esto no es nuevo, se conoce desde WELZEL salvo error.

jurídico de protección. Los resultados son mayor seguridad y previsión, porque se impediría realizar la interpretación del tipo a partir del bien jurídico que previamente se ha seleccionado para afirmar que aquél es lo que protege el tipo penal concreto, sin que la interpretación esté conectada con la norma, con la prohibición. Además, permitiría forjar la verdadera función del bien jurídico como criterio a utilizar para interpretar el tipo delictivo, sus elementos y la construcción de los criterios de imputación. Desechando su uso cuando sea una cuestión que carece de consecuencias prácticas.

1.6) Esto no impide que aceptemos que el bien jurídico deba informar la interpretación de la estructura típica, de la conducta que en definitiva no se ha dejado determinar por la norma, pero esa interpretación no debe desvirtuar el alcance de lo prohibido, debe estar referida a la prohibición. Así, la norma que contiene la prohibición nos dirá qué es lo que protege. Esta coherencia debe exigirse si lo que se quiere es interpretar en función del principio de legalidad, es decir si lo que se quiere es hacer una interpretación legal. Eso es lo que en el siguiente capítulo haremos respecto del blanqueo de capitales (y del delito de receptación).

2) La segunda cuestión que se desprende del análisis teórico del bien jurídico y que tiene repercusión práctica en el ámbito de nuestra investigación está referida a la necesidad de diferenciar entre objeto jurídico de protección (bien jurídico) y objeto material de la acción. Porque hay tipos penales en los que esta diferenciación ayuda significativamente en su comprensión. Por ejemplo, en el delito de blanqueo de capitales el objeto de la acción despliega una importante función en la medida que como en ningún otro tipo penal, en el objeto material se materializa y concretiza tanto la prohibición como el objeto de protección al que se refiere la prohibición y sin embargo no es en sí ni lo prohibido ni lo protegido.

Prohibición o norma de determinación:	se prohíbe la ilícita circulación de bienes- efectos
---------------------------------------	--

Bien jurídico u objeto de protección: se protege la lícita circulación de bienes-efectos

Objeto material: los bienes, efectos.

Una cosa es el bien jurídico protegido y otra cosa es el objeto de la acción. Esta diferenciación es relevante en el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales (incluida la receptación) porque al Derecho penal no le debe interesar tanto el algo concreto (objeto material de la acción) sino más bien el interés general que se materializa en ese algo (bien jurídico) y que está referido a una norma (a la prohibición).

CAPÍTULO IV

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS

DE BLANQUEO DE CAPITALS:

¿PROTEGEN EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN DISTINTOS

BIENES JURÍDICOS?

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN

CAPÍTULO IV

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS:
¿PROTEGEN EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN DISTINTOS BIENES JURÍDICOS?

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LOS DELITOS DE BLANQUEO

1. EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN COMO FORMAS DE UNA MISMA PROHIBICIÓN

Habíamos advertido que las investigaciones sobre blanqueo de capitales asumen la autonomía entre estos delitos, sin embargo, no explican cuál es el concreto fundamento de tal diferenciación. Habíamos anticipado, además, que el problema surgía de la dependencia interpretativa respecto del delito de receptación en función de su (antigua) *ratio legis*. Por poner un ejemplo, se ha llegado a afirmar que, si bien es cierto que los delitos de receptación y blanqueo de capitales son delitos autónomos, también son tipos *caracterizados por ser comportamientos postdelictivos en infracciones ajenas, que constituyen actos específicos de encubrimiento lucrativo*⁴⁸⁶. De este modo,

⁴⁸⁶ LAMARCA PÉREZ, C., ALONSO DE ESCAMILLA, A., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: *Derecho penal*, PE, edit. Colex, sexta ed., coord. LAMARCA PÉREZ, C., Madrid, 2011, pág. 412. Aquí se utiliza la palabra *ajena*, para referirse a las infracciones *previas*, expresión cierta, si se acepta que el delito de blanqueo de capitales no puede ser cometido por el autor del delito previo, lo cual ya no es discutible a partir de la reforma; para GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho penal práctico*, PE, edit. Ramón Areces, Madrid, 1999, pág. 297, el delito de receptación consiste en una *intervención posterior del sujeto activo en el delito cometido por otro...*, una definición que obviamente resta autonomía al delito posterior, de receptación, y que debe ser rechazada, porque un delito no puede ser definido como un acto posterior en delito ajeno, si se participa con un acto en el delito ajeno, a lo sumo se es partícipe y no autor de otro delito. O estamos ante un solo delito o nos encontramos ante dos delitos diferenciados y autónomos.

se constata en general que para definir los tipos de receptación y de blanqueo de capitales ya se ha realizado una previa definición genérica que condicionará toda la interpretación específica. Una definición genérica que en general resta autonomía a los tipos penales de receptación y de blanqueo de capitales, y que como veremos está estrechamente relacionada con la teoría del mantenimiento. Sin embargo, si partimos del texto de la ley observamos que los tipos penales de los arts. 298 y 301 CP son conductas muy próximas y redactadas de manera muy parecida. De tal modo que se afirma que las conductas típicas se solapan y se sobreponen.

Si nos atenemos al texto de la ley, a los delitos de los arts. 298 y 301 CP, los tipos básicos quedan contruidos así:

Art. 298: El que ayude (a los responsables del delito a aprovecharse), o reciba, adquiera u oculte los efectos del delito, con conocimiento de la comisión de un delito (contra el patrimonio o el orden socioeconómico) en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, con ánimo de lucro...

Art. 301: El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...

Con exagerada obviedad tendríamos que afirmar que los textos punitivos de los arts. 298 y 301 CP son muy parecidos y que las conductas típicas se solapan (sobreponen); por tanto, se puede afirmar también que en uno como en otro tipo caben las conductas típicas que se imputan habitualmente por la doctrina y la jurisprudencia a ambos delitos.

Esto nos obliga a adoptar como punto de partida la idea de que la original concepción de la receptación y su creación legal en función de aquella ha desaparecido, la receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo y a que el autor del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido⁴⁸⁷. La tesis que se plantea aquí es que al igual que el delito de blanqueo de capitales, la receptación⁴⁸⁸ hoy, según la actual configuración de la sociedad lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico⁴⁸⁹. En este capítulo, en función de una interpretación

⁴⁸⁷ Esta es la opinión mayoritaria, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pág. 25 y ss., MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, *ob. cit.*, pág. 509-510, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales», en *Compendio de Derecho penal*, PE, vol. II, dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., edit. Ramón Areces, Madrid, 1998, pág. 558, que la razón de la incriminación del delito de receptación es doble: por un lado, a) porque favorece al autor de cualquier delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, al ayudarlo a que se beneficie de los efectos del delito en el cual ha intervenido -ya que el receptor le paga una cantidad al autor a cambio de ellos-, beneficiándose, al mismo tiempo, el propio receptor de los efectos del delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico cometido por otro -ya que normalmente paga por ellos una cantidad menor de lo que valen-; por otra parte, b) la conducta del receptor afecta también al bien jurídico protegido ya lesionado por el delito precedente y agrava más aún la lesión a estos bienes jurídicos. Este doble fundamento, criminológico y jurídico, es el que se dice inspira la regulación legal. Los efectos receptados coadyuvan a mantener la situación antijurídica que el delito referenciado ha producido. La doctrina mayoritaria, opina lo mismo, VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, PE, 2004, pág. 625, en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de receptación, entiende que se trata de un delito contra el patrimonio: el receptor actúa contra el patrimonio ajeno en la medida en que hace suyos, con ánimo de lucro, bienes de otras personas. En el mismo sentido se manifiesta la sentencia del TS de 25 marzo de 1996. Esta explicación hunde sus raíces en el entendimiento de que nos encontramos ante un delito de referencia, el delito previo es consumación, la receptación es agotamiento; así, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 558, quien refiere que por tratarse de un delito de referencia el bien jurídico lesionado es el mismo que se ha visto afectado en el delito previo (en general el patrimonio), sin descartar la afectación a la Administración de Justicia, lo que le otorga a la figura su carácter pluriofensivo; para otros, la cualidad de referencia no obsta su autonomía, y fundamentan que la receptación se explica porque protege el interés general en no favorecer la delincuencia patrimonial y socioeconómica, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *ob. cit.*, pág. 619, porque posibilitar al autor la satisfacción del lucro que pretendía con la comisión del delito previo, constituye un factor criminógeno trascendental.

⁴⁸⁸ Sin problemas podría abandonarse la denominación de *delito de receptación* (aunque hay que reconocer que esta expresión es correcta, porque las conductas se pueden reconducir al verbo *receptar*), por la más apropiada por ser culturalmente más expresiva de *blanqueo de efectos (bienes) que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico*.

⁴⁸⁹ Otra de las diferenciaciones que se podría realizar, respecto de los tipos penales de receptación y blanqueo de capitales, estaría en función del objeto material. Así, en el delito de receptación, el

teleológica averiguaremos porqué esto es así. Lo haremos contestando a la pregunta de ¿cuál es el concreto objeto jurídico de protección o bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales?, y en la medida en que la tesis que se propone aquí es que las conductas del delito de receptación y las del delito de blanqueo de capitales se subsumen entre sí porque deben ser entendidas como formas típicas que prohíben el blanqueo de capitales (bienes, efectos) desde diversas estrategias en función del delito del que han procedido, entonces, al determinar el concreto ámbito de protección en el delito de blanqueo de capitales, encontraremos también el del delito de receptación. Eso es lo que a continuación haremos.

2. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE BLANQUEO

Una vez que hemos determinado que la prohibición a la que se refiere tanto el delito de receptación como el delito de blanqueo de capitales es la misma con diferentes ámbitos de aplicación, señalaremos también que lo que estos tipos penales protegen es lo mismo. A partir de esta premisa podemos afirmar que establecer el interés jurídicamente protegido es paso obligado en la interpretación de cada uno de los tipos penales, porque sólo los actos adecuados a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico se considerarán incluidos dentro del injusto⁴⁹⁰. Dilucidar cuál es el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales es una de las tareas impuestas. La investigación y búsqueda de cuál es el fundamento para accionar el ejercicio del poder punitivo del Estado frente a esta clase de comportamientos constituye

art. 298 hace referencia expresa a los *efectos* del delito, y en el art. 301 se hace referencia a los *bienes* originados en una actividad delictiva. Sin embargo, la doctrina entiende que los *efectos* del delito están referidos a los *bienes* que se receptan del delito previo, con lo cual la confusión está al orden del día, revisar esta asimilación en SANTANA VEGA, D.: «IX. Encubrimiento. Diferencias con receptación y blanqueo», en *Derecho penal*, PE, t. I., edit. Tirant lo Blanch, dir. CORCOY BIDASOLO, M., Valencia, 2011, pág. 813.

⁴⁹⁰ GÓMEZ PAVÓN, P.: «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», en *CDJ*, Madrid, 1994, pág. 191, también, VIVES ANTÓN, T.: *Fundamentos del Sistema penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 484; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 509.

el objetivo planteado para lograr una interpretación teleológica de toda la estructura típica del delito de blanqueo de capitales (y del delito de receptación) y también para resolver el problema de la delimitación del ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales y del delito de receptación como presupuesto para averiguar si los supuestos del mulero o *phisher mule* son como afirma la jurisprudencia y doctrina comportamientos punibles de blanqueo imprudente o por el contrario como sostenemos nosotros son supuestos de receptación.

La doctrina al momento de ocuparse de este tipo penal hace notar que las referencias al mismo y su concreto tratamiento no se realizan en relación a un fenómeno nuevo⁴⁹¹. Esto es así en la medida en que se puede evidenciar que en todos los estadios de la evolución del hecho criminal los sujetos activos de los delitos han hecho uso de las ganancias obtenidas mediante las actividades ilícitas. Era pues necesario -dado el origen de los dineros o bienes obtenidos, los mismos que se explican como consecuencia de una actividad delictiva- su ocultamiento por cuanto sospechaban que el descubrimiento de estos rendimientos por parte de las autoridades los llevaría primeramente a ser delatados⁴⁹² y en segunda instancia, a la pérdida y menoscabo de los mismos. Lo que, en definitiva, desde una perspectiva criminológica (etiología) constituye la razón y motivación de la actividad delincinencial: la obtención de algún rédito, renta, beneficio, ganancia, provecho o lucro por vía ajena al derecho.

Desde una perspectiva sociológica es importante ubicar este delito como una actividad -preponderantemente negativa- que permite caracterizar los tiempos en los que vivimos. En este sentido, la estructura de la sociedad y la globalización como fenómeno económico en el que se desarrollan todas las actividades de las personas físicas y/o jurídicas, han producido también este tipo de actividades delictivas, o si se prefiere, han dotado de unas

⁴⁹¹ ALIAGA MÉNDEZ, J.: «Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información», en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, dir. ZARAGOZA AGUADO J., núm. 28, Madrid, 2000, pág. 38.

⁴⁹² ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *Prevención del Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 21.

circunstancias que hacen posible su apareamiento. La finalidad de este apartado no se corresponde con encontrar cuáles son las razones por las que a partir de la segunda mitad del siglo pasado este sector del mundo del delito y componente -a su vez- de la realidad social y económica fue modificándose hasta adquirir los caracteres actuales. Directamente partiremos de la idea que explica que las acciones y planes de los organismos internacionales y de los gobiernos, implantadas para repeler este tipo de conductas, surgieron a raíz del fenómeno social y económico denominado tráfico o comercio ilícito de drogas, sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas -cabe mencionar que en sus inicios esta actividad no era un ilícito porque no se conocía de la misma ni de sus repercusiones- y sus impresionantes consecuencias y efectos en la estructura de la sociedad y en la economía. Consecuencias que se verifican a través de la acumulación de capitales de origen ilícito en cantidad suficiente como para influir en las variables económicas de un país.

La lucha contra la criminalidad se identificaba con la persecución y represión de los delitos previos practicados, evidentemente delitos con una gran capacidad de generar ingresos, sin que se evidencie una real (en el sentido de seria) preocupación por las consecuencias de la circulación en la economía de las ganancias del delito. Es importante señalar que la acción de las organizaciones criminales no se vislumbraba en el espectro supranacional. Así como que en materia de perseguibilidad procesal, el cometimiento de tales ilícitos se podía investigar y procesar tan sólo en la circunscripción territorial donde se lo cometió. Hoy la situación es otra y somos testigos por un lado, de la presencia de verdaderas multinacionales del crimen⁴⁹³; por otro, del surgimiento de organizaciones criminales que no solo participan en actividades ilícitas sino que los ilícitos se cometen a partir de actividades empresariales plenamente adecuadas social y normativamente; y por último, la constatación de que en situaciones plenamente normativizadas o legítimas, una persona física y/o jurídica por dolo pero especialmente por imprudencia grave puede también adecuar su comportamiento al tipo penal de blanqueo de capitales.

⁴⁹³ BLANCO LOZANO, C.: «El blanqueo de capitales procedentes...», *ob. cit.*, pág. 58.

Indiferentemente de todas estas cuestiones lo cierto es que el adecuado entendimiento del delito de blanqueo de capitales presenta una relevancia práctica incuestionable, lo hemos visto con claridad en la primera parte de la investigación. Esta segunda parte también tiene una indiscutible repercusión práctica que depende de la averiguación del bien jurídico protegido por el art. 301 CP. El problema con el que nos encontramos al momento de ubicar cuál es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales es que su delimitación se encuentra en ciernes. Es decir que pasa por ser una cuestión discutida en el ámbito de la ciencia penal europea, en el que se refleja la incertidumbre sobre el bien jurídico protegido⁴⁹⁴. En este sentido, la evolución de la discusión del bien jurídico del art. 301 CP está relacionada con lo que previamente hemos detallado: con la persecución de los delitos previos y lo que en ellos se protege, con la instrumentalización del delito de blanqueo como límite para la acción de las organizaciones criminales y finalmente, como delito con un ámbito de protección propio sin descartar que mediatamente se coadyuve a la protección de otros intereses. Ante este panorama es importante que en la finalidad de la investigación se construya adecuadamente este apartado porque de lo que concluyamos depende la argumentación de muchas soluciones, lo hemos visto respecto de los problemas de la primera parte de la investigación y lo veremos ahora en este capítulo y en el próximo.

A continuación, daremos inicio a la averiguación del concreto objeto jurídico de protección en el delito que nos encontramos estudiando, revisando primeramente las posturas que deslegitiman su tipificación.

3. TESIS SOBRE LA PROMOCIÓN Y NO CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE BLANQUEO

Antes de comenzar con el análisis del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales y las discusiones doctrinales que esta tarea ha implicado, es importante evidenciar que ciertos autores sostienen que no se

⁴⁹⁴ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 22.

encuentra justificada la tipificación del delito de blanqueo de capitales⁴⁹⁵ y al contrario de su sanción penal, los poderes públicos deberían promocionar e incitar las conductas de blanquear el dinero. Esta conclusión está enlazada al entendimiento del blanqueo de capitales como una incorporación al ámbito de la legalidad del dinero sustraído del control fiscal, porque se trata de dinero que debería estar gravado y generando ingresos al erario público. Es decir que se estimaba positivo desde el punto de vista jurídico económico que se blanquee dinero puesto que al introducirse los capitales en los mercados financieros van a ser susceptibles de controles estatales y en consecuencia sometidos a obligaciones impositivas, que en definitiva permitirían el incremento de los ingresos del Estado⁴⁹⁶. En este sentido, esta actividad no es susceptible de valoración negativa alguna y por lo tanto penalmente irrelevante⁴⁹⁷. No sólo esto, sino que además como se la considera una actividad inocua y apetecida debe ser promovida⁴⁹⁸. Para BAJO FERNÁNDEZ las actividades de blanqueo no deben ser obstaculizadas o impedidas, sino conducidas. Esto porque la misma no entraña una valoración negativa, a pesar de reconocer este autor que esta actividad tiene una enorme utilidad probatoria respecto de los delitos previos origen de los bienes ilícitos. El hecho de sacarlos a la luz podría considerarse como una especie de arrepentimiento⁴⁹⁹. SUÁREZ GONZÁLEZ entiende que no

⁴⁹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SEGGESE, S.: *Derecho Penal Económico...*, ob. cit., pág. 678, proponen que el Estado promueva las acciones de blanqueo de dinero porque se considera que éstas son benéficas. Esta idea o las posturas de los autores que a continuación se revisarán, no deben ser entendidas, al menos a mi juicio, en el sentido de que estos autores realizan una apología del delito de blanqueo de capitales, sino precisamente que es preferible a su persecución, el afloramiento de los capitales ilícitamente obtenidos, en el sentido de lograr que estos capitales o bienes que no están sujetos a obligaciones tributarias, afloren, salgan a la luz y así sean susceptibles de ser gravados.

⁴⁹⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», en *CPC*, núm. 58, 1996, pág. 142.

⁴⁹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en *Homenaje a JUAN DEL ROSAL, Política criminal y reforma penal*, edit. Edersa, Madrid, 1993, pág. 147.

⁴⁹⁸ COBO DEL ROSAL, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: *Blanqueo de Capitales...*, ob. cit., pág. 93-94, quienes no encuentran bien jurídico alguno en esta conducta y por eso afirman: "...nos negamos a admitir un delito que no tiene un concreto bien jurídico protegido".

⁴⁹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN, Universidad Autónoma de Madrid del 14 al 17 de octubre de 1992, publicado en el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 74.

sólo no existe valoración negativa alguna, sino que sobre esta actividad recae una valoración positiva, en la medida que, mediante el blanqueo de bienes, el dinero pasa a ser controlado y sujeto a las mismas obligaciones tributarias que pesan sobre los bienes de origen lícito⁵⁰⁰.

A este respecto cabe mencionar que en la década de los ochenta del siglo pasado el Ministerio de Hacienda ideó una fórmula para la captación del dinero ilegítimo, lo que se correspondía con un blanqueo colectivo de capitales. Se lo realizaba a través de la utilización del activo financiero denominado “*Pagarés del Tesoro*”, un instrumento financiero que tuvo una vida útil cercana a una década. Por esta vía se permitía y se facilitaba el lavado de dinero porque no se exigía a las entidades financieras comunicar quien era la persona -natural o jurídica- titular del mencionado instrumento financiero⁵⁰¹. En el siguiente apartado veremos otro ejemplo un poco más actual y que ha dado no pocas críticas y valoraciones. No realizaremos un estudio pormenorizado de la cuestión y sus críticas, sino que la finalidad está en mostrar que en determinados momentos la sociedad, por medio de sus representantes (no sabemos si esto es enteramente legítimo, pero por lo menos seriamente nadie lo ha puesto en duda) permite espacios de juridicidad a aquello que en el discurso normativo vigente y tradicional se considera prohibido. Cuestión que pone de relieve que la verdadera naturaleza de las normas es una cuestión discutible, porque no sabemos si se las debe entender desde el racionalismo superior (antes iusnaturalista ahora constitucional) o desde el imperativismo (voluntarismo positivista).

⁵⁰⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 142.

⁵⁰¹ BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en *Política criminal y blanqueo de capitales*, editores: BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., edit. Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 13.

3.1. ¿AMNISTÍA FISCAL Y DEL BLANQUEO DE CAPITALS? CONTROVERSIAS SOBRE EL REAL DECRETO-LEY 12/2012 DE 30 DE MARZO

Hoy la idea de un espacio de jurisdicción temporal de lo prohibido por la ley penal no parece tan descabellada y poco sugerente, al constatar que en España ha regido la regulación del *Real Decreto-ley 12/2012 de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público*⁵⁰². Este Real Decreto-ley según el cual, en la *Disposición adicional primera sobre la Declaración tributaria especial*, se permite dotar de licitud los bienes de origen delictivo (o por lo menos de origen dudoso) a través de una fórmula de la regularización fiscal que además supone y permite la impunidad de las conductas típicas del delito fiscal. Se puede leer en el número 1 “*que los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos, podrán presentar la declaración prevista en esta disposición con el objeto de regularizar su situación tributaria, siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición*”. Podemos comentar que la regularización tributaria a la que se refiere este número tiene como finalidad legitimar los bienes no incluidos en las declaraciones sobre impuestos del inmediato anterior ejercicio fiscal, porque al presentar la declaración de conformidad con el número 2, deberán *ingresar la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derechos el 10 por ciento*. En relación a la postura que plantea la atipicidad del blanqueo, lo importante es que el pago realizado *determinará la no exigibilidad de sanciones, intereses ni recargos*. Es decir que mediante esta norma se permitió: a) el establecimiento de un período transitorio de inmunidad o jurisdicción del lavado de activos y del delito fiscal; y, b) la configuración de una amnistía general. La norma tuvo vigencia desde su aprobación y de conformidad con lo establecido en el número 5, hasta el 30 de noviembre de

⁵⁰² Boletín Oficial del Estado, Número 78, del sábado 31 de marzo de 2012, Sección I, pág. 26874.

2012. Es importante expresar y aclarar que, en los supuestos de notificación, según lo determinado en el número 4, *por -parte de- la Administración tributaria -para- la iniciación de procedimientos de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias*, no se podrán ejercer los derechos que se consignan en esta norma.

En definitiva, nos encontramos ante una norma que preceptúa, por un lado, un período transitorio de juridicidad de dos tipos penales claramente diferenciados y particularmente lesivos para el Estado de derecho español y por otro, un procedimiento de amnistía en su modalidad generalizadora. Respecto de esta última cuestión debemos señalar que el derecho de gracia puede adoptar dos modalidades: el indulto y la amnistía. La Ley reguladora del ejercicio de la gracia de indulto fue publicada el 18 de junio de 1870 y su última modificación se realizó mediante la Ley 1/1988 de 14 de enero. En líneas generales el indulto exige: a) que el reo haya sido condenado por sentencia firme; y, b) que el Gobierno mediante Real Decreto resuelva la concesión o no del mismo, previos informes no vinculantes del tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal. El indulto puede ser particular o general: el particular se refiere a un reo concreto y el general abarca a una pluralidad de sujetos. Desde la entrada en vigor de la CE de 1978 sólo se admite el Indulto y en su modalidad particular. La amnistía desapareció del derecho español⁵⁰³. El art. 62 i) CE establece que corresponde al Rey “*ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley, que no podrá autorizar indultos generales*”, la doctrina ha interpretado correctamente que es la Ley la que no puede autorizar indultos generales y no

⁵⁰³ REQUEJO PAGÉS, J.: «Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español», en *Revista de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001, pág. 81-84. Para este autor, el artículo 62 i) de la Constitución utiliza el término gracia como expresión de un género en el que se incluyen varias especies. Una de ellas es el denominado indulto general, expresamente prohibido; las otras no son objeto de mención nominal alguna, si bien la circunstancia de que aquel precepto excluya una de las variantes sólo puede significar que admite, cuando menos, alguna otra especie y que a ella (o a ellas) se circunscriben los instrumentos de la clemencia en la Constitución. No es difícil concluir, en efecto, que la prohibición del indulto general supone, a contrario, la posibilidad del indulto particular o singular. Así, las dos modalidades del indulto serían sendas especies del género gracia. Cabe la duda, sin embargo, de si a ellas debe también sumarse la amnistía, pues es común, tanto en nuestro Derecho histórico como en el comparado, que la amnistía se cuente entre los instrumentos jurídicos del perdón.

el Rey, porque en ese supuesto el texto habría utilizado el pronombre quien⁵⁰⁴. Por esta razón algún autor⁵⁰⁵ ha sostenido en relación al Real Decreto Ley comentado que los evasores de impuestos y los blanqueadores de capitales quedarán exentos de pena si declaran ahora la renta anteriormente ocultada a la Hacienda Pública e ingresan no el 43% que les correspondería, sino sólo el 10% de dicha renta. Siempre que lo realicen en los plazos previstos para el efecto. La impunidad vinculada a la declaración a la que se refiere esta normativa no es extensible a todos los defraudadores, sino sólo a algunos de ellos, es decir aquellos que hayan presentado su declaración entre el 31 de marzo y el 30 de noviembre de 2012, teniendo que responder todos los restantes sujetos activos que adecúen su conducta conforme a los tipos penales que se intenta dejar impunes y que se encuentren temporalmente fuera de la normativa del Real Decreto Ley comentado, a saber los tipos penales de blanqueo de capitales y el delito fiscal.

En líneas generales podemos afirmar que para la doctrina la amnistía es inconstitucional. Aún en el supuesto no consentido de afirmarse su adecuación a la normativa constitucional, que no es el caso, la concreta exoneración de pena del Real Decreto Legislativo 12/2012 seguiría siendo inconstitucional, ya que aquélla constituye, no una amnistía particular, sino una general, en cuanto que olvida la comisión de un delito fiscal y de un delito de lavado de activos o blanqueo de capitales no respecto de un delincuente individual, sino respecto de una pluralidad de delincuentes, siempre que se cumpla con el requisito temporal de presentación de la declaración. En este sentido, si los indultos generales están prohibidos por la CE, qué decir de la amnistía general, una medida graciosamente privilegiada respecto de aquella. Desde esta interpretación, es innegable que tanto el defraudador como el blanqueador de capitales podrían ser castigados y sancionados jurídico-penalmente. Esto siempre y cuando el juez de la causa concreta, en ejercicio de las facultades que la propia normativa constitucional y legal le ofrece, decida

⁵⁰⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», en *InDret*, abril de 2008, pág. 4.

⁵⁰⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Regularización o amnistía fiscal?», en *Otras Voces*, Tribuna, Política, Económica, Diario El MUNDO, 18 de abril de 2012.

plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la aplicación de la exoneración penal alegando los excesos en los que la función legislativa ha recaído. Esto penderá de todas maneras de que el TC la admita, le dé trámite y conceda el recurso. Sin embargo, la amnistía fiscal fue un hecho que logró recaudar cerca de 1.200 millones de euros sobre una base de 40.000 millones⁵⁰⁶. Con lo que la crítica no sólo se extiende a los presupuestos sino también a sus resultados puesto que con la medida se esperaba recaudar 2.500 millones calculando sobre el 10% de los dineros sustraídos del control fiscal y el resultado fue del 3%. En definitiva, se trató de una medida injusta, inequitativa e ineficaz.

Por nuestra parte manifestamos que rechazamos de plano las posturas que plantean la no vulneración del orden económico mediante las conductas de blanqueo de capitales. Estas posturas hoy no tienen sustento político-criminal posible sino todo lo contrario, la juridificación actual de la sociedad ha respondido a las exigencias de un modelo político-económico en el que las reglas de la libertad política-económica de las que se derivan la libertad de empresa, la economía de mercado y la garantía de la incolumidad del tráfico, entre otras, garantizan que los sujetos económicos actúen con la conciencia cierta de que todos los demás están obligados a respetar esas reglas que ellos cumplen, de este modo se protege de manera negativa el respeto a la norma económica. Sin olvidarnos que el orden socioeconómico requiere que los beneficios macroeconómicos -que se reflejan en la observación de las diferentes fluctuaciones de las variables microeconómicas- reciban una orientación de justicia social⁵⁰⁷. Lo que significa que la economía no es sólo crecimiento económico en función de una mayor producción, sino que la mayor producción debe realizarse en el marco de lo jurídicamente correcto, de las actividades lícitas generadoras de riqueza lícita y no en actividades delictivas. Finalmente, no podemos perder de vista que estas posturas no reflejan que en su discurso y estructura dejan de lado, sin observar y sin analizar muchos

⁵⁰⁶ BOLAÑOS, A.: «Hacienda recauda 1.200 millones gracias a la amnistía fiscal, la mitad del objetivo», en *El País*, 3 de diciembre de 2012; en el mismo sentido, NAVAS, J.: «La amnistía afloró 40.000 millones, pero Hacienda recaudó sólo el 3%», en *El Mundo*, 23 de enero de 2013.

⁵⁰⁷ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 25.

aspectos de la realidad referente al blanqueo de capitales y sus repercusiones (negativas) en la vida política, social y económica de un Estado. Son posturas miopes. Por lo demás, afirmamos que en España la doctrina mayoritaria (con razón) afirma la necesidad político criminal de tipificar el delito de blanqueo de capitales⁵⁰⁸.

4. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Para la determinación del bien jurídico de un tipo penal es necesario averiguar cuál es su naturaleza. Para cumplir con esta tarea utilizaremos la clasificación de bienes jurídicos esbozada en la primera parte de esta investigación: a) bienes jurídicos de naturaleza individual, por ejemplo: aquellos que protegen el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el patrimonio, la integridad sexual, etc.; y, b) bienes jurídicos de naturaleza colectiva, supraindividuales o sociales, por ejemplo: aquellos que protegen la circulación, la salud pública, el orden socio económico, la naturaleza, etc.⁵⁰⁹ Los bienes jurídicos colectivos poseen una caracterización en relación con las atribuciones que poseen. Estas atribuciones se refieren a la titularidad del bien jurídico, los intereses que protegen, los sujetos pasivos y la acción ofensiva. Para reconocer si nos encontramos ante la protección penal de un bien jurídico colectivo se deberá encontrar cada uno de estos caracteres y explicarlos⁵¹⁰. La cuestión será ubicar en la sistemática del CP y en la de la CE cuál es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo y determinar a qué clase de bien jurídico nos estamos refiriendo.

En relación a las conclusiones alcanzadas en el Capítulo III, la única restricción previamente dada al legislador (como sujeto legitimado para la creación normativa y la fiscalización de los actos públicos) la encontramos en los principios y límites establecidos en la norma constitucional: la libertad

⁵⁰⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Estudio comparativo...», *ob. cit.*, pág. 197.

⁵⁰⁹ TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, edit. Ariel, Barcelona, 1985, pág. 11.

⁵¹⁰ SANTANA VEGA, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, edit. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 97.

constitucionalizada. Esto tiene especial relevancia respecto de las acciones que se lleven a cabo al momento de crear un tipo penal. Si el concepto de bien jurídico vinculante en el sentido político criminal sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Constitución, lo que haremos a continuación será ubicar sistemáticamente el bien jurídico protegido por este tipo penal dentro de la CE. Realizaremos una primera aproximación partiendo de su ubicación sistemática en el CP. En primer término, la ubicación de un ilícito dentro del CP expresa la voluntad del legislador de considerar este tipo de conductas como especialmente relevantes para la ley penal. En segundo término, cuando los tipos penales son de carácter económico y se ubican en el sitio correcto, se fortalece la configuración de una moderna PG que incluya también las particularidades del Derecho penal económico⁵¹¹.

El delito de blanqueo de capitales se ubicaba en la anterior codificación a partir de la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo, en forma desestructurada y sistemáticamente dentro de capítulos diversos, lo que originaba dificultades al momento de levantar una lógica interpretativa. Lo encontrábamos en el art. 546 bis f) en el *Capítulo VII, Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación* y por otra parte en el art. 344 bis h) en el *Capítulo II, De los delitos de riesgo en general, sección segunda en los Delitos contra la salud pública y el medio ambiente*.⁵¹² Lo cierto es que su técnica y ubicación dentro del texto punitivo no dejaba de suscitar críticas⁵¹³. Inicialmente apareció tipificado como una modalidad de receptación y en función de las teorías que explican cuál es el bien jurídico del art. 298 CP, se sostuvo que el bien jurídico protegido era de orden patrimonial o que se encontraba identificado con el bien jurídico protegido por el delito previo o de referencia y en este sentido, cabía la afirmación de que el bien jurídico protegido era la salud pública⁵¹⁴. La doctrina y la práctica jurisprudencial pusieron de manifiesto la incapacidad de los tipos penales tradicionales para encajar los comportamientos punibles del actual art.

⁵¹¹ TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho Penal Económico*, edit. PPU, Barcelona, 1993, pág. 234.

⁵¹² GÓMEZ INIESTA, D.: *El Delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 30.

⁵¹³ GÓMEZ PAVÓN, P.: «El bien jurídico...», *ob. cit.*, pág. 210.

⁵¹⁴ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 32-34.

301 CP. Porque la concepción tradicional del delito de receptación y la de los delitos contra el tráfico de drogas son insuficientes a la hora de dar una respuesta objetiva a la problemática del delito de blanqueo de capitales (especialmente respecto de la modalidad dolosa). La razón que justifica este argumento está en la estructura de tipo empresarial y división ordenada del trabajo con la que operan estas organizaciones criminales y, las mejores estrategias organizativas que incluyen contratación de personas altamente cualificadas que hacen difícil la respuesta tradicional. Esto sin contar que dadas las ingentes cantidades de dinero ilícito en su poder logran corromper todo tipo de estructuras de seguridad organizadas para repeler su acción. El poderío económico de las organizaciones criminales hace posible corromper las instituciones más sólidas del Estado logrando evadir con facilidad la persecución penal⁵¹⁵.

La relevancia de las conductas del delito de blanqueo de capitales -por el contexto en el que se desarrollan- se observan especialmente en los efectos negativos y los ataques que producen sobre el normal funcionamiento del sistema financiero y bancario, en el mercado bursátil, en la libre competencia, en las transferencias comerciales, en el control de cambios, en la libre circulación de capitales, en las recaudaciones fiscales y en general en el orden económico no sólo de un país, sino además de una comunidad internacional como la Unión Europea⁵¹⁶. La globalización como sistema en el que se desarrollan las actividades y relaciones económicas y sociales de los integrantes de una sociedad, ha traído consigo aparejada la realidad de ataques ya no en términos individuales solamente, sino que además se verifica el ataque y la destrucción de intereses colectivos⁵¹⁷. Esto especialmente mediante la

⁵¹⁵ MUÑOZ CONDE, F., AUNION ACOSTA, B.: «Drogas y Derecho Penal», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 5, 1991, pág.152.

⁵¹⁶ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 30.

⁵¹⁷ TIEDEMANN, K.: *El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal económico y de delito económico*, en CPC, núm. 28, Barcelona, 1986, pág. 65-74; STIGLITZ, J.: *El malestar en la globalización*, edit. Taurus, Bogotá, 2002, pág. 29-52. Este autor, ganador del premio Nobel en Economía, sostiene que la globalización en sí misma no es ni buena ni mala, eso dependerá de quién la dirija y la controle: la globalización puede provocar graves daños o traer grandes beneficios. Pero, ¿qué es la globalización? *Consiste, básicamente, en la integración más estrecha de los países y pueblos del mundo, provocada por la reducción de los costos del transporte y la comunicación, y el*

acción de las personas físicas y/o jurídicas (principalmente en el ámbito del blanqueo de capitales por imprudencia grave) vinculadas al ámbito societario, y de las organizaciones criminales que en gran medida actúan bajo la tapadera de las sociedades mercantiles.

Es de especial interés el hecho de que en Italia en el año de 1993 la *Comisión Parlamentaria Antimafia* aprobó un documento que contenía las indicaciones para lograr plasmar en la realidad (por lo menos a nivel jurídico) una economía libre del crimen. En este documento se concluye que el crimen organizado limita seriamente las funciones económicas de inversión, de trabajo y de consumo, lo que permite observar que el blanqueo ocasiona alteraciones en los mercados de bienes y servicios, financiero y de trabajo, y que además repercutía en la producción nacional y en el nivel de ingresos impidiendo el adecuado control gubernamental sobre el bienestar y desarrollo socio económico.⁵¹⁸ El blanqueo de capitales vendría a constituir el medio del que se sirve el crimen organizado para aprovechar las ventajas económicas que genera el delito. Es un comportamiento que incide sobre el orden socioeconómico, “*una epidemia mortal y altamente contagiosa*”⁵¹⁹. De esta manera entendemos por qué el legislador español ha colocado sistemáticamente este delito dentro del *Título XIII del Código Penal, Delitos contra el Patrimonio y contra el orden Socioeconómico*. El precedente inmediato de este tipo penal lo encontramos en el artículo 309 del Proyecto de Código Penal de 1992, en cuyo Preámbulo se afirmaba que este delito es uno de los que genuinamente agrede al orden socio-económico⁵²⁰. Porque detrás de la creación de este tipo penal subyace la realidad de que las organizaciones criminales se sirven de la estructura financiera, bancaria y comercial para operar y normalizar los beneficios

desmantelamiento de barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, tecnología, conocimientos -en menor grado-, y personas a través de las fronteras. El proceso de globalización fue impulsado por corporaciones internacionales, principalmente, en la esfera económica, por tres de ellas: el FMI, la OMC y el BM. (Las negrillas se utilizan para resaltar la idea).

⁵¹⁸ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 237.

⁵¹⁹ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 238.

⁵²⁰ BLANCO CORDERO, I.: *El Delito de...*, ob. cit., pág. 170-171.

económicos obtenidos a través de la comisión de delitos, especialmente a través del tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas⁵²¹.

Con la codificación de 1995 se logra un tratamiento más adecuado y unitario de estas conductas. La regulación de estos comportamientos se encuentra por el momento dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Surgen con esta codificación dos características nuevas para las conductas de blanqueo de capitales: a) es un delito que está constituido como una figura delictiva independiente del delito de encubrimiento y; b) es una conducta típica que no se vincula exclusivamente ni al delito de narcotráfico ni con el delito de terrorismo, conductas típicas que motivaron su creación, ni con los delitos graves a los que hacía referencia su anterior tipificación, sino con toda clase de delitos⁵²², exceptuando los referidos al ámbito de aplicación del delito de receptación (revisar el Capítulo V). En relación con esta nueva configuración la discusión sobre el bien jurídico protegido estriba ahora en decidir si se trata de un delito contra el patrimonio o contra la salud pública o contra la Administración de Justicia o contra el orden socio-económico -en un sentido no sólo meramente patrimonial- o en una combinación de aquellos. Sin embargo, hay autores que niegan que haya necesidad de protección que justifique la presencia de este delito en el catálogo de disposiciones penales, puesto que consideran que no existe razón para castigar una acción que simplemente mantiene la lesión al bien jurídico del delito previo, pero sin agravarla⁵²³ o porque defienden que una simple modificación de los delitos de receptación y encubrimiento hubiera bastado para satisfacer las mismas necesidades de protección que cumple hoy el tipo penal de blanqueo de capitales⁵²⁴. Indiferentemente, el CP español regula el delito de blanqueo de capitales en el artículo 301 ubicado sistemáticamente en

⁵²¹ GÓMEZ INIESTA, D.: *El Delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 29.

⁵²² BAJO FERNÁNDEZ M.: «El desatinado delito de...», *ob. cit.*, pág. 11.

⁵²³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 77.

⁵²⁴ RUÍZ VADILLO, E.: «El blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 108. Esta posición es interesante, porque corrobora la misma naturaleza que comparten los delitos de blanqueo de capitales y de receptación, el problema es que a *contrario sensu*, el punto de partida no es el delito de receptación sino el delito de blanqueo de capitales.

el *Capítulo XIV, De la receptación y el blanqueo de capitales*⁵²⁵, *Título XIII, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*.

En la determinación del bien jurídico que protege este tipo penal existen dos formas de abordarlo a las cuales trataremos de aproximarnos a fin de esclarecer el tema. La primera compuesta de dos posturas muy diferenciadas, las ideas que rigen una y otra postura se encuentran identificadas en torno al enlace o no con el delito previo y podemos sistematizarlas del siguiente modo: a) el delito de blanqueo de capitales mantiene la lesión causada por el delito previo (teoría del mantenimiento); y, b) el delito de blanqueo de capitales lesiona un bien jurídico diferente del delito anterior⁵²⁶. Estas dos formas de explicar el problema de la determinación del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales se podrían agrupar en torno a la postura del delito de blanqueo de capitales como un delito uniofensivo. A lo largo de este apartado trataremos de abordar y exponer de una manera aproximativa las posiciones doctrinales que tienen en común defender que el bien jurídico que justifica la intervención del Derecho penal para incriminar las conductas de blanqueo de dinero es único y no múltiple. Esto aún a pesar de que se acepte que eventual o incidentalmente el delito de blanqueo de capitales pueda poner en peligro o lesionar otros intereses y objetos de protección que merezcan a su vez la tutela del Derecho penal. Este criterio puede ser colocado frente a la postura del delito de blanqueo de capitales como un delito pluriofensivo. En esta parte de la investigación intentaremos abordar y exponer de una manera aproximativa las posiciones doctrinales que sostienen que ante la inexistencia de un único bien jurídico como objeto de protección en las conductas del tipo penal de blanqueo de capitales, se plantean diversas combinaciones de bienes jurídicos protegidos⁵²⁷ lesionados o situados en peligro, identificables al resultado como consecuencia de la puesta en escena de las conductas de blanqueo y por lo tanto

⁵²⁵ Rúbrica del Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II redactada por el apartado septuagésimo séptimo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, B.O.E. de 23 junio en vigencia a partir del 23 diciembre de 2010. Antes el epígrafe decía *de la receptación y conductas afines*.

⁵²⁶ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 239.

⁵²⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, *ob. cit.*, pág. 78-94.

reconocibles como objetos jurídicos de protección en el tipo penal que nos ocupa.

5. EL DELITO DE BLANQUEO COMO UN DELITO UNIOFENSIVO

Las posiciones doctrinales que a continuación se expondrán tienen como factor común el de explicar el bien jurídico protegido en el delito que se analiza como único y no múltiple. Es decir, como uno que excluye la cualidad de equivalencia en el nivel de protección con otros intereses o bienes jurídicos, cuya relevancia implica su defensa y favor por parte del Derecho penal. Si bien no se niega que existan otros bienes u otros intereses afectados por esta conducta delictiva lo cierto es que según estas posturas el bien jurídico que se protege es uno sólo. Esta afirmación se entiende ya sea en la identificación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales con el bien jurídico protegido por el delito previo, o ya sea que se trate de un bien jurídico diferente y propio de esta conducta que difiere materialmente del bien jurídico protegido en el delito anterior. Empezaremos la exposición por la explicación de la teoría del mantenimiento. Entender aquella, pero sobre todo justificar sus críticas y las razones de su inviabilidad dogmática, es de trascendental importancia en la medida que aquella todavía sirve de sustento para explicar el delito de receptación, y de este modo condiciona la interpretación de un tipo penal que en su estructura en nada difiere del delito de blanqueo de capitales. El abandono de la teoría del mantenimiento es fundamental para lograr un entendimiento moderno del delito de receptación como delito de blanqueo de bienes (efectos) con un ámbito de aplicación diferenciado respecto del delito de blanqueo de capitales a pesar de constituir una misma prohibición encaminada a proteger un mismo objeto jurídico.

5.1. POSTURA DEL MANTENIMIENTO

Esta postura implica que la conducta típica en el delito de blanqueo de capitales (y/o receptación) mantiene o incrementa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado en el delito primigenio o precedente, delito a través del cual se explica la procedencia u origen de los bienes (efectos). Esta idea surge al enlazar y asimilar el criterio o forma de interpretación que se utiliza en la doctrina tradicional para ubicar cuál es el bien jurídico protegido en el delito de receptación⁵²⁸. Esta tesis es actualmente poco sostenible, tanto en el delito de receptación como en el delito de blanqueo de capitales, si observamos de qué delitos pueden proceder los bienes que son el objeto material de la conducta descrita en el art. 301 CP. Por ejemplo, en el caso de la salud pública como bien protegido en el tráfico de drogas, nadie duda que efectivamente el comercio ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas constituya un acto que pone en peligro la salud pública. Pero afirmar bajo el sostén de la teoría del mantenimiento que éste bien jurídico denominado salud pública sea el mismo que trata de proteger el delito de blanqueo de capitales no se corresponde con la realidad. En las líneas posteriores demostraremos esta afirmación.

Es importante señalar y clarificar que el blanqueo de capitales constituye por sí mismo un verdadero factor criminógeno que alienta el tráfico de drogas y todas las ilícitas actividades que se despliegan alrededor de aquél (lo mismo habría que predicar respecto del delito de receptación). Esto permite explicar el porqué de la acción represiva -y exagerada- en muchos casos de las

⁵²⁸ Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, ob. cit., PE, pág. 549-550. Tanto el delito de receptación como el de blanqueo de capitales tienen un origen común, sin embargo, hoy cada uno de ellos tienen un ámbito de aplicación diferente por lo que deberán estudiarse separadamente. Su coetaneidad ha hecho que la interpretación de uno y otro se vean entrelazadas al punto de no lograrse su separación, y puesto que la receptación implica el favorecimiento al autor de cualquier delito socioeconómico, ayudándole a que este se beneficie de los efectos del delito en el cual ha intervenido, este beneficio no está motivado en una conducta de tipo altruista o de buen samaritano, sino que implica el beneficio a su vez por parte del receptor de los mismos, puesto que el precio de adquisición por parte del receptor siempre es inferior al precio de mercado o de adquisición de los bienes objeto de este ilícito tráfico, lo importante frente al tema que nos ocupa es observar que la receptación continúa siendo un delito de referencia e incluso su penalidad dependerá de la penalidad establecida para el delito del cual proceden.

agencias de criminalización secundaria⁵²⁹, que funcionalmente están llamadas a luchar en su contra. Hay que ser críticos con el solapamiento de los principios y garantías constitucionales que implica en muchos casos la acción de estas agencias de criminalización. Con esta advertencia, expresamos que no tiene otro remedio el Estado que activar el sistema punitivo para cercar el paso del narcotráfico a través de las limitaciones penales al blanqueo de capitales. Este criterio que, siendo plenamente razonable y lógicamente veraz, no constituye argumento que permita justificar el criterio de identificar el resultado en el delito de blanqueo de capitales con el ataque, agresión y ofensa a la salud pública como bien jurídico protegido por el delito previo. No se puede confundir el bien jurídico protegido con la finalidad objetiva de la ley. Esa finalidad puede ser el objeto de protección mediato del tipo penal, pero sólo el inmediato servirá como elemento típico⁵³⁰.

La redacción del art. 301.1 CP permite vincular el blanqueo a los capitales cuyo origen es la más diversa pluralidad de ofensas sociales penalmente relevantes, a tipos penales protectores de los más diversos bienes jurídicos. Desde el aborto, la agresión sexual, el tráfico ilícito de drogas, la prevaricación, la revelación de secretos de estado, etc. Delitos que en su conjunto no son clasificables en torno a una naturaleza propiamente económica⁵³¹. Luego de la reforma legislativa que ha repercutido sobre el tipo

⁵²⁹ ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 7. Este autor manifiesta que la *criminalización primaria* es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas (la ejercen agencias políticas: parlamentos y ejecutivos). Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático (que implica lo que deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria: policías, jueces, agentes penitenciarios), pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan, mientras que la criminalización primaria (hacer leyes penales) es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos, la *criminalización secundaria* es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción, se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria.

⁵³⁰ GÓMEZ PAVÓN, P.: «El bien jurídico...», ob. cit., pág. 211.

⁵³¹ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 245.

penal en cuestión, tampoco podemos enlazar los criterios de clasificación en cuanto a la gravedad de los delitos o a la clase de pena con el que se sancionan. La teoría del mantenimiento no tiene sustento jurídico posible. Por ejemplo, en un asesinato en el que concurriera la agravante del artículo 139.2 CP «*Precio, recompensa o promesa*», sería difícil justificar que el blanqueo de ese dinero obtenido como consecuencia de adecuar la conducta al tipo penal que prohíbe el asesinato, sigue lesionando el derecho a la vida humana independiente. Debemos expresar siendo lacónicos que este criterio no tiene hoy en día el menor sentido jurídico⁵³².

Podría señalarse que en la receptación debe mantenerse la teoría del mantenimiento porque la imposición de la pena está en función de la punibilidad del delito previo, sin embargo, para nosotros esta interpretación posible, encubre la verdadera naturaleza que la receptación tiene hoy en día. Además, es una argumentación construida para sostener la teoría del mantenimiento y no para explicar el tipo penal. En el ámbito del delito de receptación aunque la doctrina mayoritaria sostenga⁵³³ que el hecho de que las reglas que se imponen en el núm. 3 del art. 298 CP para la regulación de la pena tengan relación con el delito precedente o que los límites que ahí se estipulan tienen como fundamento la pena del delito encubierto o previo, este criterio para nosotros más bien corrobora no sólo la justificación de la existencia tanto del delito de blanqueo de capitales como del delito de receptación, sino que además le otorga un criterio de racionalidad al sistema punitivo que prohíbe el blanqueo de bienes (efectos). Este sistema punitivo en base a una misma prohibición con diferentes ámbitos de aplicación protegería el mismo interés. La prohibición tendría dos niveles de protección: a) un delito de blanqueo de bienes (efectos) doloso comúnmente denominado receptación con una pena menor que oscila entre seis meses y tres años limitada en función del delito precedente; y, b) un delito de blanqueo de capitales doloso cuya pena

⁵³² COBO DEL ROSAL, M., ZABALA LÓPEZ, C.: *Blanqueo de Capitales... ob. cit.*, pág. 92.

⁵³³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, décimo sexta ed., *ob. cit.*, pág. 533-534, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo...», *ob. cit.*, pág. 558; VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 625; GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *ob. cit.*, pág. 619.

oscila entre seis meses y seis años cuya pena no se encuentra limitada por el delito previo. De la diferenciación del ámbito de aplicación se deriva la punibilidad diferenciada. La punibilidad diferenciada, limitada a los delitos previos en el caso del art. 298 CP, está justificada porque el ámbito de aplicación de la receptación está referido a delitos patrimoniales que en general son menos gravosos que aquellos de los que surgen los bienes en el delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP: narcotráfico, terrorismo, trata de mujeres, malversación, cohecho, etc. Esta es una interpretación que coincide con las razones político criminales (tradicionales y modernas) de ambos tipos penales.

El error de los que sostienen la teoría del mantenimiento lo encontramos en las siguientes fundamentaciones: a) elevar a rango de bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales (y receptación) el factor criminógeno de estas conductas, por ser un eficiente estimulador de la comisión de nuevos ilícitos; y, b) el enlazar la puesta en peligro de los bienes protegidos por esos ilícitos como objeto jurídico de protección en el delito de blanqueo de capitales (y receptación). Descartamos de plano una configuración que identifique el resultado de esta conducta típica con la lesión del bien jurídico previamente lesionado. En el primer caso nos encontramos frente a la protección de la finalidad objetiva de la ley la *ratio legis*, que no siempre suele corresponderse con el objeto jurídico de protección del tipo penal. En el segundo caso nos encontramos cerca de los supuestos de favorecimiento, porque se intentaría dificultar el aprovechamiento por parte de los autores de dichos delitos⁵³⁴. Su sustento es la teoría del aprovechamiento, porque se agota el delito y los culpables consiguen la finalidad: el capital, los bienes y efectos producto del delito previo.

Este criterio como se ha expuesto se encuentra ligado a la interpretación tradicional que se realiza del delito de receptación. Las líneas que dirigen o han intentado dirigir la interpretación del tipo penal referido, han sido calcadas y utilizadas para interpretar el delito de blanqueo de capitales. Aun cuando se identifique al delito de receptación como un delito contra el

⁵³⁴ GÓMEZ PAVÓN, P.: «El bien jurídico...», *ob. cit.*, pág. 211.

patrimonio, existen algunos autores que intentan enlazarlo al fin de protección de la norma aludiendo a funciones político criminales, en las que junto a la lesión patrimonial como desvalor del resultado de este delito se observa la peligrosidad que encierra la conducta del receptor como promotor de la misma, lo que hace posible fundamentar una peligrosidad abstracta presente en la conducta del receptor⁵³⁵. Esto como se ha visto no es admisible y se verá con más claridad al ubicar el concreto bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales.

5.2. POSTURA DEL BIEN JURÍDICO DIFERENTE

La falta de correlación entre objeto jurídico de protección en el delito de blanqueo de capitales (y recepción) y el objeto jurídico de protección en el delito previo del que han de proceder los bienes, nos obliga a plantear la búsqueda de la existencia de un objeto jurídico de protección propio y particular en el delito que nos ocupa⁵³⁶. Hemos concretado que una de las funciones que tiene el concepto jurídico penal de bien jurídico es la de servir de elemento sistematizador en la tarea legislativa de codificación. Por tanto, será imprescindible intentar observar si la ubicación sistemática dentro del CP nos arroja algún elemento de interpretación que nos sirva al momento de tratar de identificar el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales.

Observamos primeramente que en la sistemática del CP el art. 301 ha sido ubicado entre los delitos contra el orden socioeconómico. Dejando de lado la discusión doctrinal que se sigue sobre qué son delitos patrimoniales y qué son delitos contra el orden socioeconómico, cuáles son sus características y si es posible o no una diferenciación porque ello implicaría una extensión que no es la adecuada para la finalidad de esta investigación, afirmamos que la diferenciación entre una y otra categoría de delitos⁵³⁷ estriba esencialmente en

⁵³⁵ MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, ob. cit., pág. 28-30.

⁵³⁶ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 246.

⁵³⁷ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 250.

el aspecto de protección que mayormente predomine, ya sea intereses particulares, personales o individuales para el caso de los delitos patrimoniales o intereses colectivos para los supuestos en los que identifiquemos a los delitos socioeconómicos. Por tanto, y en relación con lo previamente expuesto, afirmamos que el delito de blanqueo de capitales (y el delito de receptación) es un delito que de manera muy particular tiene el carácter de agresión contra el orden socioeconómico ⁵³⁸. Las conductas tipificadas en él, de manera preponderante atacan los intereses colectivos por encima de los intereses individuales. Esta explicación de la ubicación sistemática del delito de blanqueo de capitales dentro del CP 1995 se corresponde con lo establecido en la normativa internacional sobre la prevención, tratamiento y control de las repercusiones de las conductas de blanqueo sobre la economía nacional e internacional. La normativa internacional constituye el origen y la génesis disciplinar de los tipos de blanqueo. Intentaremos aproximarnos al objeto inmediato de protección de este tipo penal. Empezaremos la exposición por la averiguación de si el orden socioeconómico es el bien jurídico que protege el delito en cuestión.

5.2.1. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Si el orden socioeconómico es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales necesitamos entender qué es el orden socioeconómico. Debemos referirnos en primer lugar a la definición jurídica y dogmática de los delitos económicos, la misma que lo concreta como un derecho que protege bienes jurídicos supraindividuales ⁵³⁹. A su vez tiene dos formas de ser observado y estudiado: a) como regulación jurídica supraestatal; y, b) como

⁵³⁸ En contra, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», en *InDret*, 2/2009, pág. 50 y ss. Quien está pensando tan sólo en la comisión dolosa de este delito por parte de las organizaciones criminales, al sostener que el delito de blanqueo de capitales es un instrumento de lucha contra la delincuencia organizada por cuanto pretende estrangular económicamente a las organizaciones criminales.

⁵³⁹ TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho Penal Económico*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 58.

regulación jurídica de las funciones de la economía: consumo, producción, inversión y trabajo. En el sentido y fines de la exposición, lo importante es subsumir estos criterios bajo el tamiz constitucional⁵⁴⁰. Si la Constitución establece y protege una economía de mercado fundamentada ésta en el derecho a la libertad de empresa y la libre competencia, los poderes públicos deberán garantizar que efectivamente se cumpla con ese mandato constitucional consignado en el artículo 38 de la Carta Fundamental⁵⁴¹. El orden económico vendría a constituir la intervención planificadora y directora de las pautas económicas que establecen los poderes estatales. El Estado es el ente en abstracto que, a través de los diferentes órganos de la Administración en concreto, deberá materializar la planificación y dirección que hagan posible una economía de mercado constitucionalmente protegida:

El art. 38 CE establece que:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

A este respecto es ejemplar comentar el criterio que sostiene que ya en la primigenia forma de este tipo delictivo se observaba y se demostraba que el carácter de intolerable del blanqueo de capitales surgía por las graves alteraciones que producía en el sistema económico y en el mercado financiero. Esta observación hizo posible proponer su inclusión entre la categoría de delitos que atentan contra el orden socioeconómico y su necesaria evolución hasta los criterios de política criminal que hoy han consignado al delito de blanqueo de capitales en el art. 301 CP⁵⁴². Sin embargo, es acostumbrado

⁵⁴⁰ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 251.

⁵⁴¹ Constitución Española, Boletín Oficial del Estado del 29 de diciembre de 1978, Núm. 311.1.

⁵⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «El Blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La receptación de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, CDJ, dir. MARTÍNEZ ARRIETA A., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 609. Nosotros señalaremos que, siendo cierto, no excluye las falencias e imprecisiones en la estructuración y redacción del tipo penal en cuestión,

respecto del objeto de protección del tipo penal de blanqueo de capitales entender que no es posible considerar que el orden socioeconómico se constituya en el objeto amparado por este tipo penal, porque esta expresión carece de la concreción requerida. En este punto surge la dificultad de querer subsumir o identificar el orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el delito analizado. Aunque hemos tratado de acercarnos a este concepto, no podemos afirmar que su lesión se identifique con el resultado en la conducta prohibida respecto del delito de blanqueo de capitales. Esto se debe a que nos enfrentamos aún a un concepto vago, impreciso y lejano. Lo que queremos afirmar o lo que se asegura no es que esté vacía de contenido esta expresión, sino que precisamente esta llenura, profusión, abundancia y multiplicidad de conceptos que componen al orden socioeconómico es lo que lo hace difuso⁵⁴³. Es preciso acercarnos un poco más a los bienes jurídicos que lo forman para observar si alguno de estos, efectivamente constituyen el objeto de protección inmediato del tipo en cuestión, para lo cual desarrollaremos brevemente su estructura.

5.2.2. REPERCUSIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS EN LA ECONOMÍA: LIBRE COMPETENCIA, COMPETENCIA LEAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

Para las posturas que se colocan en este ámbito, el delito de blanqueo de capitales es ante todo una actividad económica que constituye un fenómeno social y cultural que se desarrolla en el marco de la sociedad de riesgo cuyo proyecto normativo es la seguridad⁵⁴⁴. Este fenómeno tiene una repercusión a

y que por no ser la finalidad y objeto de la investigación no podremos detenernos a reparar en ellas.

⁵⁴³ SANTANA VEGA, D.: *La protección penal de los bienes...*, ob. cit., pág. 96. Esta autora en efecto sostiene que como denominaciones más frecuentes de bienes jurídicos colectivos encontramos: difusos, difundidos, colectivos, supraindividuales, universales, intereses generales, de nueva generación, etc. Y que este dato es fiel reflejo de la confusión y de los resultados provisionales siempre alcanzados en este tipo de investigación.

⁵⁴⁴ BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, edit. Paidós, Barcelona, 2006, pág. 69. Este autor lo expresa del siguiente modo: comienza a cambiar la cualidad de la comunidad. Dicho esquemáticamente, en estos dos tipos de sociedades modernas se abren paso sistemas axiológicos completamente distintos. Las sociedades de clases quedan referidas en su dinámica de desarrollo al ideal de la igualdad [...] no sucede lo mismo con la sociedad del riesgo. Su

escala global, puesto que la ingente cantidad de dinero proveniente de unos determinados delitos ocasiona en el espectro de la economía la imposibilidad de la previsión y la planificación -esto a nivel macroeconómico-; luego si la intervención se realiza a través de empresas -a nivel microeconómico- que cotizan o no en el mercado de valores, se produce un ambiente de desconfianza para ese particular mercado financiero. Situación que implica mayores costes por la desconfianza extendida al sistema financiero en general y de manera particular a determinadas entidades bancarias que son utilizadas para la realización de las conductas de blanqueo en la finalidad de blanquear los capitales obtenidos de forma contraria a derecho.

Para estas posturas, el vínculo entre organización criminal y empresa no es un fenómeno reciente. La relación entre empresa (sea esta criminal o no) y delito es una conexión que puede manifestarse a través de las siguientes maneras o procesos: a) en el momento de la constitución o adquisición de la empresa; b) en la actividad de dirección y administración de la misma por parte de la organización (sea esta criminal o no); c) en la forma de llevar a cabo la actividad empresarial en su conjunto; y, d) en la forma y fuentes de financiación de la estructura societaria, a través de capitales que ya han sido previamente blanqueados, etc. En este sentido la empresa tendría una finalidad identificable con su real interés social⁵⁴⁵, a saber: blanquear capitales procedentes de otras

contraproyecto normativo, que está en su base y la estimula, es la seguridad. En lugar del sistema axiológico de la sociedad desigual aparece, pues, el sistema axiológico de la sociedad insegura.

⁵⁴⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Creación de Valor, Interés Social y Responsabilidad Social Corporativa», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, t. II, coords. RODRÍGUEZ ARTIGAS y otros, edit. Aranzadi, 2006, pág. 859-864. Quien señala que el *interés social* apunta siempre a un problema de asignación de recursos, en dónde lo importante es establecer un criterio que determine cómo debe administrarse el patrimonio de la sociedad y los resultados generados con su actividad, si se orienta el interés social en una u otra dirección por lógica sabremos que como beneficiarios de esos elementos patrimoniales tendremos a unos u otros sujetos.

El problema fundamental surge porque el legislador no dice cuál es el interés social, entonces la práctica empresarial demuestra que corresponderá a los administradores tomar la decisión de aplicar el patrimonio social en la forma que crean más ajustada al interés social, criterio este no sólo orientador, sino evaluador de una diligente y leal administración, a los accionistas les compete revisar y aprobar el criterio de los gestores, favorecer unos intereses, implica siempre postergar otros.

Para los accionistas, cualquier aplicación de resultados que beneficie a sujetos ajenos al capital supone una merma de su renta, actual o futura, de estas consideraciones surge el criterio que determina que la continuidad y la prosperidad de la empresa depende de la satisfacción de los

actividades delictivas, interés social que es completamente antijurídico, aunque sí plenamente económico⁵⁴⁶. Ante este panorama no es difícil afirmar que el blanqueo de dinero se encuentra directamente interrelacionado con la criminalidad organizada⁵⁴⁷. Algunos afirman incluso que el blanqueo de dinero constituye la razón y el sentido de este tipo de delincuencia y, por tanto, es el centro neurálgico de la criminalidad organizada⁵⁴⁸. La fuente del crecimiento y progresión en el tiempo de la curva de criminalidad organizada se explica a través del crecimiento del mercado de productos ilegales a nivel local y a nivel internacional, que se ha producido de forma paralela al progresivamente acelerado desarrollo de la economía internacional. Afirmamos que existe una relación directamente proporcional entre el crecimiento del tráfico de mercancías ilegales y el crecimiento del blanqueo de capitales. España por ser punto geográfico de ingreso a Europa y punto geográfico de salida hacia América se constituye en un paso obligado para el transporte de ciertas mercancías ilegales. Esto añadido a la realidad de ser una potencia turística mundial que permite disfrazar por este motivo el ingreso de todo tipo de mercancías, lo que convierte a este país en el lugar apropiado para el tráfico ilícito de drogas, ejemplo de mercancía cuyo comercio es ilegal⁵⁴⁹.

Pero qué es la criminalidad organizada. Esta es una cuestión de difícil respuesta puesto que no existe unanimidad. Sin embargo, nos arriesgamos a afirmar que la criminalidad organizada es la criminalidad de varios miembros de la sociedad que se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial. La criminalidad organizada industrial es aquella que produce réditos

clientes y proveedores, de los accionistas y acreedores y de cualquier otro grupo de interés vinculado con la sociedad, sin embargo es importante dejar de manifiesto que el interés social no es un concepto económico, sino jurídico, puesto que apunta a los sujetos legitimados para orientar la marcha de la sociedad.

⁵⁴⁶ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 257.

⁵⁴⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Blanqueo de capitales y merecimiento...», *ob. cit.*, pág. 125.

⁵⁴⁸ GARZÓN REAL, B: «Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea», en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, dir. ZARAGOZA AGUADO, J., núm. 28, Madrid, 2000, pág. 428-430.

⁵⁴⁹ DELGADO MARTÍN, J.: *Criminalidad Organizada*, edit. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 22-24.

económicos⁵⁵⁰. La Organización de las Naciones Unidas -ONU- a través del art. 1 de la *Convención contra la Criminalidad Transnacional Organizada* de diciembre del año 2000, define a la criminalidad organizada como “*un grupo estructurado de tres personas o más, existente durante un cierto tiempo y que tiene por finalidad la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o material de otro tipo*”⁵⁵¹. La Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero (que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en su artículo 282 *bis*⁵⁵² define por organización criminal a la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada conductas que tengan por fin cometer algún o algunos de los delitos referentes al secuestro, relativos a la prostitución, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, derechos de los trabajadores, tráfico de especies de fauna y flora, tráfico de material nuclear y radioactivo, delitos contra la salud pública, falsificación de monedas, tráfico y depósito de armas, terrorismo y, aún delitos contra el Patrimonio Histórico. Delitos de los que se deduce una gran capacidad de producción de rendimientos o ganancias ilícitas. La liquidez abrumadora de estas empresas criminales, que se explica por las ingentes cantidades de capitales que poseen o se encuentran a la disposición en estas sociedades o negocios de blanqueo, hace que éstas se coloquen en una posición privilegiada respecto de las otras compañías o negocios que se encuentran subordinadas al capital financiero y por ende a una realidad: la escasez de liquidez. Esto conduce de manera inexorable -es importante que se observe como consecuencia- a la realidad de que la competencia sea desleal -esto en el escenario económico empresarial menos negativo-⁵⁵³. Este tipo de empresas

⁵⁵⁰ BOTKE, W. «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania», en *Revista Penal*, núm. 2, 1998, pág. 2.

⁵⁵¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Centro de Información, sobre la normativa de las convenciones y otros instrumentos cuyos textos aparece en las resoluciones de Asamblea General, en la página web <http://www.un.org/spanish/documents/instruments>.

⁵⁵² Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

⁵⁵³ Si reflexionamos un poco, y con la ayuda de la experiencia, observaremos que, en algunos hechos relevantes, lo que efectivamente ocurre en la realidad, es el establecimiento de una competencia monopolística u oligopólica que otorga a aquellas una posición de poder muy

están caracterizadas porque los óptimos económicos no se encuentran relacionados con la búsqueda de la eficiencia o la mejora de la competitividad, sino más bien en lograr desempeñar de la mejor manera -y con el menor ruido- la finalidad de la existencia de estas, es decir el blanqueo y legalización de capitales. Esto obliga a que las mismas en su desempeño sean poco respetuosas de las normas del buen gobierno corporativo, de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores y todo lo que implica una administración adecuada no sólo para el interés social de la misma sino en el sentido de una ética empresarial que afecta a los intereses de una determinada economía.

El problema y crítica de estas posturas lo encontramos en la visión arquetípica del delito de blanqueo de capitales como un proceso económico estructurado en diferentes fases y cuya última etapa es la inversión de los bienes en actividades o negocios lícitos. Porque, aunque estas posturas entienden correctamente cuál es el fenómeno social o criminológico del blanqueo de capitales, sin embargo, olvidan que no siempre las conductas del delito de blanqueo de capitales se realizan a través de la acción de las empresas criminales o de la realización de inversiones, sino siguiendo otros caminos y otros propósitos. Por ejemplo, para la ejecución de actividades que en su conjunto podríamos denominar legítimas, tales como la compra de alimentos, el pago de la pensión escolar, el pago de la pensión alimenticia, gastos en enfermedades, gastos médicos, el pago de la cotización de la seguridad social, etc. Situaciones en las que no se ve afectada la libre o la leal competencia, por lo que debemos descartar la protección penal de este valor como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales⁵⁵⁴. Sin que eso signifique descartar que las aportaciones realizadas por esta visión, ayudan a entender en su conjunto el problema de la legitimación de capitales en el ámbito de las organizaciones criminales en el que de plano el blanqueo de capitales es siempre doloso.

relevante no sólo a nivel de mercado sino a nivel de economía, frente a las demás empresas, gobiernos locales, regionales e incluso a nivel estatal.

⁵⁵⁴ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 266.

El problema es que no se puede aceptar como explicación total del problema de los delitos de blanqueo de capitales. La cuestión de difícil respuesta está en lograr justificar también por qué es posible imputar a una persona natural o jurídica responsabilidad por blanqueo imprudente. En el caso de la última cuando su objeto social real es plenamente legítimo o adecuado socialmente, y aun así es susceptible de cometer el delito de blanqueo de capitales en la modalidad dolosa o imprudente, como lo hemos visto en la primera parte de la investigación. Por lo que una visión muy económica del problema no soluciona todos los grupos de supuestos, además en general al derecho lo que interesa es el código jurídico y no las relaciones fenomenológicas que acontecen en el día a día.

5.2.3. EL TRÁFICO LÍCITO DE BIENES COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Esta postura parte del análisis del contexto en el que se desenvuelve y desarrolla el delito de blanqueo de capitales y en general el fenómeno de la legitimación (legalización) de bienes y efectos que provengan de un delito. Se aprecia que en el mundo globalizado en el que el conjunto de las interrelaciones se desenvuelve en el marco de la sociedad de riesgo, se observan los siguientes caracteres de la realidad económica en el que actúan las personas: a) la desaparición de barreras jurídicas para la libre circulación de los capitales y de los bienes -Unión Europea, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Mercado Común del Sur y una gama inmensa de tratados bilaterales y multilaterales que no exigen fronteras comunes, etc.-; b) la creación y utilización de medios alternativos de pago a la moneda, especialmente el uso de instrumentos financieros; c) despersonalización a la hora de realizar los negocios, cada día son más los negocios y contratos en los que las partes no sólo que no se conocen sino que son anónimas; d) entidades financieras multinacionales que lo único que buscan es ampliar su presencia a escala global; e) múltiples formas de estafa y defraudaciones; y, f) la informática como el soporte documental más generalizado en las relaciones mercantiles y económicas.

A partir de todos estos caracteres de las modernas relaciones económicas, se constataría que las conductas de blanqueo de capitales se pueden realizar en cualquier momento del proceso económico (macro y micro) y en cualquier circunstancia en la que se utilicen bienes de naturaleza económico-mercantil⁵⁵⁵. Sin descartar que a nivel de economía doméstica no es en absoluto difícil introducir en el comercio bienes y efectos cuyo origen sea delictivo. Por lo que esta descripción en su conjunto permitiría explicar la legitimación (legalización) de bienes propia del delito de blanqueo de capitales y la legitimación (legalización) de bienes que se originan en los efectos del delito previo propia del delito de receptación.

Las actividades de comercio, es decir el intercambio de mercancías y dinero que se realiza en el mercado de bienes, así como la prestación de servicios -intercambio de productos intangibles y por lo tanto de difícil mensura-, son el sitio privilegiado -no en sentido espacial- para la realización de las conductas de blanqueo de capitales. Dentro del sector terciario o de servicios encontramos también los servicios financieros, es decir el mercado financiero al que entendemos como conjunto de entidades que canalizan los recursos financieros desde y hacia los agentes económicos, incluido aquí el mercado de dinero. Desde esta perspectiva, el delito de blanqueo de capitales es una figura jurídica que pretende evitar que accedan a los canales ordinarios de la economía legal, capitales obtenidos de manera delictiva con el fin de que no llegue a contaminarse esa economía y se produzcan efectos indeseables para la libre competencia, la competencia leal, el mercado financiero, etc.⁵⁵⁶. Se trata por tanto de mantener incólume el tráfico de bienes, porque sólo garantizando la circulación de capitales cuyas fuentes sean legítimas, puede mantenerse el modelo de sistema económico impuesto constitucionalmente.

El aspecto del orden socioeconómico que resulta inmediatamente y de manera muy particular afectado por el delito de blanqueo de capitales debe

⁵⁵⁵ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit. pág. 70.

⁵⁵⁶ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., pág. 278.

concretarse en el tráfico financiero y económico legal⁵⁵⁷, en oposición al tráfico ilícito de bienes. Pero qué se entiende por tráfico ilícito de bienes. Esta es una cuestión de trascendental importancia, puesto que, de acogerse este criterio, determinará el alcance de la protección jurídico penal del tipo analizado. Debemos entender por tráfico ilícito de bienes no sólo los movimientos o fluctuaciones de capitales cuya procedencia sea una actividad delictiva. Además, consideraremos tráfico a la mera posesión de los bienes que facilite o permita su puesta en circulación, su aprovechamiento y la generación de esos capitales⁵⁵⁸. La circulación de los bienes legales en la economía debe ser protegida contra la contaminación que supone el hecho de la incorporación de los bienes de procedencia delictiva, este es el fundamento del blanqueo de bienes⁵⁵⁹ y de las conductas tipificadas y prohibidas. Esta postura sostiene que este objeto de tutela de la ley penal se encuentra en estricta consonancia con lo que en esencia es el blanqueo. La exposición de motivos del Proyecto de Código penal de 1992 definía a las conductas de blanqueo como aquellas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos. Son comportamientos en los que resulta esencial no perder de vista la meta final que siempre será la misma: conseguir que bienes de origen ilícito puedan ingresar en los circuitos económicos normales sin que se pueda detectar

⁵⁵⁷ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 75; GONZÁLEZ CUSSAC, J., VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios al Código penal de 1995*, t. II, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1463, aquí se sostiene que, las conductas de blanqueo *dañan*, la seguridad del tráfico comercial; GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra la propiedad», en *Curso de Derecho penal español*, PE I, dir. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, edit. Edersa, 1992, pág. 843-844, este autor, ha defendido la idea de que en la circulación del tráfico comercial no deben tener cabida bienes que provengan de un delito; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal Económico...*, *ob. cit.*, PE, pág. 296, piensa que el bien jurídico tutelado lo constituye la necesidad de que los bienes que circulan por el mercado tengan un origen lícito; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, PE, pág. 521, defiende que, con la penalización del blanqueo se pretende proteger la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado; PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de...*, *ob. cit.*, pág. 282, sostiene que este es uno de los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales y que se ve afectado por todas las conductas que la descripción típica es capaz de abarcar; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación...*, *ob. cit.*, pág. 93, asevera que con la penalización de este delito, se pretende proteger la seguridad del tráfico comercial; BRAMONT ARIAS, L.: «Algunas precisiones referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos», en *L.H. al PROF. BRAMONT ARIAS, L.* edit. San Marcos, Lima, 2003, pág. 521, argumenta que, el tráfico lícito (de bienes) debe imperar en toda sociedad.

⁵⁵⁸ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 279.

⁵⁵⁹ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.* pág. 82.

su origen y naturaleza, o ayudar a los que se dediquen a ello a que lo consigan⁵⁶⁰.

Por nuestra parte señalaremos que, aunque se constate que las conductas de blanqueo se pueden realizar en cualquier momento del proceso económico, de lo que se deduce la necesidad de proteger el tráfico lícito de bienes respecto de aquellos cuya procedencia sea delictiva, es necesario dotar a la explicación de una fundamentación normativa y no sólo fenomenológica. Podría ser correcto afirmar que el objeto jurídico de protección se justificaría político-criminalmente desde esta perspectiva, pero lo importante no es sólo esto. Lo fundamental está en determinar que éste objeto jurídico de protección sea el que se deriva directamente de la prohibición. Indiferentemente, considero que para entender correctamente esta cuestión deberá interpretarse adecuadamente cada conducta o mejor cada grupo de supuestos en función del objeto jurídico escogido (revisar el Capítulo II). El bien jurídico escogido deberá servir para algo.

5.2.4. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Esta postura parte de la base de la naturaleza jurídica que poseen los comportamientos descritos en el tipo penal analizado. Los que la propugnan señalan y evidencian que son conductas encubridoras por lo tanto deben tener el mismo bien jurídico que el delito de encubrimiento. Según la doctrina, el delito de encubrimiento tutela la Administración de Justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, no como institución sino en lo que se refiere al correcto funcionamiento de la misma. En consecuencia, el delito de blanqueo de capitales como conducta favorecedora tutela también el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia⁵⁶¹. De esta manera, se ha sostenido que la conducta descrita en el tipo penal de blanqueo de

⁵⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 944.

⁵⁶¹ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 28, en el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Estudio comparativo...», *ob. cit.*, pág. 207; además, GONZÁLEZ CUSSAC, J., VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios al Código penal de 1995...*, *ob. cit.*, t. II, pág. 1464 y ss.

capitales se encuentra más cerca del encubrimiento que de las conductas receptoras y se convierte en una modalidad *sui generis*⁵⁶² de favorecimiento real que tornan difícil la realización de la finalidad de la Administración de Justicia. La finalidad del blanqueo es incriminar la colaboración que recibe el autor del delito del que proviene el dinero ilícito⁵⁶³. Como hemos visto en la descripción del problema, esta observación no se corresponde con el texto de los arts. 298 y 301 CP de los que se corrobora mucha similitud.

La dirección y sentido del reproche penal apunta a cualquier tipo colaboración posterior -que implique adecuar las conductas conforme a lo establecido en el art. 301 CP- con el responsable del delito previo, delito del que se obtienen los bienes o capitales ilícitos⁵⁶⁴. El verdadero sentido y finalidad de este tipo de actividades -encubridoras- es hacer posible el aprovechamiento de los bienes que un tercero hubiera conseguido mediante la comisión de alguna actividad delictiva. Para lo cual, se llevan a cabo una serie de operaciones que en la circunstancia de que el delito del que proceden esos bienes aún no haya sido descubierto, dificultarán notablemente su conocimiento por parte de la autoridad y permitirán el aprovechamiento y disfrute de tales bienes. En el evento de que ese delito haya sido descubierto y, por lo tanto, se hace posible su persecución, no obsta el hecho de que lograrán sustraer los bienes obtenidos como consecuencia de su cometimiento del alcance de la autoridad impidiendo su comiso y la aplicación de responsabilidades civiles. Ambos sucesos se constituyen en alicientes para la reiterada comisión de nuevos actos delictivos, convirtiendo a los delitos previos en una fuente ilícita de producción de capitales⁵⁶⁵. Otro de los argumentos que se utilizan para enlazar el resultado prohibido en las conductas de blanqueo de capitales con el bien jurídico denominado correcto funcionamiento de la Administración de Justicia está en sostener que con aquéllas se busca fundamentalmente evitar el descubrimiento de la identidad

⁵⁶² GÓMEZ PAVÓN, P.: «El bien jurídico..., *ob. cit.*, pág. 210.

⁵⁶³ BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Estudio comparativo..., *ob. cit.*, pág. 199.

⁵⁶⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Curso de Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 195-211.

⁵⁶⁵ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 285.

de los autores del delito principal⁵⁶⁶. Ésta se configuraría como otra de las finalidades para hacer uso de las conductas de blanqueo de capitales en su modalidad encubridora porque logrando sustraer la identidad de los partícipes del delito previo del conocimiento de la autoridad se permite en última instancia el goce y uso de los bienes obtenidos como consecuencia de la actividad delictiva.

Sin embargo, sostener que el blanqueo de capitales surge con el motivo de que las conductas tienen una naturaleza encubridora es un poco difícil de mantener, en el sentido de que para esos supuestos existe ya el delito de encubrimiento. Por otro lado, si la intención del legislador hubiera sido aquélla, su ubicación sistemática no lo corrobora. Además, el entendimiento de la Administración de Justicia como bien jurídico tutelado tiene el inconveniente de incidir solamente en un aspecto parcial de los efectos de las conductas de blanqueo de capitales⁵⁶⁷, porque se olvida que lo importante no es el delito previo y sus autores y partícipes, sino impedir que los bienes (y efectos) producidos por el delito previo no contaminen el tráfico lícito. Sin olvidarnos que esta postura tampoco explica de manera eficiente la punición con la que el legislador ha querido castigar las conductas de blanqueo que son especialmente más severas⁵⁶⁸ a diferencia de las conductas de encubrimiento. Estas críticas que siendo ciertas e incontestables no implican que las conductas de blanqueo de capitales no afecten directa o indirectamente al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Lo que se sostiene es que ésta no es ni la razón de ser del blanqueo de capitales y tampoco se corresponde con el fundamento de las conductas típicas que lo prohíben. Algún autor ha sostenido que el delito de blanqueo de capitales es un instrumento de política criminal que refuerza la función de la pena prevista en los delitos previos. De este modo, con el blanqueo de capitales no se protege ningún bien jurídico autónomo, en este sentido, terminológicamente lo que protege el delito de blanqueo de capitales

⁵⁶⁶ ARIAS HOLGUÍN, P.: *Aspectos Político-Criminales...*, ob. cit., pág. 150.

⁵⁶⁷ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit. pág. 64.

⁵⁶⁸ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 31.

es la Administración de Justicia en su dimensión preventiva⁵⁶⁹. Esta función preventiva de la Administración de Justicia consiste en el impedimento futuro de hechos delictivos⁵⁷⁰. A esta postura se le pueden apuntar las críticas realizadas a la teoría del mantenimiento, así como las referidas a la protección del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

En efecto, reiteramos que el error de los que participan en el criterio de sostener la teoría del mantenimiento lo encontramos en: a) elevar a rango de bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales el factor criminógeno de esta conducta por ser un eficiente estimulador de la comisión de nuevos ilícitos; y, b) el enlazar la puesta en peligro de los bienes protegidos por esos ilícitos como objeto jurídico de protección en el delito de blanqueo de capitales. Por lo que descartamos de plano una configuración que identifique el resultado de esta conducta típica con la lesión del bien jurídico previamente lesionado. Como hemos afirmado antes, en el primer caso nos encontramos frente a la protección de la finalidad de la ley, que no siempre suele corresponderse con el objeto de protección jurídico del tipo penal. En el segundo caso nos encontramos cerca de los supuestos de favorecimiento, porque se intentaría dificultar el aprovechamiento por parte de los autores de dichos delitos.⁵⁷¹ Su sustento es la teoría del aprovechamiento. Puesto que se agota el delito y los culpables consiguen la finalidad: el capital. Este criterio como se ha expuesto se encuentra ligado a la interpretación que la doctrina tradicional realiza del delito de receptación. Por lo que, las líneas que dirigen o han intentado dirigir la interpretación del tipo penal referido han sido calcadas y utilizadas para interpretar el delito de blanqueo de capitales. Aun cuando se identifique al delito de receptación como un delito contra el patrimonio, existen algunos autores que intentan enlazarlo al fin de protección de la norma aludiendo a funciones político criminales en las que junto a la

⁵⁶⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R.: «Lavado de Activos y Negocios Standard», en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, en Homenaje al PROF. CLAUS ROXIN, edit. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001, 640 y ss.

⁵⁷⁰ BERMEJO, M.: *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010, pág. 354 y ss.

⁵⁷¹ GÓMEZ PAVÓN, P.: «El bien jurídico...», *ob. cit.*, pág. 211.

lesión patrimonial como desvalor del resultado de este delito se observa la peligrosidad que encierra la conducta del receptor como promotor de la misma lo que hace posible fundamentar una peligrosidad abstracta presente en la conducta del receptor⁵⁷². Estas posturas deben ser rechazadas.

6. EL DELITO DE BLANQUEO COMO UN DELITO PLURIOFENSIVO

La consideración pluriofensiva del delito de blanqueo de capitales se encuentra aceptada y muy extendida entre la doctrina española⁵⁷³. Esta difusión y esparcimiento no obedece a las dificultades que ofrece el encuadramiento de las conductas de blanqueo de capitales dentro de los clásicos y tradicionales bienes jurídicos⁵⁷⁴, sino que se debe y explica -argumentan- a que son varios los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro como objeto de protección conjunta ante la aparición de las conductas de blanqueo de capitales. La cualidad de pluriofensividad requiere la protección penal de más de un bien jurídico. Los discursos doctrinales estriban en las diferentes combinaciones de bienes jurídicos destruidos, afectados o atacados, que se enlazan con el resultado prohibido en esta conducta punible. A continuación, intentaremos aproximarnos a algunas de estas posiciones para dilucidar cuál sea el bien jurídico inmediato que se protege en el art. 301 CP.

6.1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

El blanqueo de capitales compromete el orden socioeconómico en la medida en que dificulta la transparencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico comercial, sin embargo, su naturaleza encubridora conduce a afirmar que la protección abarca también al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, es decir, impedir que esta cumpla con su finalidad

⁵⁷² MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, ob. cit., pág. 28-30.

⁵⁷³ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 83.

⁵⁷⁴ ÁLVAREZ PÁSTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *La prevención...*, ob. cit., pág. 270.

social de realizar la justicia de manera oportuna. La elevada pena que el legislador ha impuesto a esta conducta típica es un soporte para la tesis de la pluriofensividad⁵⁷⁵. Un delito que de manera equivalente atenta contra la transparencia del mercado financiero y que, dada la naturaleza del mismo como conducta encubridora, su resultado es identificable a la imposibilidad que tiene la Administración de Justicia de perseguir los delitos de referencia de aquél. La no perseguibilidad de los delitos base es el fundamento que explica la naturaleza de estas conductas típicas. Esto en la medida en que se trata de enlazar como valor o bien jurídico relevante para el Derecho penal en los supuestos de blanqueo de capitales, el impedir que la Administración de Justicia cumpla con su finalidad. Tal y como se ha señalado en el párrafo anterior esta finalidad implica realizar la justicia no en cualquier momento sino en el momento adecuado y respetando las reglas debidas. Observando además que la lesión al orden socioeconómico es un medio para realizar las conductas legitimadoras del capital⁵⁷⁶. Esta argumentación es la que conduce a concluir que el art. 301 CP que tipifica el delito de blanqueo de capitales tutela directamente tanto la Administración de Justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, así como el orden socioeconómico concretado éste en la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal⁵⁷⁷.

Estos dos objetos de protección en el delito de blanqueo de capitales permiten una configuración pluriofensiva del mismo. Las penas previstas para su castigo se encuentran justificadas en esta cualidad de las conductas de blanqueo de capitales. Las penas tan elevadas con las que se conmina el blanqueo de bienes frente al delito de encubrimiento y al delito de receptación únicamente se explican por la naturaleza pluriofensiva de las conductas tipificadas en el art. 301 CP⁵⁷⁸. A pesar de esto, atribuyen mayor relevancia al orden socioeconómico como bien jurídico protegido, porque la razón de

⁵⁷⁵ VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios al Código penal de 1995...*, ob. cit., pág. 1464.

⁵⁷⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, ob. cit., págs. 91.

⁵⁷⁷ ARIAS HOLGUÍN, P.: *Aspectos Político-Criminales...*, ob. cit., pág. 85.

⁵⁷⁸ VIVES ANTÓN, T., GONZÁLEZ CUSSAC, J.: *Comentario...*, ob. cit., pág.1464.

criminalizar estas conductas reside en el interés de la sociedad en que los bienes que tienen su origen en una actividad delictiva queden excluidos del lícito tráfico de bienes y servicios⁵⁷⁹.

6.2. TEORÍA DEL MANTENIMIENTO Y PROTECCIÓN DE OTRO BIEN JURÍDICO: EL ORDEN SOCIOECONÓMICO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Esta tesis sostiene que el delito de blanqueo de capitales supone una continuación del *íter criminis* de los delitos previos, un paso más en el camino a la consecución de la finalidad de la conducta prohibida observada como un todo delictivo. La conducta no se agota en el resultado del delito previo, sino que continúa con las conductas de blanqueo de capitales. Sin embargo, aclaran y completan, que la protección también se corresponde con la lesión del interés del Estado en controlar un determinado orden socioeconómico⁵⁸⁰. Esta perspectiva, que en un intento de abarcar todo lo discutido sobre el bien jurídico protegido, expresa que efectivamente la conducta del delito de blanqueo de capitales es parte del delito previo considerado como un paso posterior y necesario a la comisión del delito del cual se obtienen los bienes a blanquear o legitimar. Hay que agregar que la postura analizada indica que las conductas de blanqueo de capitales no sólo son una fase adicional y necesaria para el cometimiento del delito anterior, sino que se remarca la lesión al orden socioeconómico establecido constitucionalmente.

Por otro lado, existe una postura que considera que el bien jurídico tutelado por el blanqueo de capitales se corresponde con el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, aunque también se lesione el bien jurídico protegido por el delito previo⁵⁸¹. Aún más, el delito de blanqueo protege a la Administración de Justicia en su tarea de eliminar los efectos

⁵⁷⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, págs. 91.

⁵⁸⁰ BLANCO LOZANO, C.: «El blanqueo de capitales procedentes...», *ob. cit.*, pág. 73-74.

⁵⁸¹ HETZER, en ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito...*, *ob. cit.*, págs. 93.

originados por el delito previo⁵⁸². Esta postura algo interesante, deja dudas respecto de la autonomía del tipo analizado, el delito de blanqueo de capitales frente al delito previo. Podríamos arriesgarnos a asegurar que es una forma de expresión de la teoría del mantenimiento. Un análisis forzado en el que la interpretación depende del origen del tipo delictivo. Sin embargo, hoy ya no se puede predicar la dependencia de este tipo penal frente a los delitos previos. En la forma en que se encuentra escrito el art. 301 CP deja excluida la dependencia a cualquier otro tipo penal. Este argumento se explica en la medida en que la referencia que realiza con la expresión *actividad delictiva* no es sólo múltiple sino además diversa. Los bienes jurídicos de los delitos previos son extremadamente diferentes lo que hace difícil su sistematización. La solución no está en la teoría del mantenimiento ni para el art. 301 CP ni para el art. 298 CP.

7. POSICIÓN PERSONAL

El blanqueo de capitales es el punto de quiebre entre la economía legal y la economía ilegal, entonces, la expansión de las fronteras de la economía vinculada al delito y su confusión con los bienes lícitos que se encuentran en los círculos económicos legales es la razón de la existencia del delito de blanqueo de capitales. La enorme lesividad y el ingente ataque que comporta a uno de los derechos establecidos en la Constitución que se corresponde con el modelo económico del Estado liberal moderno y que sustenta el desenvolvimiento de la vida económica y social del mundo desarrollado instituido en el artículo 38 CE es la razón de ser de este concreto tipo penal⁵⁸³. El art. 38 CE es una norma constitucional que consagra y protege la libertad de

⁵⁸² LACKNER, en ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito...*, ob. cit., págs. 93.

⁵⁸³ Se consideran países desarrollados aquellos que han logrado un alto grado de industrialización y que disfrutan de un alto estándar de vida, gracias a su riqueza y su tecnología, según la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, la mayoría de los países de EUROPA, ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, AUSTRALIA, NUEVA ZELANDA, JAPÓN Y COREA DEL SUR, pueden ser considerados como países desarrollados. Existen diversas maneras de medir el desarrollo de un país, el Banco Mundial y la ONU utilizan como medida, el ingreso per cápita, también se utiliza la paridad del poder adquisitivo, etc.

empresa. Este precepto constituye el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución porque eleva a categoría el modelo de la economía de mercado. La economía de mercado constitucionalizada es la fuente y límites de las pautas que rigen los comportamientos de los actores económicos y de las restricciones admisibles respecto de aquellos comportamientos⁵⁸⁴. Una de estas pautas directoras de los comportamientos económicos de los ciudadanos lo constituye el delito de blanqueo de capitales. Una prohibición que indicaría lo siguiente: con carácter general está prohibido respecto de todos los ciudadanos organizar algo cuando esa organización implique la introducción en el tráfico lícito de aquellos bienes cuya procedencia es delictiva.

La libertad de empresa encuentra su fundamento en las valoraciones que sustentan el resto de derechos fundamentales cuya estructura depende de la libertad⁵⁸⁵. El art. 38 CE tendría como cometido asegurar que los ciudadanos realicen su comportamiento económico en el marco de la independencia o autonomía personal. Porque todos tenemos el derecho de ejercitar la actividad económica que deseemos sin más restricciones que las que se deriven de la economía de mercado y sus reglas. Ninguna personalidad jurídica está autorizada a limitar el ejercicio de esta libertad, ni el Estado ni los demás ciudadanos ya sean una persona física o una persona jurídica. Esto implica que la CE garantiza que los ciudadanos confíen en que los demás se comportarán respetando las reglas de la libertad de empresa y de la economía de mercado. Las conductas de blanqueo de capitales suponen una intromisión ilegítima respecto del ejercicio de la libertad económica y de empresa y, condicionan la estabilidad y correcto funcionamiento de la economía de mercado constitucionalizada. Porque la introducción en el tráfico de aquellos bienes de procedencia delictiva representa la generación de ingresos y el enriquecimiento por vías ajenas a las establecidas en las reglas para el ejercicio del comportamiento económico lícito. Supone comunicativamente una

⁵⁸⁴ Por todos, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Comentario art. 38 CE», en *Comentarios a la Constitución Española*, dir. CASAS BAAMONDE, M., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., coord. PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I., edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 980 y ss.

⁵⁸⁵ PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Comentario art. 38 CE...», *ob. cit.*, pág. 981.

desautorización de la norma que establece que el comportamiento económico lícito es el único que debe llevar a la generación de ingresos y enriquecimiento. El blanqueo de capitales ataca las bases en las que se asienta la sociedad referidas al respeto a la norma como garantía de la convivencia, el respeto a la norma económica como garantía de la convivencia fundada en la igualdad de oportunidades y la libertad de acción.

El delito de blanqueo de capitales es una figura jurídica que pretende evitar que accedan a los canales ordinarios de la economía legal, capitales obtenidos de manera delictiva con el fin de que no llegue a contaminarse esa economía y se produzcan efectos indeseables para la libre competencia, la competencia leal, el mercado financiero, en definitiva, la economía de mercado. Por lo que la concreción del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales lo encontramos en la necesidad de mantener indemne el tráfico de bienes. Sólo garantizando la circulación de capitales cuyas fuentes sean legítimas, puede mantenerse el modelo de sistema económico impuesto constitucionalmente a través del art. 38 CE. El aspecto del orden socioeconómico que resulta afectado por el delito de blanqueo de capitales se concreta en la protección del tráfico lícito de bienes. La forma en que el legislador decidió proteger la libertad de empresa ejercida en el marco de las reglas de la economía de mercado ha sido prohibiendo que los ciudadanos se comporten o ejerciten su libertad económica utilizando bienes de origen delictivo, porque este comportamiento ya no está dentro de la libertad económica, sino que constituye su contrapunto antijurídico. Este objeto de tutela de la ley penal se encuentra en estricta consonancia con lo que en esencia es el blanqueo. Recordemos que la exposición de motivos al Proyecto de Código penal de 1992 definía a las conductas de blanqueo como aquellas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos. Comportamientos en los que se busca conseguir que los bienes de origen ilícito puedan ingresar en los perímetros de la economía legal, sin que se pueda detectar su origen (revisar en el Capítulo VI, la parte final del apartado 9.2).

8. RESUMEN DE CONCLUSIONES Y COROLARIO

A) La investigación planteó como problema a resolver: la diferenciación entre el ámbito de aplicación del delito de receptación y del delito de blanqueo de capitales como presupuesto para determinar bajo qué norma son punibles los comportamientos del mulero o *phisher mule*. Se dijo que a este problema se aportará una solución en el capítulo II de esta investigación, sin embargo, para poder hacerlo ha sido preciso resolver antes un problema previo, objeto de este primer capítulo, cuyas conclusiones aquí se quiere resumir y que requería dar respuesta a la pregunta de si, ¿protegen el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación distintos bienes jurídicos? Para responder esta cuestión, hemos partido del análisis de la norma de determinación, del análisis de la prohibición, sosteniendo que, si la norma es idéntica o es subsumible por otro tipo penal, aunque la *ratio legis* sea distinta el objeto de protección será el mismo. Tal es el caso de los delitos de receptación y blanqueo de capitales. Las razones de la incriminación han sido muy diferentes y han respondido a momentos culturales distintos y sin embargo los textos punitivos recogen conductas que en general son reconducibles a cualquiera de los dos tipos penales, por lo que se puede sostener que ambos tipos penales protegen el mismo bien jurídico.

B) A partir de aquí emprendimos la tarea de explicar cuál es el concreto bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales y vimos que existen dos formas de abordarlo. La primera compuesta de dos posturas muy diferenciadas. Las ideas que rigen una y otra postura se encuentran identificadas en torno al enlace o no con el delito previo: a) el delito de blanqueo de capitales mantiene la lesión causada por el delito previo; y, b) el delito de blanqueo de capitales ataca un bien jurídico diferente de aquel que ataca el delito anterior. Estas dos formas de explicarlo se podrían agrupar en torno a la postura del delito de blanqueo de capitales como un delito uniofensivo: posiciones doctrinales que tienen en común defender que el bien jurídico en el delito de blanqueo es único y no múltiple. Este criterio puede ser colocado frente a la postura del delito de blanqueo de capitales como un delito pluriofensivo: posiciones doctrinales que sostienen que ante la inexistencia de un único bien jurídico como objeto de

protección en las conductas del tipo penal de blanqueo de capitales se plantean diversas combinaciones de bienes jurídicos.

C) Respecto de la teoría del mantenimiento hemos concluido que no tiene hoy en día sustento jurídico posible. Por ejemplo, en un asesinato en el que concurriera la agravante del art.139.2 CP «*Precio, recompensa o promesa*», sería difícil justificar que el blanqueo de ese dinero obtenido como consecuencia de adecuar la conducta al tipo penal que prohíbe el asesinato, sigue lesionando la vida humana independiente. Piénsese en un delito previo patrimonial respecto del delito de receptación, por ejemplo, en el delito de estafa, sería difícil justificar que el blanqueo de ese dinero obtenido como consecuencia de adecuar la conducta al tipo penal que prohíbe la estafa sigue lesionando el patrimonio de la víctima porque el patrimonio de la víctima ya ha sido atacado de tal manera que ya no está en poder de aquella. Supongamos que nuevamente la persona es víctima de una estafa, el patrimonio atacado será una porción distinta de aquella que ya no está en poder de la víctima. Jurídicamente en los delitos patrimoniales se tutelan los derechos que sobre unos bienes o cosas se posee y no los bienes concretos poseídos, aunque sea factible la restitución. La receptación incide sobre los bienes originados en un delito, por ejemplo, de la estafa, pero no sobre los derechos que la víctima posee respecto de esos bienes o cosas cuya disposición mediante engaño se ha logrado, sino sobre los bienes en concreto y sus sucesivas conversiones, porque su origen es delictivo. La receptación no protege el bien jurídico del delito previo, protege otra cosa.

El error de esta postura lo encontramos en: a) elevar a rango de bien jurídico el factor criminógeno de las conductas de blanqueo (o receptación), por ser un eficiente estimulador de la comisión de nuevos ilícitos (patrimoniales y no patrimoniales); y, b) enlazar la puesta en peligro de los bienes protegidos por esos ilícitos como objeto jurídico de protección en el delito de blanqueo de capitales (especialmente el patrimonio en el delito de receptación). Por lo que se descarta una configuración que identifique el resultado de esta conducta típica (blanqueo y receptación) con la lesión del bien jurídico previamente lesionado. En el primer caso nos encontramos frente a la

protección de la finalidad de la ley que se arguye tiene el tipo y que no siempre se corresponde con el objeto de protección jurídico del tipo penal. En el segundo caso nos encontramos cerca de los supuestos de favorecimiento; porque se intentaría dificultar el aprovechamiento por parte de los autores de dichos delitos. Entonces, ya podemos anticipar que lo que diferencia a estos tipos penales no es el concreto bien jurídico.

D) Por otro lado, es difícil sostener que la Administración de Justicia sea el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. Entre otras razones porque este delito no siempre entorpece el descubrimiento del delito previo o implica la imposibilidad del comiso del producto del delito, como en los supuestos en los que el delito previo se realiza en un lugar donde la Administración de Justicia nacional no tiene jurisdicción. Además, la mayor severidad con la que el legislador castiga las conductas del blanqueo de capitales frente a la del encubrimiento deja dudas respecto de su dependencia interpretativa y más bien corrobora su diferenciación. La naturaleza del blanqueo de capitales no es esencialmente encubridora, ese favorecimiento que ocurre es en muchos de los supuestos incidental y accesorio, en la medida en que es sólo el resultado inevitable de la realización del interés principal del sujeto activo en la conducta blanqueadora que se concreta en: incorporar los capitales ilícitos a la economía legal (lo mismo ocurre respecto del delito de receptación). El conocimiento de la realización del delito previo debe ser considerado sólo un elemento adicional que no implica la voluntad de encubrir porque lo que realmente le interesa al blanqueador es incorporarlo al tráfico lícito de bienes, en esta motivación encontramos el fundamento del ocultamiento.

E) Como las conductas de blanqueo de capitales se pueden realizar en cualquier momento del proceso económico y en cualquier circunstancia en la que se utilicen bienes de naturaleza económico-mercantil, el delito de blanqueo de capitales es una figura jurídica que pretende evitar que accedan a los canales ordinarios de la economía legal, capitales obtenidos de manera delictiva con el fin de que no llegue a contaminarse esa economía y se produzcan efectos indeseables para la libre competencia, la competencia leal, el mercado

financiero, en definitiva la economía de mercado. La concreción del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales (y el delito de receptación) la encontramos en la necesidad de mantener indemne el tráfico de bienes. Sólo garantizando la circulación de capitales (bienes-efectos) cuyas fuentes sean legítimas puede mantenerse el modelo de sistema económico impuesto constitucionalmente. Por tanto, el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, es el tráfico lícito de bienes. Este es el aspecto del orden socioeconómico que resulta inmediatamente afectado por este tipo de comportamientos. Por tráfico ilícito de bienes se entiende no sólo los movimientos o fluctuaciones de capitales cuya procedencia sea una actividad delictiva, sino que incorporamos en su comprensión la mera posesión de los bienes que facilite o permita su puesta en circulación, su aprovechamiento y la generación de los capitales. La circulación de los bienes legales en la economía debe ser protegida contra la contaminación que supone el hecho de la incorporación de los bienes de procedencia delictiva. Este es el fundamento del blanqueo de bienes en relación a las conductas tipificadas y prohibidas por los arts. 298 y 301 CP. Debe descartarse el carácter de pluriofensivo no porque no comprometa otros intereses mediatos dignos de tutela penal sino porque esta protección mediata no es el objeto de la prohibición de blanquear, aunque sean esperables y deseables.

F) La enorme lesividad y el ingente ataque que comporta a uno de los derechos establecidos en la Constitución que se corresponde con el modelo económico del Estado liberal moderno y que sustenta el desenvolvimiento de la vida económica y social del mundo desarrollado instituido en el artículo 38 CE es la razón de ser de este concreto tipo penal. El art. 38 CE que protege la libertad de empresa eleva a categoría el modelo de la economía de mercado. La economía de mercado constitucionalizada es la fuente y límites de las pautas que rigen los comportamientos de los actores económicos y de las restricciones admisibles respecto de aquellos comportamientos. Una de estas pautas directoras de los comportamientos económicos de los ciudadanos lo constituye el delito de blanqueo de capitales. Una prohibición que indicaría lo siguiente: con carácter general está prohibido respecto de todos los ciudadanos organizar

algo cuando esa organización implique la introducción en el tráfico lícito de aquellos bienes cuya procedencia es delictiva. El art. 38 CE tendría como cometido asegurar que los ciudadanos realicen su comportamiento económico en el marco de la independencia o autonomía personal. Porque todos tenemos el derecho de ejercitar la actividad económica que deseemos sin más restricciones que las que se deriven de la economía de mercado y sus reglas. Ninguna personalidad jurídica está autorizada a limitar el ejercicio de esta libertad, ni el Estado ni los demás ciudadanos ya sean una persona física o una persona jurídica. Esto implica que la CE garantiza que los ciudadanos confíen en que los demás se comportarán respetando las reglas de la libertad de empresa. Las conductas de blanqueo de capitales suponen una intromisión ilegítima respecto del ejercicio de la libertad económica y de empresa y, condicionan la estabilidad y correcto funcionamiento de la economía de mercado constitucionalizada. Porque la introducción en el tráfico de aquellos bienes de procedencia delictiva representa la generación de ingresos y el enriquecimiento por vías ajenas a las establecidas en las reglas para el ejercicio del comportamiento económico lícito. Supone comunicativamente una desautorización de la norma que establece que el comportamiento económico lícito es el que debe llevar a la generación de ingresos y enriquecimiento. El blanqueo de capitales ataca las bases en las que se asienta la sociedad referidas al respeto a la norma como garantía de la convivencia. Una de las formas en la que el legislador ha decidido proteger el art. 38 CE desde la ley penal ha sido a través de la prohibición de introducir en el tráfico aquellos bienes cuyo origen sea delictivo para satisfacer la necesidad de mantener indemne el tráfico de bienes.

COROLARIO

1) Respecto de la finalidad de la segunda parte de esta investigación afirmamos que todo esto nos lleva a sostener que la dependencia interpretativa de la estructura típica del delito de receptación en función a la teoría del mantenimiento carece hoy de fundamento típico. La original concepción de la receptación y su creación legal en función de aquella ha desaparecido, la receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo

y a que el autor del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido. La tesis que se planteó aquí y que ha sido suficientemente demostrada, es que al igual que el delito de blanqueo de capitales, la receptación hoy según la actual configuración de la sociedad lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico.

2) Aunque la doctrina mayoritaria sostenga que la teoría del mantenimiento está vigente respecto de la receptación por el hecho de que las reglas que se imponen en el núm. 3 del art. 298 para la regulación de la pena, tengan relación con el delito precedente o que los límites que ahí se estipulan tienen como fundamento la pena del delito previo. Para nosotros, este criterio corrobora no sólo la justificación de la existencia tanto del delito de blanqueo de capitales como del delito de receptación, sino que además le otorga un criterio de racionalidad al sistema punitivo que prohíbe el blanqueo de bienes (efectos). Este sistema punitivo en base a una misma prohibición con diferentes ámbitos de aplicación protegería el mismo interés. La prohibición tendría dos niveles de protección: a) un delito de blanqueo de bienes (efectos) doloso comúnmente denominado receptación con una pena menor que oscila entre seis meses y tres años limitada en función del delito precedente; y, b) un delito de blanqueo de capitales doloso cuya pena oscila entre seis meses y seis años cuya pena no se encuentra limitada por el delito previo. De la diferenciación del ámbito de aplicación se deriva la punibilidad diferenciada. La punibilidad diferenciada, limitada a los delitos previos en el caso del art. 298 CP, está justificada porque el ámbito de aplicación de la receptación está referido a delitos patrimoniales que en general son menos gravosos que aquellos de los que surgen los bienes en el delito de blanqueo de capitales del art. 301CP: narcotráfico, terrorismo, trata de mujeres, malversación, cohecho, etc. Esta es una interpretación que coincide con las razones político criminales (tradicionales y modernas) de ambos tipos penales.

CAPÍTULO V

OBJETO MATERIAL EN LOS DELITOS DE

BLANQUEO DE CAPITALES:

*HACIA UNA NECESARIA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE
APLICACIÓN ENTRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES
Y EL DELITO DE RECEPCIÓN*

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

CAPÍTULO V

**OBJETO MATERIAL EN LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS:
*HACIA UNA NECESARIA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN ENTRE EL
DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS Y EL DELITO DE RECEPCIÓN***

I. SOBRE EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre, en la que se reclama contra la sentencia que condenó a una persona como autora de un delito de blanqueo de capitales imprudente (revisar el detalle del caso en la descripción del problema de esta segunda parte), se le presentaba al Tribunal Supremo la cuestión de dónde se debe encajar este comportamiento. El Tribunal Supremo se decantó por confirmar que se trataba de un supuesto punible según el art. 301.3 CP, solución que consideramos inadecuada. A este respecto, nosotros detectamos que para lograr una adecuada solución era necesario determinar previamente cuál es el ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales respecto del delito de receptación, porque logrando aquello se podrá establecer con seguridad si el supuesto de hecho de la referida sentencia y los análogos son o no, supuestos de blanqueo imprudente como viene continuamente sosteniendo el Tribunal Supremo.

Ya hemos afirmado que la doctrina en general no realiza una correcta diferenciación respecto del ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y del delito de receptación⁵⁸⁶. Las investigaciones realizadas sobre el delito de blanqueo asumen directamente la autonomía entre estos delitos, pero lo hacen sin explicar cuál es el fundamento y en qué consiste la diferenciación.

⁵⁸⁶ Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho...*, ob. cit., PE, décimo novena ed., pág. 509

Proceden a describir las estructuras típicas sin delimitar el campo de acción. Habíamos anticipado que la idea que dirige los capítulos III, IV y V refleja que la forma correcta de solucionar el problema del ámbito de aplicación entre estos delitos, el delito de receptación y el delito de blanqueo, está no en entender el delito de blanqueo a partir de lo que se ha dicho del delito de receptación sino precisamente todo lo contrario, avanzar hacia un moderno entendimiento del delito de receptación en función del delito de blanqueo de capitales⁵⁸⁷. Ambos tipos penales se estructurarían como formas típicas que prohíben el blanqueo de bienes (bienes, efectos) desde diversas estrategias en función del delito del que han procedido (revisar Capítulo III) y protegerían de modo genérico la lícita circulación de bienes en la economía (revisar Capítulo IV).

En este sentido, el Capítulo V que comenzamos ahora, se abre campo para asestar un golpe definitivo a la dependencia interpretativa del tipo de blanqueo de capitales en la antigua y denostada interpretación del delito de receptación y a la par, también corregimos la involutiva interpretación en nada fiel al texto de la norma ni a los modernos métodos de interpretación del propio delito de receptación, abandonando de una vez por todas el entendimiento de estos delitos en función de la teoría del mantenimiento. Porque no convence político-criminalmente a partir de las exigencias del Estado moderno, de la

⁵⁸⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L., COLINA OQUENDO, P., FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A., GIL DE LA FUENTE, J., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G.: *Código penal*, Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L., edit. La Ley, segunda ed., Madrid, 2007, pág. 705. Este autor, interpreta de este modo la agravación del tipo. Así, aquella, se explica porque, si la finalidad del tráfico ha dejado de ser la simple manifestación del modo en que el receptor buscaba el lucro, para pasar a agravar el tipo -quedando el tipo básico reducido a una acción agotada en ella misma- no es por razones patrimoniales, ya presentes en el tipo básico, sino por razones socio-económicas: esto es, por la incidencia que en el tráfico lícito de bienes representa la introducción de los que tienen un origen delictivo. En esta dimensión socio-económica estriba el mayor desvalor de la acción, y por tanto el fundamento de la específica agravación, apreciable así siempre que tenga el sujeto intención de introducir los objetos receptados en el circuito económico general. Para nosotros, esta visión explica todo el tipo y no sólo la agravación, la concreta agravación corrobora la interpretación, o mejor trasluce de mejor manera la finalidad del legislador: impedir la legitimación de bienes cuyo origen sea delictivo, en los casos de receptación, cuando los delitos estén comprendidos entre los que atentan contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en el caso de los delitos de blanqueo, cuando procedan de un delito no comprendido en el ámbito de aplicación de los delitos de receptación.

moderna protección de la economía y, de los principios y garantías de la que se encuentra dotada la economía por la CE.

II. CONCRECIÓN DE LA TESIS QUE SOMETEMOS A PRUEBA

En este capítulo se aportará una propuesta que solucione el problema de la diferenciación del ámbito de aplicación de los delitos de blanqueo y receptación, como presupuesto para demostrar que el comportamiento del mulero o *phisher mule* no es blanqueo imprudente, sino que se trata de un supuesto de receptación. La tesis que se quiere demostrar aquí es que de una interpretación sistemática y teleológica se desprende que el delito de receptación tiene un ámbito de aplicación distinto del propio ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y, sin embargo, los dos tipos penales prohíben el blanqueo de bienes cuyo origen sea un delito. Entonces, la diferenciación no se explicaría ni: a) por la concreta diferenciación de las conductas típicas (Capítulo III); y/o, b) por lo distinto del bien jurídico protegido (Capítulo IV), sino porque se encuentran sistemáticamente delimitados: el delito de receptación se configura para prohibir y limitar el blanqueo de *bienes* que constituyan *efectos* de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y, el delito de blanqueo de capitales se configura para prohibir y limitar el blanqueo de *bienes* que procedan de todo delito cuyo ámbito de aplicación no esté comprendido por el delito de receptación.

Para lograr llevar a cabo esta tarea, la de delimitación del ámbito de aplicación entre estos delitos, debemos primeramente desentrañar el significado del concreto objeto material en el delito de blanqueo, de este modo, estaremos en condiciones de diferenciarlo del concreto objeto material en el delito de receptación, si es que cabe tal diferenciación. Lo importante será dotar de contenido normativo a los términos que recogen los textos legales: *efectos* y *bienes*, porque de aquí, puede surgir no una concreta limitación y diferenciación, sino propiamente una asimilación e identificación de conceptos, ya lo veremos. En segundo lugar, otra cuestión que nos será de utilidad y provecho para lograr ahora sí, una correcta delimitación de los delitos de receptación y blanqueo de capitales es la determinación del delito del cual han de proceder los *efectos* y los *bienes*, respectivamente. Porque la ley ha establecido una concreta limitación para la construcción de la imputación jurídico-penal por un delito de receptación (delimitando así, también el delito

de blanqueo de capitales): que los delitos de los que provengan los *efectos* sean delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, así habría que entender a los que bajo esta rúbrica se encuentran comprendidos en el Título XIII del Libro II del Código penal, por lo que no cabría la receptación si el delito precedente no es uno de los recogidos en el referido Título aunque se trate de un delito que produzca *efectos* (o propiamente sea uno *contra los bienes*, expresión que recogía el Código anterior) como por ejemplo, la malversación de caudales públicos.

En el último apartado para mostrar el rendimiento de la tesis, se propondrán casos de la jurisprudencia para aplicar la solución construida y de este modo se enjuiciará y demostrará que en general, a partir de la reforma (la reforma del delito de receptación de 1995 que sustituye la expresión *contra los bienes*, y que corrobora toda la interpretación), el delito de receptación ha sido estructurado como un delito que procura evitar el blanqueo de *bienes* que constituyan *efectos* de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y, el blanqueo de capitales en general, aunque no siempre (cosa que debe corregirse a nivel jurisprudencial) ha sido un delito que limita el blanqueo de *bienes* que procedan de todo delito que no sea uno contra el patrimonio o el orden socioeconómico es decir, cuyo ámbito de aplicación no esté comprendido por el delito de receptación. Sobre este último particular, por la propia naturaleza del delito de blanqueo de capitales, el legislador ha reclamado y establecido que para los supuestos de delitos de blanqueo de capitales cuyos bienes tengan su origen también en un delito de blanqueo de capitales (blanqueo de capitales de un delito de blanqueo de capitales), el delito deberá imputarse conforme a las reglas de imputación del delito de blanqueo de capitales, todo para guardar coherencia con el sistema de protección jurídico-penal contra la legalización de capitales. Empezaremos la exposición estableciendo un marco teórico general sobre el objeto de la acción. Esto nos ayudará a entender, determinar y desarrollar luego cuál es el concreto objeto de la acción en el delito que nos ocupa, todo para cumplir con la finalidad esbozada. El desarrollo de este apartado se justifica porque tanto en el delito de blanqueo de capitales como en el delito de receptación, el objeto de la acción

constituye el núcleo de las conductas típicas y el requisito típico que configura el injusto, porque de este hecho, de que los bienes y/o efectos tengan su origen en un delito, depende la existencia del delito.

III. OBJETO MATERIAL EN DERECHO PENAL

1. CUESTIONES PRELIMINARES

En lo que respecta al objeto material del delito, necesariamente debemos partir de la razonable diferenciación conceptual -que la teoría del bien jurídico ha desarrollado hace ya bastante tiempo- entre lo que es el bien jurídico como objeto de protección de la norma jurídico penal y lo que constituye el concreto objeto material de la acción reconocible por el preciso texto de la hipótesis típica antijurídica y culpable. Una cosa es el bien jurídico protegido y otra cosa es el objeto de la acción. Por ejemplo, en el delito de hurto el bien jurídico es (el derecho a) la propiedad y la cosa mueble ajena es el objeto de la acción; en el delito de falsificación de moneda el bien jurídico es el tráfico lícito o circulación monetaria lícita en un determinado espacio geográfico y el objeto de la acción es la moneda concretamente falsificada, etc. Al Derecho penal no le interesa tanto el algo concreto sino el interés general que se materializa en ese algo⁵⁸⁸. La dilucidación de ese algo concreto y su separación conceptual del concreto objeto de protección de la norma penal ha sido un hito importante para lograr la evolución de la ciencia del Derecho penal hasta lo que hoy conocemos de ella⁵⁸⁹.

Para poder acercarnos plenamente a esta diferenciación abordaremos el concepto de objeto y su diferenciación con el concepto de sujeto. Pues sólo a

⁵⁸⁸ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 105.

⁵⁸⁹ Es importante matizar esta aseveración con una crítica actual de un autor de referencia sobre la materia, HEFENDEHL, R.: «El Bien Jurídico como eje material de la Norma Penal», en *La teoría del bien jurídico...*, ob. cit., pág. 179, para quien hoy “los enemigos del concepto de bien jurídico parecen intentar mediar arteralmente en la controversia” reduciendo la función del bien jurídico a un mínimo y equiparando el bien jurídico con el objeto de la acción. El esclarecimiento de esta cuestión no es el fin de la investigación propuesta y, sin embargo, constituye una observación pertinente a la hora de intentar abordar un tópico de la dogmática del Derecho penal que parecía estar ya suficientemente desarrollado, aunque la observación anotada sugiera lo contrario. Indiferentemente del posible giro que la discusión podría tomar, nosotros partimos de la diferenciación alcanzada porque una cosa es el bien jurídico protegido y otra cosa es el objeto de la acción.

partir del entendimiento de objeto como todo aquello que se ofrece a los sentidos o a la inteligencia o a otra facultad cualquiera para su determinación a través de un juicio como forma básica del pensamiento; y por sujeto como el ser poseedor del sentido, de la inteligencia o de la facultad de que se trate, aquél que mediante el ejercicio del juicio realiza la determinación de un determinado objeto, podremos determinar el contenido del concepto jurídico penal de objeto material⁵⁹⁰. Luego abordaremos cuál ha sido la evolución del contenido del concepto de objeto material, desde su identificación con el objeto de protección de la norma penal hasta su asimilación con el sujeto pasivo del delito. Para así, con todos estos elementos conocer y estudiar las definiciones ofrecidas por los diferentes autores y penalistas (escuelas). De este modo, podremos acercarnos al concepto jurídico penal de objeto material, también denominado objeto del hecho u objeto de la acción, que es la persona u objeto material personal o cosa u objeto material real sobre la que incide la acción descrita en el tipo, porque su existencia depende exclusivamente de la estructura del tipo penal, en caso de que sea requerido por el mismo o no. Lo importante es dilucidar la relación entre este y el bien jurídico protegido por el tipo penal que requiera la presencia del objeto material. Existirán delitos con pluralidad de objetos materiales y hay por el contrario tipos que carecen de objeto material.

Este concepto de la ciencia del derecho penal -para algunos- constituye la base del actuar típico y el momento de referencia tangible de la voluntad antijurídica del autor. Desde una perspectiva normativa diríamos el momento de referencia del conocimiento o cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento) antijurídica del autor. Se manifiesta sólo en aquellos delitos que para ser consumados requieren una realización fáctica materialmente apreciable porque exigen una alteración efectiva en el mundo exterior y perceptible por los sentidos. Es un concepto que pertenece sustancialmente a la consideración naturalista de la realidad. Será importante precisar que lo que

⁵⁹⁰ Esta diferenciación alcanzada por la filosofía es una que se encuentra muy imbuida de conceptos descriptivos naturalísticos, por lo que en su momento habrá que normativizarlos para que desplieguen adecuadamente su función en el ámbito del mundo jurídico y penal.

en la doctrina penal se ha venido denominando objeto material del delito constituye una categoría cuyo contenido no significa que exista un objeto de carácter material que pertenezca al delito; la acción delictiva como expresión de la voluntad (conocimiento, cognoscibilidad) de la persona requiere en algunos supuestos de un objeto material para su concreción en el mundo real, pero sólo en algunos supuestos, en otros no es necesaria esa concreción. Por tanto, el bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción, como afirma ROXIN el bien jurídico es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque y es lesionable o mejor, atacable, sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.

Luego de abordar la diferenciación entre los conceptos esgrimidos, explicaremos cuáles son las funciones que la dogmática jurídico-penal le ha atribuido al concepto jurídico penal de objeto material. Agregaremos una función -como punto de acercamiento- en la tarea de establecer vínculos más estrechos entre la dogmática penal anglosajona y la dogmática penal europeo-continental. En la medida que se aprecia que el principio del daño (*harm principle*) puede beneficiarse de la distinción desarrollada entre objeto de la acción y bien jurídico protegido, especialmente en los supuestos en los que la exigencia de un concreto portador del interés como persona dañada (mejor, persona atacada) plantea problemas. Además, explicaremos la función del concepto de objeto material de la acción como criterio que da paso a la distinción en los supuestos de ausencia de tipicidad objetiva o de error de tipo cuando se presenta uno de los problemas de disparidad entre el plan y el resultado: el llamado *error in persona vel in objecto* o error -confusión- en el objeto de la acción. Determinaremos en qué supuestos es factible esta solución.

Como segunda tarea investigativa, una vez alcanzado un marco teórico adecuado, determinaremos cuál es el objeto material en el delito de blanqueo de capitales. Señalaremos que entre los supuestos típicos en los que coinciden el objeto sobre el que recae la acción y el objeto de protección penal, las

conductas y comportamientos del delito de blanqueo de capitales⁵⁹¹ son un ejemplo patente. Está claro que el objeto de protección no son los bienes en sí, sino la lícita circulación de estos en el mercado como un elemento esencial para su buen funcionamiento y el de la economía constitucionalmente garantizada en general, la misma que puede ser perturbada en cuanto que otros bienes que tienen un origen delictivo son incorporados al tráfico y circulación de bienes. En el delito de blanqueo de capitales, el objeto material se encuentra representado de conformidad con lo establecido en el art. 301 CP por los *bienes* (en el delito de receptación por los *efectos*). Estos integran el elemento de la estructura típica en torno al que orbitan todos los demás. Sin embargo, se precisa de una conexión normativa entre los bienes que se blanquean y la infracción antecedente de manera que el objeto material ha de proceder del delito previo. Razón por la que se hace necesario abordar el concepto jurídico penal de bienes⁵⁹². Construir un concepto que permita abarcar a todas las conductas típicas descritas en el art. 301 CP. Nos aproximaremos a las definiciones aportadas por los instrumentos del Derecho internacional que han provocado su inclusión dentro de los Códigos penales de muchos países y determinaremos si el objeto material, así como los *instrumentos, efectos o ganancias* de un delito, del delito previo, constituyen bien en el sentido jurídico penal. En el supuesto de que así sea, lo importante será establecer si todos los supuestos en los que se concretan estas categorías son susceptibles de encajar en la descripción típica del delito de blanqueo de capitales. A este respecto, explicaremos qué se debe entender por las referidas categorías para determinar cuál de ellas sí encaja en este concepto. Esto nos ayudará también a delimitar adecuadamente el ámbito de aplicación entre los delitos de receptación y blanqueo de capitales, lo veremos con detenimiento en los apartados sobre estas cuestiones.

⁵⁹¹ Esto se aplica en todos los delitos de blanqueo de capitales, por tanto, el delito de receptación, comparte esta caracterización.

⁵⁹² Como se verá, el concepto de *bienes* abarca también el de *efectos*, por tanto, será importante precisarlos en la finalidad de entender el delito de receptación.

2. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE OBJETO Y SUJETO EN LA FILOSOFÍA

Por objeto se entiende todo aquello que se percibe por medio de los sentidos o acerca de lo cual se ejercen. Es decir, lo que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales⁵⁹³. Se sostiene que el objeto consiste en lo que está delante de nosotros, lo que consideramos, lo que tenemos como mira⁵⁹⁴. Es el fin o intento al que se dirige o encamina una acción o una operación⁵⁹⁵. Se trata en definitiva de un término cuyo contenido difiere sustancialmente y se expresa bajo diversas acepciones, según las disciplinas a través de las cuales se estudia y conforme los puntos de vista de los autores o sistemas doctrinarios. Incluido a este respecto el sistema o la ciencia del Derecho. Objeto es para la filosofía un término que significa lo contrapuesto *objectum*. De lo que se infiere que objeto es lo opuesto o contrapuesto a un sujeto. En el lenguaje escolástico el objeto se corresponde con lo que es pensado, lo que estructura el contenido de un acto de representación con independencia de su existencia real. Lo objetivo es lo opuesto o contrapuesto a lo subjetivo, lo que existe formalmente y no sólo en cuanto contenido del acto representativo. Esta significación ha quedado invertida en la filosofía moderna a partir de KANT, donde sujeto es el *yo* como unidad de percepción trascendental y objeto es aquello que resulta de la síntesis trascendental realizada por medio de las categorías, lo que el *yo* percibe⁵⁹⁶. Objeto significa entonces, aquello que está fuera del sujeto, lo que se opone a él como realidad objetiva frente a toda realidad subjetiva o meramente pensada, imaginada o valorada⁵⁹⁷. En la fenomenología⁵⁹⁸ objeto es para HUSSERL todo lo que puede

⁵⁹³ ESPASA, Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana. Objeto.

⁵⁹⁴ LALANDE, A.: *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, revisado por los miembros de la Sociedad Francesa de Filosofía y publicado con sus correcciones y observaciones, trad. española de la quinta ed., bajo la dirección de LUIS ALFONSO, edit. El Ateneo, Buenos Aires, 1953. Objeto.

⁵⁹⁵ SALVAT, Diccionario Enciclopédico. Objeto.

⁵⁹⁶ FERRATER MORA, J.: *Diccionario de Filosofía*, compilado por PRISCILLA COHN, edit. Alianza Editorial, Madrid, 2006. Objeto.

⁵⁹⁷ GONZÁLEZ, Á.: *Diccionario de filosofía*, edit. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2010. Objeto.

⁵⁹⁸ HUSSERL, E.: *Meditaciones cartesianas*, edit. Fondo de Cultura Económico, México, 1996, pág. 220- 221. Para quien, la fenomenología trascendental, es ante todo un proyecto de renovar a la

ser sujeto de un juicio (el juicio entendido como forma y ejercicio del pensar), todo lo que es capaz de recibir una determinación. Equivale a contenido intencional en general. Lo objetivo no es según esto, algo que tenga una existencia real, sino que el objeto puede ser real o ideal, puede ser o valer. Todo contenido intencional en este caso, es un objeto y puede recibir por ello las determinaciones pertinentes. Con ello, el objeto se aproxima: a) al concepto aristotélico de objeto, (concebido como materia del pensamiento) convenientemente vaciado de su sentido sustancial; y, b) al concepto escolástico de objeto, por el cual lo pensado o contenido en el acto intencional se distingue del acto mismo y del término al cual apunta.⁵⁹⁹

Con la definición de objeto, entendido como el centro de un juicio, la teoría del objeto se propone investigar formalmente las distintas clases de objeto existentes y adscribir a ellas las correspondientes determinaciones generales. Sin embargo, nos encontramos ante la realidad de que los objetos son ilimitados. Esto no impide su agrupación o sistematización de conformidad a sus determinaciones. Tenemos por tanto en líneas generales: a) objetos reales, es decir objetos que poseen realidad en sentido estricto: físicos (caracteres distintivos: temporales y espaciales) y psíquicos (caracteres distintivos: temporales e inespaciales); b) objetos ideales: matemáticos y las relaciones ideales (caracteres distintivos: intemporalidad, inespacialidad y ausencia de interacción); c) objetos cuyo ser consiste en el valer: valores; d) objetos metafísicos⁶⁰⁰. A partir de esta caracterización del concepto objeto, el sujeto es: a) el sujeto lógico o de predicación y significa aquello de lo que se predica algo; b) el sujeto físico o de inherencia y significa aquello a lo que están unidos los accidentes; c) sujeto como cualquier realidad existente fuera de la mente y que puede ser por ésta conocida; y, d) sujeto en significación del que conoce, por lo que todas las condiciones que están de parte del que conoce se llaman subjetivas. Objeto es la misma cosa conocida no en cuanto que existe en la

filosofía para hacer de ella una ciencia estricta que comprenda una tarea de construcción colectiva. Asume como tarea primera, la actividad de describir el sentido que el mundo tiene para nosotros antes de construir el sistema filosófico.

⁵⁹⁹ FERRATER MORA, J.: *Diccionario...*, *ob. cit.*, continúa sobre la definición de Objeto.

⁶⁰⁰ ESPASA, Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana. Objeto.

naturaleza fuera del entendimiento, sino en cuanto que tiene un ser ideal en la mente. Es el mismo verbo de la mente en cuanto que actualmente representa la cosa y significa la misma cosa que existe en la naturaleza independientemente del que la conoce, la cual, con todo, se ofrece a la mente por medio de la representación ideal. Por tanto, es llamado sujeto el ser que conoce y objeto la cosa conocida, pero en cuanto tiene su naturaleza propia y libre por entero de lo que opine de ella el sujeto. Lo subjetivo depende de la variada opinión del sujeto y objetivo es aquello que descansa en la constante naturaleza de la cosa⁶⁰¹.

En conclusión, por objeto debe entenderse todo aquello que se ofrece a los sentidos o a la inteligencia o a otra facultad cualquiera para su determinación a través de un juicio como forma básica del pensamiento. Mientras que por sujeto se entiende el ser poseedor del sentido, de la inteligencia o de la facultad de que se trate, aquel que mediante el ejercicio del juicio realiza la determinación de un objeto. En el ámbito jurídico-penal, por ser las anteriores definiciones referidas a cuestiones psicofísicas, nos son bastante irrelevantes, en el sentido de que para que sean vinculantes en el ámbito jurídico es preciso normativizarlas, o lo que es lo mismo dotarlas de sentido. Así, el sujeto será la persona capaz de conocer y el objeto será siempre la cosa que es conocida y es relevante para el derecho, porque el derecho lo ha afirmado así. En la capacidad de conocer se incluye el conocimiento y la cognoscibilidad, es decir que para la persona que se dirige la norma era posible acceder al conocimiento, aunque no lo hizo (revisar los Capítulos I y II). El objeto como parte de la acción o referida al comportamiento debe ser alcanzada por el conocimiento o por la posibilidad de conocer, cognoscibilidad. Sólo así es posible articular un entendimiento de estos conceptos en el ámbito jurídico-penal, es decir en referencia a la sistemática de la teoría del delito.

⁶⁰¹ OMEBA, Biblioteca Jurídica. Objeto.

3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE OBJETO MATERIAL

Tal y como hemos afirmado en las líneas precedentes, existe una diferenciación conceptual entre lo que es el bien jurídico como objeto de protección de la norma jurídico penal y lo que constituye el concreto objeto material de la acción. Esta diferenciación, la teoría del bien jurídico la ha desarrollado desde hace ya bastante tiempo. Sin embargo, esto no siempre fue así. La importancia que reviste lo que debe entenderse por objeto del delito (lo que algunos consideran una de las cuestiones más importantes y en conjunto más difíciles y controvertidas que se ha discutido y que presenta la ciencia del Derecho penal⁶⁰², y que ha motivado multiplicidad de estudios) está en haberse convertido en punto de apoyo para la construcción y análisis del tipo penal. Cabe mencionar que, en su evolución, se afirmó primeramente que el objeto del delito se identificaba como el ente corporal -cosa u hombre- sobre los que recayere la conducta delictuosa⁶⁰³. Sin embargo, esta postura fue luego superada señalándose que el delito no surge ni del hecho material ni de la prohibición consignada en la ley considerados aisladamente, sino del conflicto entre ambas realidades. De esto se deduce que el delito es una relación de contradicción entre el acto de la persona y la norma jurídico penal. En la norma encontramos contenido al ente jurídico denominado delito⁶⁰⁴. Este ente jurídico que para existir necesita varios elementos cuyo conjunto constituye su unidad, se denomina la unidad e integridad del delito. Sin embargo, lo que efectivamente lo consuma es la contradicción de estos elementos con la norma jurídica. El delito se configura como un ataque a los intereses jurídicamente protegidos, a juicio del legislador un ataque especialmente peligroso para el orden jurídico existente⁶⁰⁵. Por tanto, es un error sostener que el objeto del

⁶⁰² ROCCO, A.: *El Objeto del Delito y de la tutela Jurídica penal*, trad. GERÓNIMO SEMINARA, edit. B de F, Montevideo, 2001, pág. 1.

⁶⁰³ CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal*, edit. Temis, Bogotá, 1986, pág. 62.

⁶⁰⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, *ob. cit.*, pág. 203. Para quien, la fórmula *ente jurídico* revela claramente, en la tesis *carrariana*, su diferencia del delito *como hecho*. Este último alude a su origen, a la pasión humana. El otro alude a la naturaleza de la sociedad civil, que requiere frenar los deseos.

⁶⁰⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, *ob. cit.*, pág. 426.

delito es la cosa o la persona sobre los que se ejercita la conducta típica. El delito se persigue no como suceso fáctico material, sino como realidad jurídica.

La conducta en la que incurre el sujeto activo del delito tiene por objeto la cosa o la persona descrita en el supuesto típico como necesaria condición fáctica para configurar el ataque: la lesión o puesta en peligro del interés jurídico protegido por la norma penal. El ente jurídico, es decir el delito, tiene por objeto una idea. Esta idealización protegida por el ordenamiento jurídico es lo que se corresponde con el derecho violado o colocado en peligro que la ley penal protege mediante la prohibición. El bien jurídico -objeto de protección u objeto de ataque- no es como el ya mencionado objeto de la acción, un objeto concreto del mundo exterior. El bien jurídico es una figura ideológica, es la valoración objetiva en su forma más sencilla que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido⁶⁰⁶. En definitiva, por objeto de la acción se debe entender el objeto material sobre el que la acción se ejecuta y se diferencia del objeto de protección que es el objeto al que la ley depara su protección⁶⁰⁷.

En un principio incluso se confundió este concepto con el de sujeto pasivo, es decir con el hombre (ser humano) o la cosa sobre los que recaen los actos materiales dirigidos por el culpable hacia un fin *perverso*⁶⁰⁸. Se sostenía, por tanto, que el objeto material son las cosas o personas sobre las cuales por la naturaleza del hecho el culpable debe ejercitar ciertos actos como medio para llegar después a lo que tiene el propósito de consumir (en los supuestos de tentativa) y sobre los que se ejecuta el delito (en los supuestos de delitos consumados)⁶⁰⁹. Esto fue superado con la idea de que efectivamente el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho, bien o interés jurídico protegido por una norma jurídico-penal violada o infringida mediante el acto delictivo realizado por el sujeto activo. El derecho, bien o interés jurídico protegido es el objeto jurídico de protección y su titular es el sujeto pasivo del delito. El

⁶⁰⁶ MEZGER, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 155.

⁶⁰⁷ MEZGER, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 148.

⁶⁰⁸ CARRARA, F.: *Programa...*, ob. cit., pág. 67.

⁶⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, ob. cit., pág. 477.

sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el perjudicado⁶¹⁰. Debe distinguirse: a) por un lado, entre los conceptos de sujeto pasivo y de sujeto pasivo de la acción⁶¹¹ (persona sobre la que recae físicamente la acción típica⁶¹²) aunque puedan coincidir. Es factible distinguir entre el sujeto cuyos bienes o intereses jurídicos resultan atacados (lesionados o puestos en peligro) por el delito y la persona sobre la que recae la acción punible. Sólo la titularidad del bien jurídico deviene en la condición de ser sujeto pasivo de un delito⁶¹³; y, b) por otro lado, entre sujeto pasivo y perjudicado. El concepto de perjudicado no sólo abarca al titular del interés lesionado por el delito, sino a todos aquellos que soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas. Por ejemplo, en el homicidio la víctima es el sujeto pasivo y los familiares se corresponden con los perjudicados. La relevancia de este concepto de perjudicados la encontramos en las repercusiones sobre la responsabilidad civil que procede frente a todo aquel que tenga este carácter⁶¹⁴. Esto no implica imposibilidad para que en ciertos supuestos típicos el objeto material del delito y el sujeto pasivo identificable en el concreto curso prohibido lesivo o no, estén constituidos por una misma persona, esto lo intentaremos aclarar en líneas posteriores.

Con lo anotado en los párrafos precedentes se hace mucho más fácil entender por qué los penalistas sostienen que el objeto material del delito también denominado objeto del hecho u objeto de la acción es definido como la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica. Aquella cosa del mundo exterior⁶¹⁵ sobre la que debe recaer la conducta típica⁶¹⁶. El objeto de la acción también llamado objeto material es la persona u objeto material personal o cosa

⁶¹⁰ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 229.

⁶¹¹ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 361.

⁶¹² MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 229.

⁶¹³ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 361-362.

⁶¹⁴ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 230.

⁶¹⁵ También se incluyen los objetos incorpóreos, JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal*, PG, cuarta ed., trad. MANZANARES SAMANIEGO, J., edit. Comares, Granada, 1993, pág. 294.

⁶¹⁶ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 161.

u objeto material real sobre la que incide la acción descrita en el tipo. Por ejemplo, la persona sobre la que recae la acción de matar es el objeto material y también el sujeto pasivo del delito, aunque en el plano conceptual son siempre susceptibles de distinción, pueden coincidir. Sucede así en el homicidio porque en este caso siempre el objeto material y el sujeto pasivo o titular del bien jurídicamente protegido es la misma persona a quien se priva de la vida, es decir, sobre la que incide la acción letal. El objeto de la acción u objeto material está constituido por el ser animado o inanimado, persona, cosa o animal sobre el que se realiza el movimiento corporal del autor que lleva a efecto una condición típica en el ámbito de los delitos a cuya descripción pertenece un resultado tangible. Este concepto pertenece sustancialmente a la consideración naturalista de la realidad⁶¹⁷.

En algunos delitos el objeto material del delito constituye la base del actuar típico y el momento de referencia tangible de la voluntad antijurídica del autor⁶¹⁸. Desde una perspectiva normativa señalaríamos que constituye el momento de referencia del conocimiento o cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento) antijurídica del autor del delito que se manifiesta sólo en aquellos delitos que para ser consumados requieren una realización fáctica materialmente apreciable porque exigen una alteración efectiva en el mundo exterior perceptible por los sentidos. En aquellos otros supuestos típicos en que no se precisa la producción de resultado alguno, consumándose el delito con la mera exteriorización de la voluntad del sujeto desprovista de todo correlato de índole sustancial externamente perceptible, el objeto de la acción suele ser inexistente porque resulta innecesaria su presencia. Existirán delitos con pluralidad de objetos materiales y hay por el contrario tipos que carecen de objeto material⁶¹⁹.

⁶¹⁷ POLAINO NAVARRETE, M.: «El bien jurídico en el Derecho Penal...», *ob. cit.*, pág. 38-42.

⁶¹⁸ Revisar sobre esta cuestión, la normativización del dolo, por ejemplo, en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Atribuciones normativas...*, *ob. cit.*, pág. 46 y ss., aquí, para la exposición de la moderna doctrina, se recurre a casos prácticos. Así, se cita la STS de 2 de julio de 1994, pág. 27 y 50; RAGUÉSI VALLÉS, R.: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1999; y, DÍAZ-ARANDA, E.: *Dolo*, edit. Porrúa, sexta ed. (primera 1999), México DF, 2007.

⁶¹⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*, edit. Ariel, Barcelona, 1978, pág. 275.

Concluimos que se hizo necesario desechar un concepto unitario y universal de objeto del delito para así poder distinguir de una parte, un objeto material (objeto de la acción, objeto del acto, objeto del atentado criminal) y, de otra parte, un objeto jurídico del delito o de la infracción, en la terminología alemana destaca la consideración del objeto de la protección de la norma penal. En consecuencia, por objeto material del delito debemos entender el ente físico -cosa o persona- en quien recae la acción u omisión que configure legalmente el delito de que en cada caso se trate. Forma parte de la descripción de una figura delictiva, siempre que se trate de objetos reales en sentido estricto formará parte de la descripción típica si así el tipo penal lo requiere, por lo que en estos supuestos será siempre un elemento del tipo legal⁶²⁰.

4. DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS JURÍDICO-PENALES DE BIEN JURÍDICO Y OBJETO MATERIAL

Lo importante es dilucidar la relación normativa que existe entre el objeto material y el bien jurídico protegido por el tipo penal. Algunos autores sostienen que el objeto material del delito debe corresponderse con la materialización del bien jurídico protegido por el tipo, otros en cambio niegan esta relación de equivalencia funcional y, por último, hay quienes señalan que lo que los liga o une es un fenómeno de repercusión, es decir que la lesión o puesta en peligro, el ataque producido al bien jurídico se ve reflejado en el objeto material del delito⁶²¹. Así, una acción sólo puede ser imputada cuando ella ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto material protegido y el riesgo se ha realizado en el resultado típico⁶²². El significado de la distinción entre bien jurídico y objeto de la acción suele realizarse mediante ejemplos para indicar que el objeto material surge de la contemplación del curso puramente externo de la acción inculpada sin tener en cuenta la

⁶²⁰ MEZGER, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 155-159.

⁶²¹ Esto de manera especial, en el delito de blanqueo de capitales, así lo sostiene BLANCO CORDERO, I.: *El Delito de...*, ob. cit., pág. 205-206.

⁶²² JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 307.

contrariedad a la norma⁶²³. De este modo, el bien jurídico es distinto al objeto de la acción, al objeto concreto de la ejecución corporal⁶²⁴. El bien jurídico deberá, por tanto, distinguirse del concreto objeto de la acción. En ciertos delitos es fácil realizar esta distinción, como por ejemplo en el delito de falsedad documental en donde el bien jurídico protegido se corresponde con la pureza del tráfico probatorio o el derecho de las personas concretas a quedar libres de engaño⁶²⁵ pero el objeto material identificado es el documento falsificado. En otros supuestos parecen coincidir tanto el objeto de la acción como el bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en los que la vida humana es tanto el objeto de la agresión, así como el bien jurídico protegido, sin embargo, esto es sólo aparentemente, pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida mientras que el bien jurídico protegido es el derecho a la vida humana. El bien jurídico es entonces el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción⁶²⁶. El objeto material es aquel elemento del mundo exterior sobre el que, o en relación con el cual, se realiza la acción delictiva⁶²⁷. Por tanto, los bienes jurídicos no deben ser confundidos con los objetos sobre los cuales recae la acción delictuosa; por ejemplo, en el tipo penal que contiene el delito de robo, el bien jurídico es el patrimonio y el objeto material de la acción es la cosa mueble ajena. En algunos casos, el bien jurídico y el objeto de la acción se confunden; tal como hemos afirmado en las líneas anteriores, como, por ejemplo, en el delito de homicidio⁶²⁸. Su existencia como un objeto real dentro del supuesto prohibido

⁶²³ HEFENDEHL, R.: «El Bien Jurídico como eje material de la Norma Penal...», *ob. cit.*, pág. 179.

⁶²⁴ MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 252.

⁶²⁵ La primera opción, por todos, QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial...*, *ob. cit.*, quinta ed., pág. 1503 y ss. En contra de esta interpretación proponiendo la segunda opción, JAKOBS, G.: *Falsedad documental*, Revisión de un delito de engaño, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pág. 39, *passim*. Para quien, el delito de falsedad documental protege el derecho de las personas concretas a quedar libres de engaño.

⁶²⁶ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 62-63.

⁶²⁷ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 294.

⁶²⁸ HURTADO POZO, J.: *Manual de Derecho Penal*, edit. Eddili, segunda ed., Lima, 1987, pág. 205.

depende exclusivamente de la estructura del tipo penal, es decir en caso de que sea requerido por el mismo o no.

Es importante precisar que la referencia al objeto material del delito constituye una categoría cuyo contenido no significa que exista un objeto de carácter material que pertenezca al delito. La acción delictiva (como expresión de la voluntad normativizada: conocimiento/cognoscibilidad antijurídica de la persona) requiere en algunos supuestos de un objeto material para su concreción en el mundo real, pero sólo en algunos supuestos, en otros no es necesaria esa concreción -al menos como objeto real-. Esta cuestión, está relacionada con la distinción que se ha alcanzado entre los conceptos de lesión y resultado, el último contiene al primero. Dentro de la categoría de resultado⁶²⁹ se desarrolla la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro. Sólo en los delitos de lesión se lesiona el objeto de la acción en el que se materializa el bien jurídico protegido, por ejemplo, en el homicidio el (derecho a) la vida humana. Los delitos de peligro en cambio, sólo producen una situación de peligro: a) peligro concreto, por ejemplo, en el delito de conducción temeraria; o, b) peligro abstracto, por ejemplo, en el delito de venta de medicamentos sin receta⁶³⁰.

Revisemos un poco más esta cuestión. En relación con la forma del ataque provocado al objeto jurídico de protección se podrá distinguir entre delito de lesión o delito de peligro. De este modo, también en función del ataque se verificará si existe o no objeto material de la acción. Se diferenciará entre: a) delito de lesión: en el que el tipo legal prevé un daño real al objeto sobre el que recae la acción; ejemplo, delito de homicidio (en el ámbito de los delitos contra la vida no es ésta, como realidad biológica, el objeto de tutela, aunque sí sea el objeto de la acción típica, sino el conjunto de facultades de decisión y disposición que el sujeto tiene sobre la misma. Y es que, por lo que se refiere a los bienes jurídicos individuales, el Derecho penal no protege sustratos materiales sino facultades de disposición, de modo que

⁶²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, edit. Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 31.

⁶³⁰ HASSEMER, W., MUÑOZ, F.: *Introducción...*, *ob. cit.*, pág. 145-146.

conceptualmente no son ideas coincidentes la de la *protección del sustrato* y la de la *protección de la capacidad de disposición del titular*⁶³¹); y, b) delito de peligro: en el que el tipo legal exige la creación de un peligro como resultado de la acción, por ejemplo: exposición y abandono de persona en peligro. Por peligro se comprende una situación singular, la cual, de acuerdo a las circunstancias concretas presentes, hace temer la producción de un evento dañoso. Entre estos delitos de peligro, se distinguen los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. En los primeros, el peligro es considerado como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios. El legislador no incorpora, por lo tanto, dicho peligro como una nota del tipo legal; por ejemplo, el delito de incendio. En el delito de peligro concreto, los bienes se encuentran, efectivamente, en la esfera de la influencia nociva del acto. Este hecho figura en la descripción realizada por el legislador al elaborar el tipo legal, quien deberá comprobar su existencia al efectuar esa elaboración, e igualmente debe hacerlo el juzgador en cada caso particular, por ejemplo, el delito de explosión⁶³².

Por otro lado, la ciencia del Derecho penal también ha diferenciado entre los delitos que para verificarse requieren un resultado de lesión demostrable en el mundo exterior y los que por la sola ejecución de una actividad configuran el tipo, de este modo, los delitos de lesión⁶³³ se podrán diferenciar de los delitos de simple actividad según exista o no objeto de la acción. Por ejemplo, en el delito de lesiones corporales se exige un determinado resultado de lesión producido en el mundo exterior: una auténtica lesión; en cambio, en el delito de injurias calumniosas o propiamente de calumnias, se

⁶³¹ DEL ROSAL BLASCO, B.: «El Homicidio y sus formas en el Código penal de 1995», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al PROFESOR DOCTOR DON ÁNGEL TORÍO LÓPEZ*, editores: CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R., BERISTAIN IPIÑA, A., ROMEO CASABONA, C., edit. Comares, Granada, 1999, pág. 679.

⁶³² HURTADO POZO, J.: *Manual...*, *ob. cit.*, pág. 209.

⁶³³ El criterio delimitador entre un comportamiento lesivo y otro que encarna tan sólo un peligro para el bien jurídico, se encuentra no en el *resultado*, sino en la forma en que ese resultado se expresa. Puesto que en ambas modalidades se puede verificar un resultado reprochable por el Derecho: resultado de lesión y resultado de peligro, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados...*, *ob. cit.*, pág. 31 y ss.

exige la manifestación concreta o actitud injuriosa en sí mismo, un resultado de lesión que no produce cambio apreciable en el mundo fáctico sino sólo en el mundo de los valores: resquebrajamiento de la estima o de la autoestima⁶³⁴. Por tanto, en la teoría penal se habla de delitos materiales o de resultado en oposición de los delitos de mera actividad. Los primeros se distinguirían de los segundos porque se entiende que en ellos es posible, a su vez, distinguir en su estructura típica un resultado material (fenomenológicamente) separado espacial y temporalmente de la acción. Este resultado material se identificaría con la lesión del bien jurídico protegido por la norma. Se suelen poner como ejemplos los delitos de homicidio, los delitos de lesiones y los delitos de daños, en estos delitos la acción típica de matar, lesionar o dañar requiere la afectación de los bienes jurídicos (derecho a la) vida, (derecho a la) salud (e integridad) individual y (respeto de los derechos de disposición vinculados al) patrimonio respectivamente y el resultado material de muerte, lesión o daño que recae sobre el objeto de la acción, esto es, sobre la persona o el bien, se identifica con el resultado valorativo de afectación del bien jurídico. De esta manera, se puede apreciar que en estos delitos la causalidad resolvería en un solo momento dos cosas totalmente diferentes: el problema del resultado material perteneciente al mundo de la naturaleza (de los fenómenos) y el problema valorativo, por tanto, conceptual, de la afectación al bien jurídico⁶³⁵. Esto no quiere decir que la causalidad explique el delito, porque para nosotros, la causalidad por sí sola no significa nada, incluso en supuestos de causalidad generada de modo doloso. Un comportamiento tan sólo tiene un significado, es típico, en la medida en que vincula a quien lo realiza⁶³⁶.

Por último, en la tarea de diferenciación del concepto de bien jurídico y objeto material encontramos la que se refiere a la forma de nacimiento de los tipos penales, es decir al modo en el que el legislador decide construir las

⁶³⁴ Entonces, sólo en los delitos de resultado de lesión fáctica se plantea la cuestión de la relación causal entre acción y resultado, y sólo en ellos se ve directamente el bien jurídico protegido.

⁶³⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: «Imputación Objetiva y Principio de Lesividad», en *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos...*, ob. cit., pág. 412.

⁶³⁶ JAKOBS, G.: *La imputación Objetiva en Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, M., BAE, edit. Grijley, Lima, 1998, pág. 9.

conductas e hipótesis típicas, antijurídicas y culpables. Cabe apreciar tres técnicas legislativas distintas respecto a la relación entre bien jurídico y objeto de la acción: a) coincidencia formal y de contenido, cuando se utiliza el bien jurídico para formular el tipo, aquí se establece una relación de identidad entre ambas categorías; b) coincidencia de contenido, ocurre por ejemplo en los delitos contra la vida, el bien jurídico es el derecho a la vida humana y el objeto material es la vida humana, en ambos conceptos se verifica el mismo contenido en la interpretación de los delitos; y, c) ninguna coincidencia, son los supuestos en los que se prohíbe la causación de una modificación que no puede considerarse lesión del bien jurídico⁶³⁷. Hasta aquí, hemos revisado cómo y de qué manera se diferencian los conceptos jurídico-penales de objeto material y objeto jurídico de protección, ahora revisaremos cuáles son las funciones que la dogmática ha asignado al primero.

5. FUNCIONES DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE OBJETO MATERIAL

Entre las funciones que se le han atribuido al objeto material del delito tenemos varias: a) una función limitativa, la misma que se cristaliza en el momento en el que el legislador decide considerar que sólo existe el injusto material merecedor de amenaza de pena cuando la lesión se materializa en determinados objetos y no en otros. El bien jurídico es por definición un valor y como tal se podría manifestar en múltiples objetos; b) una función diferenciadora, entre tipos penales que protegen el mismo bien jurídico; c) función de representación del resultado de lesión, en los delitos de resultado de lesión⁶³⁸. El resultado de lesión consiste ante todo en la lesión de un determinado objeto, este objeto se denomina objeto de la acción y no se debe confundir con el objeto de protección o bien jurídico que puede tener también una naturaleza ideal. En general, todos los delitos en los que exista un bien

⁶³⁷ HEFENDEHL, R.: «El Bien Jurídico como eje material de la Norma Penal...», *ob. cit.*, pág. 180-181.

⁶³⁸ GRACIA MARTÍN, L.: *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en el derecho penal*, edit. Trivium, Madrid, 1990, pág. 250, especialmente citado por BLANCO CORDERO, I.: *El Delito...*, *ob. cit.*, pág. 207.

jurídico comportan un ataque al bien jurídico, sólo un número determinado de ellos requiere una lesión material, la del objeto de la acción⁶³⁹.

Podríamos agregar una función importante en la tarea de establecer vínculos más estrechos entre la dogmática penal anglosajona y la dogmática penal europeo-continental. Esto es así en la medida en que podemos verificar que el principio del daño (*harm principle*) conforma por sí solo un fundamento correcto de legitimación para el Derecho penal nuclear clásico -homicidios, lesiones, delitos contra la propiedad-. Es interesante manifestar que se predica en este contexto la proximidad de dicho principio con determinadas concepciones del bien jurídico. Si intentamos desvincular el debate sobre la legitimación de normas penales de la estrechez propia de un concepto omnicompreensivo de bien jurídico, el principio del daño ofrece una buena alternativa terminológica al menos para la teoría personal del bien jurídico: un concepto liberal y crítico de bien jurídico puede ganar en precisión si tiene en cuenta el principio del daño. Inversamente, también el principio del daño puede beneficiarse del contacto entre ambas concepciones: la distinción desarrollada a partir del concepto de bien jurídico entre objeto de la acción y bien jurídico protegido puede ayudar a resolver algunos casos difíciles para el principio del daño en los que la exigencia de un concreto portador del interés como persona dañada plantea problemas⁶⁴⁰.

Otra de las funciones que cumple el concepto de objeto material de la acción dentro de la dogmática penal está en constituirse en un criterio que da paso a los supuestos de ausencia de tipicidad objetiva o de error de tipo cuando se presenta uno de los problemas de disparidad entre el plan y el resultado: el llamado error *in persona vel in objecto* o error (confusión⁶⁴¹) en el objeto de la acción. Cuando se trate de objetos no equivalentes, por ejemplo, un habitante de aldea (un pueblerino) desconoce o no reconoce, en la tienda a un maniquí y

⁶³⁹ BACIGALUPO, E.: *Lineamientos de la Teoría del Delito*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, pág. 163-164.

⁶⁴⁰ SEHER, G.: «La legitimación de Normas Penales basada en principios y el concepto de Bien Jurídico», en *La teoría del bien jurídico...*, ob. cit., 81.

⁶⁴¹ WELZEL, H.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 79.

crea que un señor desconocido le mira fijamente, por lo que, abofetea al muñeco y éste se rompe. La solución dogmática afirma que nos encontramos ante un caso de tentativa de lesión corporal impune y eventualmente se podría añadir daño de cosas culposo también impune⁶⁴². Lo mismo sucedería respecto de aquel que dispara contra una persona creyendo que es un animal de caza, sin infringir la normativa de relación, etc. La equivalencia no es material sino jurídica, siendo posible que la no equivalencia elimine la tipicidad objetiva, como en el caso del que se apodera de la cosa propia creyendo que era ajena⁶⁴³. Si por el contrario los objetos son típicamente iguales, entonces el error es irrelevante, por tanto, da cabida a la imputación. Por ejemplo, si A quiere matar de un tiro a X y confunde en el crepúsculo a X con Y, que en este momento viene con él y lo mata. En este sentido, por cuanto el derecho prohíbe genéricamente la muerte de una persona, el autor de la muerte de Y deberá responder por un homicidio doloso. Si se evidencia un error de autor, concluimos que es también irrelevante para el instigador porque el autor cometió el hecho de acuerdo con el dolo que el instigador le había inspirado⁶⁴⁴.

6. RESUMEN DE CONCLUSIONES

A) La primera conclusión relevante de esta primera parte del Capítulo V es la siguiente: por objeto debe entenderse todo aquello que se ofrece a los sentidos o a la inteligencia o a otra facultad cualquiera para su determinación a través de un juicio como forma básica del pensamiento. Mientras que por sujeto se entiende el ser poseedor del sentido, de la inteligencia o de la facultad de que se trate, aquél que mediante el ejercicio del juicio realiza la determinación de un objeto. Como estas definiciones están referidas a sustratos psicofísicos, una vez normativizadas para que sean vinculantes respecto del ámbito jurídico afirmamos que el sujeto será la persona capaz de conocer y el objeto, será siempre la cosa que es conocida y es relevante para el derecho,

⁶⁴² WELZEL, H.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 80.

⁶⁴³ ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 540.

⁶⁴⁴ WELZEL, H.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 81.

porque el derecho lo ha afirmado así. En la capacidad de conocer se incluye el conocimiento (dolo) y la cognoscibilidad (culpa), es decir que para la persona que se dirige la norma era posible acceder al conocimiento, aunque no lo hizo. El objeto como parte de la acción o referida al comportamiento debe ser alcanzada por el conocimiento o por la posibilidad de conocer, cognoscibilidad. Sólo así, es posible articular un entendimiento de estos conceptos en el ámbito jurídico-penal, es decir en referencia a la sistemática de la teoría del delito.

B) No se debe confundir entre sujeto pasivo y objeto material, el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho, bien o interés jurídico protegido por una norma jurídico-penal violada o infringida mediante el acto delictivo realizado por el sujeto activo. El derecho, bien o interés jurídico protegido es el objeto jurídico de protección y su titular es el sujeto pasivo del delito. El sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el perjudicado. Tampoco se debe confundir con el objeto jurídico de protección. El bien jurídico no es el objeto de la acción, un objeto concreto del mundo exterior. El bien jurídico es una figura ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción. El objeto material del delito, objeto del hecho u objeto de la acción es la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica, es el ente físico -cosa o persona- en quien recae la acción u omisión que configure legalmente el delito de que en cada caso se trate. Forma parte de la descripción de una figura delictiva en los supuestos que aquella lo determine o lo requiera. Siempre que se trate de objetos reales en sentido estricto formará parte de la descripción típica y en estos supuestos será siempre un elemento del tipo legal.

C) Entre las funciones que se han atribuido al concepto de objeto material destacan las siguientes: a) una función limitativa, que se verifica en el momento en el que el legislador decide considerar que sólo existe el injusto material merecedor de amenaza de pena cuando la lesión se materializa en determinados objetos y no en otros; b) una función diferenciadora entre tipos penales que protegen el mismo bien jurídico; c) una función de representación del resultado, en los denominados delitos de resultado. También puede ser de

mucha utilidad respecto del derecho penal anglosajón *-criminal law-*, porque el principio del daño puede beneficiarse de la distinción desarrollada entre bien jurídico y objeto de la acción para resolver algunos casos difíciles en los que la exigencia de un concreto portador del interés como persona dañada plantea problemas. Finalmente, el objeto material de la acción es un criterio que da paso a los supuestos de ausencia de tipicidad objetiva o de error de tipo cuando se presenta uno de los problemas de disparidad entre el plan y el resultado: el llamado *error in persona vel in objecto* o error (confusión) en el objeto de la acción.

Con estos resultados, estamos en condiciones de emprender la tarea de desentrañar cuál es el concreto objeto de la acción en el delito de blanqueo de capitales y determinar qué funciones desempeña. Recordemos que la averiguación de esta cuestión nos ayudará al objetivo planteado con esta investigación: determinar con precisión cuál el ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y su delimitación respecto de la receptación como presupuesto para demostrar que los comportamientos del mulero o *phisher mule* no son blanqueo imprudente sino receptación. Es lo que a continuación realizaremos.

IV. OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

1. CUESTIÓN PRELIMINAR: CRITERIOS PARA DELIMITAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE BLANQUEO Y RECEPCIÓN

Si los tipos penales de los arts. 298 y 301 del CP son conductas muy próximas y redactadas de manera muy parecida entonces, se puede afirmar que en ambos tipos penales caben indistintamente las conductas típicas que se imputan habitualmente por la doctrina y la jurisprudencia a ambos delitos. Veamos ahora cómo el legislador ha decidido diferenciar puntualmente ambas figuras delictivas, porque si las conductas típicas son similares y subsumibles en ambos tipos delictivos ¿cómo pues estableceríamos el ámbito de aplicación? Lo que usualmente ha hecho y hace la doctrina y la jurisprudencia no nos convence: partir (de una premisa dada, ajena al texto legal⁶⁴⁵) de la (mentada) diferente naturaleza u origen de las disposiciones, que sin embargo en la práctica nada soluciona, porque son conductas similares. En efecto, tanto el delito de receptación como el delito de blanqueo de capitales tienen orígenes diversos y responden a realidades sociales, económicas, y en general, a momentos culturales disímiles; y aunque esta sea la premisa básica de la que hay que partir para entender el fenómeno delincuenciales desde una perspectiva criminológica y político criminal si se quiere; sin embargo, en lo que respecta a su análisis dogmático y la repercusión que éste tiene en la práctica, no debe tener mayor peso que el que le concede la ley. El intérprete no debe exceder el ámbito de aplicación de la ley, no está autorizado a decir lo que la ley no dice, peor decir lo que la ley no quiere decir⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Sobre esta crítica, DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «El blanqueo de capitales procedentes...», *ob. cit.*, pág. 162; HUERTA TOCILDO, S.: «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines», en *CDJ*, 1996, pág. 373; FARALDO CABANA, P.: «Aspectos básicos...», *ob. cit.*, pág. 124. Esta última autora, textualmente señala que la explicación del delito de receptación ha nacido de la reflexión en torno al fundamento de la punición y no del análisis de la estructura típica.

⁶⁴⁶ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 149.

Revisemos esta cuestión de la mano de un ejemplo de la forma en que la doctrina caracteriza estos tipos delictivos. Aunque algunos⁶⁴⁷ aceptan que el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales tienen un origen (y naturaleza genérica) común, actualmente tienen unos requisitos y ámbitos objetivos de aplicación diferentes, lo que condiciona, exige y permite su estudio por separado. Sin embargo, al momento de interpretar el tipo, especialmente lo referido a la conducta típica, recurren a las mismas expresiones que nos demuestran que nos encontramos ante la misma figura delictiva o por lo menos parecida. Por ejemplo, sobre el delito de receptación se afirma que “*la descripción legal de la acción típica tiene, de este modo, un contenido plural y abierto, en el que se incluyen todos los comportamientos materiales a través de los que sea posible recibir los objetos obtenidos de la comisión de uno de aquellos delitos, adquirirlos u ocultarlos; y asimismo todos los que puedan configurarse como actos de ayuda a los responsables de un delito a aprovecharse de aquellos*”⁶⁴⁸; sobre el blanqueo de capitales se señala que “*los contenidos de las conductas típicas son, como se ha visto, amplísimos, pues abarcan todos los comportamientos materiales a través de los que pueden normalizarse los rendimientos del delito*”⁶⁴⁹.

Entonces, la tesis que se quiere demostrar aquí es que a partir de una interpretación sistemática⁶⁵⁰ y teleológica se desprende que el delito de

⁶⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, ob. cit., pág. 509; LAMARCA PÉREZ, C., y otros: *Derecho penal...*, PE, ob. cit., pág. 412.

⁶⁴⁸ LAMARCA PÉREZ, C., y otros: *Derecho penal...*, PE, ob. cit., pág. 412.

⁶⁴⁹ LAMARCA PÉREZ, C., y otros: *Derecho penal...*, PE, ob. cit., pág. 417.

⁶⁵⁰ Por imperativo legal, el primer requisito típico es la previa comisión de un delito patrimonial o socioeconómico. Esta referencia normativa, sustituye a la anterior fórmula de *un delito contra los bienes*, VIVES ANTÓN, T., y otros: *Derecho Penal...*, PE, ob. cit., pág. 627, este será, como se verá, uno de los fundamentos que utilizaremos para la delimitación del ámbito de aplicación existente entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales: a) la preceptiva necesidad de que el delito previo sea uno que de los que se encuentran en el apartado de delitos que atenten contra el patrimonio y el orden socioeconómico; y, b) la sustitución del carácter del delito previo. Antes, tal y como constaba en la anterior regulación, el delito previo tenía que ser *un delito contra los bienes*. La condición de ser el delito precedente *un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico*, es decir uno de los delitos que bajo esta rúbrica se tipifican en el Título XIII, trae consigo correlatos prácticos muy importantes porque, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, que se refería a cualquier delito contra los bienes, se entendía, por ejemplo que podían proceder del delito de malversación de caudales públicos, ahora esta interpretación excede el ámbito de aplicación del texto punitivo del art. 298. Sin embargo, la nueva

receptación tiene un ámbito de aplicación distinto del propio ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y, sin embargo, los dos tipos penales prohíben el blanqueo de bienes⁶⁵¹ cuyo origen sea un delito. Esto significa que la diferenciación típica no se explicaría ni: a) por la concreta diferenciación de las conductas típicas; y/o, b) por lo distinto del bien jurídico protegido. Porque como se ha visto en el Capítulo V ambas figuras delictivas protegen un mismo bien jurídico mediante estrategias diversas. La diferenciación se explica porque se encuentran sistemáticamente delimitados: el delito de receptación se configura para prohibir y limitar el blanqueo de *bienes* que constituyan *efectos* de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico⁶⁵² y el delito de blanqueo de capitales se configura para prohibir y limitar el blanqueo de *bienes* que procedan de todo delito cuyo ámbito de aplicación no esté comprendido por el delito de receptación. Lo que buscan estos tipos penales es el mantenimiento de la incolumidad del tráfico jurídico-económico de bienes en la economía.

De esta constatación surge la necesidad de comprender qué significan las (en apariencia) diferentes exigencias que el legislador ha incorporado al tipo de receptación y no al de blanqueo: a) que el objeto material recaiga sobre los *efectos*⁶⁵³ del delito y no sobre los *bienes*; b) que el sujeto del delito no participe en el delito previo; y, c) que se corrobore el ánimo de lucro. Entender estas cuestiones será trascendental para aportar un entendimiento adecuado de los tipos penales y su delimitación. Toda la argumentación tiene como punto de partida la idea de que la original concepción de la receptación y su plasmación legal en función de aquella ha desaparecido. La receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo y a que el autor

configuración del blanqueo de capitales y del encubrimiento cubre las lagunas que podrán derivarse de esta restricción, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, ob. cit., pág. 510.

⁶⁵¹ Como veremos oportunamente los bienes en los supuestos de blanqueo difieren de los bienes en los supuestos de receptación, puesto que la ley limita el objeto material a los efectos del delito, esto en nada obsta esta definición o entendimiento, aunque es necesario tenerlo presente.

⁶⁵² En este sentido se manifiesta, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», ob. cit., pág. 619, para quien el bien jurídico de este delito económico consistiría en proteger el tráfico lícito de bienes, en consonancia con lo que protege el art. 301 CP.

⁶⁵³ Esto es lo que se tratará y demostrará en este capítulo de la tesis.

del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido⁶⁵⁴. La receptación hoy, según la actual configuración normativa de la sociedad, lo que persigue⁶⁵⁵ es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los *efectos* que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico⁶⁵⁶.

La correcta delimitación del ámbito de aplicación de los arts. 298 y 301 CP nos permitirá demostrar que el comportamiento del mulero o *phisher mule* es punible como supuesto de receptación y no como hipótesis de blanqueo

⁶⁵⁴ Esto se ha dicho, entre otros muchos, por DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pág. 25 y ss., MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, *ob. cit.*, pág. 509-510; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo...», *ob. cit.*, pág. 558, que la razón de la incriminación del delito de receptación es doble: por un lado, a) porque favorece al autor de cualquier delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, al ayudarle a que se beneficie de los efectos del delito en el cual ha intervenido -ya que el receptor le paga una cantidad al autor a cambio de ellos-, beneficiándose, al mismo tiempo, el propio receptor de los efectos del delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico cometido por otro -ya que normalmente paga por ellos una cantidad menor de lo que valen-; por otra parte, b) la conducta del receptor afecta también al bien jurídico protegido y lesionado por el delito precedente y agrava más aún la lesión a estos bienes jurídicos. Este doble fundamento, criminológico y jurídico, es el que se dice inspira la regulación legal. Los efectos receptados coadyuvan a mantener la situación antijurídica que el delito referenciado ha producido.

⁶⁵⁵ De otra opinión, la doctrina mayoritaria VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 625, en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de receptación, entiende que se trata de un delito contra el patrimonio: el receptor actúa contra el patrimonio ajeno en la medida en que hace suyos, con ánimo de lucro, bienes de otras personas. En el mismo sentido se manifiesta la sentencia del TS de 25 marzo de 1996. Esta explicación hunde sus raíces en el entendimiento de que nos encontramos ante un delito de referencia, el delito previo es consumación, la receptación es agotamiento; así, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 558, quien refiere que por tratarse de un delito de referencia el bien jurídico lesionado es el mismo que se ha visto afectado en el delito previo (en general el patrimonio), sin descartar la afectación a la Administración de Justicia, lo que le otorga a la figura su carácter pluriofensivo; para otros, la cualidad de referencia no obsta su autonomía, y fundamentan que la receptación se explica porque protege el interés general en no favorecer la delincuencia patrimonial y socioeconómica, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *ob. cit.*, pág. 619, porque posibilitar al autor la satisfacción del lucro que pretendía con la comisión del delito previo, constituye un factor criminógeno trascendental.

⁶⁵⁶ Otra de las diferenciaciones que se podría realizar, respecto de los tipos penales de receptación y blanqueo de capitales, estaría en función del objeto material. Así, en el delito de receptación, el art. 298 hace referencia expresa a los *efectos* del delito, y en el art. 301 se hace referencia a los *bienes* originados en una actividad delictiva. Sin embargo, la doctrina entiende que los *efectos* del delito están referidos a los *bienes* que se receptan del delito previo, con lo cual la confusión está al orden del día, revisar esta asimilación en SANTANA VEGA, D.: «IX. Encubrimiento. Diferencias con receptación y blanqueo...», *ob. cit.*, pág. 813.

imprudente. Con la ayuda de varios supuestos de las sentencias del Tribunal Supremo en las que se discute la comisión ya sea de un delito de receptación o de un delito de blanqueo de capitales, mostraremos lo real de esta problemática y la necesidad de una solución. Anticipamos que no realizaremos un estudio dogmático particularizado de las figuras delictivas, aunque esto no es impedimento para ir dejando sentada nuestra postura (y opinión crítica) respecto de determinadas cuestiones que la doctrina asume como veraces. Lo fundamental será que una vez que hayamos dilucidado el problema de la delimitación entre los delitos de blanqueo de capitales y receptación en la forma que aquí se propone, al final del capítulo estaremos en condiciones de contestar a esta pregunta: ¿cuándo se es responsable en el ámbito jurídico-penal por un delito de blanqueo de capitales y cuándo por un delito de receptación? El desarrollo de estas cuestiones no sólo nos ayudará a satisfacer éstas dudas, sino que, además, nos ayudará a confirmar y afianzar la interpretación de las conductas típicas y las dudas que se genera por estar éstas ligadas a la que se hace de otros tipos penales: (doctrina tradicional del delito de) receptación y encubrimiento.

Al final en el apartado 9.5 (y en el resumen de conclusiones) se incorporará una propuesta de *lege ferenda* sobre la necesidad de una reforma de la ley penal, ya sea del art. 301 CP y/o del art. 298 CP, en el sentido de establecer de qué tipos penales deben proceder los bienes objeto de blanqueo. Porque no somos ingenuos, una mejor redacción de los textos punitivos hará posible también una mejor delimitación de los ámbitos de aplicación y una mejor interpretación del comportamiento típico. Esta cuestión no sólo permitiría una delimitación correcta, sino que, además, dotaría al tipo penal del art. 301 CP de una mayor determinación y concreción, porque su amplitud es por lo menos discutible. Demos paso al desarrollo de este apartado empezando por una introducción al estudio del objeto material en el delito de blanqueo de capitales.

2. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL OBJETO MATERIAL EN EL DELITO DE BLANQUEO

Existen supuestos típicos en los que coinciden el objeto sobre el que recae la acción y el objeto de protección penal, este es el caso del delito de blanqueo de capitales. Está claro que el objeto de protección no son los bienes en sí, sino la circulación de estos en el mercado como un elemento esencial para su buen funcionamiento y el de la economía en general, la misma que puede ser perturbada en cuanto que otros bienes que tienen un origen delictivo son incorporados al tráfico y circulación de bienes⁶⁵⁷. En el delito de blanqueo de capitales el objeto material se encuentra representado, de conformidad con lo establecido en el art. 301 CP, por los bienes. Estos integran el elemento de la estructura típica en torno al que orbitan todos los demás. Sin embargo, se precisa de una conexión normativa entre los bienes que se blanquean y la infracción antecedente, de manera que el objeto material haya de proceder del delito previo⁶⁵⁸. En la actualidad se evidencia lo limitado de la función dogmática del objeto material del delito, sin embargo, en el blanqueo de capitales el objeto del delito es el elemento de la estructura típica alrededor del cual giran todos los demás. La razón de lo anterior se explica en la esencia de la conducta descrita en el blanqueo de capitales, la misma que ha de recaer sobre bienes, los que en este tipo penal se constituyen en el objeto material de la acción y encarnan o materializan el bien jurídico protegido⁶⁵⁹.

Antes de pasar a reflexionar el alcance y lo que se entiende por bienes dentro del marco de este delito, se hace preciso abordar el grado de vinculación que tiene el Derecho penal en su relación con los conceptos que proceden de otras ramas del ordenamiento jurídico, y las posturas sobre el criterio de interpretación que debe seguirse. Especialmente en el caso que nos ocupa, cuando el concepto (de bienes) constituye el núcleo fundamental alrededor del cual giran las conductas en este delito. En este sentido, afirmaremos que existen

⁶⁵⁷ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, *ob. cit.* pág. 88.

⁶⁵⁸ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 161.

⁶⁵⁹ BLANCO CORDERO, I.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 207.

tres posturas muy diferenciadas sobre cómo deben interpretarse los términos que se utilizan en los tipos penales y que a su vez provienen de otras ramas del ordenamiento, de manera preponderante, de la ley civil: a) la concepción privatista del Derecho penal, que señala que cuando se utilicen conceptos del Derecho privado deberá su interpretación estar ceñida por el contenido que de ese concepto se predica en aquella rama del ordenamiento jurídico; b) la concepción autonómica del Derecho penal, según la cual los conceptos y términos utilizados deberán dotarse de contenido y límites propios e independientes de las otras ramas del saber jurídico; y, c) concepción ecléctica, según la cual el significado de los términos usados en las descripciones típicas deberán interpretarse desde una visión teleológica de los concretos tipos penales⁶⁶⁰, sin descuidar su origen y su uso particularizado.

Nosotros consideramos que la mejor opción al momento de interpretar los términos jurídicos de un tipo penal es la ecléctica, porque ésta concepción parte de la naturaleza jurídica propia de la expresión o del término sin descartar de plano la autonomía de la ciencia jurídico-penal en la interpretación de los tipos. ¿Qué significa esto?, que debe estudiarse la institución jurídica según el ordenamiento del cual proviene, sin embargo, deberá también normativizarse o dotarse de contenido jurídico-penal para que sea vinculante. Esto vale no sólo para las instituciones jurídicas legales sino también para las dogmáticas. Para el primer caso, instituciones jurídicas legales; por ejemplo, los términos patrimonio, propiedad o bienes provienen del Derecho civil, pero han sido poco a poco normativizados para el adecuado entendimiento de los tipos penales de la PE. Un ejemplo muy claro de lo segundo, institutos dogmáticos de interpretación, es lo que sucedió con la teoría de la imputación objetiva, una teoría para imputar responsabilidades en el ámbito civil que fue tomada por la Ciencia del Derecho penal y desarrollada de tal modo que se puede decir que hoy existe una teoría jurídico-penal de la imputación objetiva influyente a tal extremo que existen trabajos científicos en el ámbito del Derecho Privado⁶⁶¹

⁶⁶⁰ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, *ob. cit.* pág. 90.

⁶⁶¹ En este sentido, se puede señalar como ejemplo de esta nueva comprensión el hecho de que se considere que el *neminen laedere* no sea un criterio suficiente para fundamentar lo injusto en la responsabilidad de administradores. Así lo plantea PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al art.

utilizando los desarrollos dogmáticos de esta cuestión ⁶⁶². Si bien la interpretación teleológica deberá guiar todo el proceso de exégesis típica, en

1.902 CC», en *Comentario al Código Civil*, t. II, Madrid, edit. Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1996, quien se opuso a esta postura por lo excesivamente general del concepto y lo necesario de su concreción. Por lo que la doctrina civilista construyó el concepto de antijuridicidad a partir del juicio de desvalor del resultado. Revisar esto en DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 298. Sobre la traslación de los criterios de imputación al ámbito de la responsabilidad societaria ampliamente, MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 232 y ss.

⁶⁶² Aquí destaca el desarrollo teórico alrededor de la determinación de la responsabilidad de administradores. Una discusión sobre si la naturaleza de esta responsabilidad es autónoma: responsabilidad orgánica o si por el contrario es una responsabilidad que deriva de la responsabilidad civil: responsabilidad aquiliana. Sobre estas cuestiones revisar, PANTALEÓN PRIETO, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, edit. Ramón Areces, Madrid, 1991, pág. 1561 y ss.; SCHÄFER, H., OTT, C.: *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. VON CARSTEN-LICHTERFELDE, M., edit. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 157-158; ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su dependiente*, edit. Arazandi, Pamplona, 1995, pág. 29; SALDAÑA VILLOLDO, B.: *La acción individual de responsabilidad*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 44; VALMAÑA CABANES, A.: *Las acciones contra la sociedad y su administrador*, edit. Bosch, Barcelona, 2011, pág. 31. Como señala ALONSO ESPINOSA, F.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pág. 23-24, estas teorías tiene como presupuesto el amplio margen de actuación otorgado al órgano de administración, sólo limitado por el estricto cumplimiento de los deberes legales y estatutarios que se les impone (sobre el deber de diligencia revisar, RIBAS FERRER, V.: *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, edit. La Ley, Madrid, 2010, pág. 168-169; VALMAÑA CABANES, A.: *Las acciones...*, *ob. cit.*, pág. 31-32; RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D.: «Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas», en *La Ley*, núm. 7156/2009, pág. 1526-1527). Entre los autores que aceptan la autonomía de la responsabilidad están: GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades Anónimas*, edit. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, pág. 374; VINCENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, edit. Tirant lo Blanch, tercera ed., t. I, vol. I, Barcelona 1991, pág. 660; ALCALÁ DÍAZ, M.: «La acción individual de responsabilidad frente a los administradores (Comentario a la STS de 21 de mayo de 1992, RJ 1992, 4274)», en *RdS*, 1993; CALBACHO LOSADA, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 326; ESTEBAN VELASCO, G.: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en *RdS*, 1995; ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital», en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, dir. BOLAS, Estudios de Derecho Judicial, 2000; ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», en *La responsabilidad de los administradores*, dir. ROJO y BELTRÁN, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», en *La responsabilidad de los administradores*, dir. ROJO y BELTRÁN, segunda ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 168; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: *La acción...*, *ob. cit.*, 2005; SALDAÑA VILLOLDO, B.: *La acción...*, *ob. cit.*, 2009. Entre los autores que se decantan por la responsabilidad aquiliana: ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», en *InDret*, marzo de 2002, pág. 2; SALDAÑA VILLOLDO, B.: *La acción...*, *ob. cit.*, pág. 181. Por su parte, ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *RDM*, 1990, pág. 658-660, sostiene que el carácter contractual o extracontractual se atribuye bajo el criterio

especial en lo que se refiere a la interpretación del término bienes, sobre todo al constatar que al momento de configurar el tipo de blanqueo el legislador enlaza la conducta a todos los bienes que hayan sido objeto material de otros delitos, es decir a aquellos bienes que tienen origen delictivo. Sin embargo, el punto de partida será aceptar el contenido de los conceptos tal y como vienen dotados de las otras ramas del ordenamiento jurídico, para luego ser examinadas a la luz de las nociones y conceptos de la normatividad penal. Será también importante comprobar las consecuencias que derivan de su aplicación. Por lo que, a pesar de afirmarse la autonomía del Derecho penal, también se puede predicar una dependencia de esta rama del saber jurídico con las otras ciencias del ordenamiento jurídico en general. En esta línea de ideas, es importante recalcar que es necesario que los conceptos utilizados conserven sus características más esenciales⁶⁶³.

Regresando a la cuestión que nos interesa en este apartado, señalaremos que son pocos los tipos penales en los que los bienes constituyen el objeto de la acción dentro del CP, contando con apenas unos cuantos tales como el delito de alzamiento de bienes del art. 257 núm. 1, ord. 1, y ss., que señala responde jurídico-penalmente “*el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores*”; o el delito de daños del art. 263 núm. 2, ord. 4, que castiga a quien cause daños en propiedad ajena “*que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal*”, etcétera. Lo que trae como consecuencia un escaso desarrollo del concepto de bienes en el ámbito jurídico penal. Este escaso desarrollo del concepto de bienes se convierte en una obligación en el marco de esta investigación, respecto de un acercamiento pormenorizado al mismo⁶⁶⁴.

diferenciador de si el comportamiento se realizó en el ejercicio de la función orgánica o fuera de aquella. ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M.: *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, t. II, vol. II, segunda parte, trad. PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J., edit. Bosch, tercera ed., Barcelona, 1966, ponían de manifiesto que, entre los antecedentes normativos más importantes de este tipo de responsabilidad en los ordenamientos de nuestro entorno, encontramos el Código Civil alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de 1900.

⁶⁶³ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, ob. cit., pág. 91.

⁶⁶⁴ BLANCO CORDERO, I.: *El Delito de...*, ob. cit., pág. 212-213.

3. CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE BIENES

En todas las sociedades los bienes independientemente de su naturaleza, tuvieron siempre movilidad. La medición de su circulación o movilidad constituye uno de los datos más importantes al momento de elaborar los índices más relevantes para la valoración del nivel de desarrollo de un pueblo o una nación. En sentido contrario, su inmovilidad o poca circulación es equivalente a un nivel de desarrollo cultural y económico inferior, incluido en esta observación, el mundo del Derecho. Esto sin perjuicio de observar las evidentes consecuencias de la relación (función) de valor de los precios en los términos de intercambio⁶⁶⁵. Es preciso constatar que, en la finalidad de alcanzar la mejor y mayor eficacia en la movilidad de los bienes, la forma física más elaborada para representar a los bienes ha sido la creación del dinero, esto gracias a que entre sus funciones más características encontramos el valor de uso. El dinero se convierte por tanto en el bien por excelencia de las demás relaciones patrimoniales. Representa además la riqueza y frente al Derecho penal implica la posibilidad de ser protegida en los momentos de su creación, conservación y circulación. Respecto del delito de blanqueo⁶⁶⁶, si la circulación de bienes lícitos es el objeto jurídico de protección, nada dificulta para entender que el objeto de protección se reconduce a la idea de circulación de dinero lícito como objeto protegible⁶⁶⁷, por ser el bien con (tal vez) la mayor capacidad

⁶⁶⁵ Esta es una relación económica que mide entre otras cosas, la influencia que tiene en el desarrollo de una concreta economía (sociedad), el hecho que aquella se dedique a producir y vender productos o servicios que, en términos de valor, son más económicos que otros. Por ejemplo, Alemania es un país industrializado que vende productos con alto valor agregado, si se compara la relación entre este país y España, observaremos que aquí la producción no es eminentemente industrial y eso hace que, en términos de valor, la producción alemana sea superior a la producción española. Además, si esta función se analiza por períodos amplios de tiempo, se explicará no sólo eso, sino que, además, España mientras mantenga ese modelo seguirá siendo en términos de valor, un país con concentraciones de riqueza inferiores respecto de su par europea. En esta relación la influencia de otras variables como población o extensión territorial, es marginal. El ejemplo paradigmático es Japón o Corea del Sur países con extensión territorial y poblaciones menores y sin embargo en términos de valor producen bienes con alto valor agregado lo que los convierte en países muy ricos.

⁶⁶⁶ Esto rige en general para la teoría de los tipos de blanqueo de bienes, por tanto, aplicable a la recepción.

⁶⁶⁷ FARÍA COSTA, J.: «El Blanqueo de Capitales (Algunas reflexiones a la luz del Derecho penal y de la política criminal)», en *Hacia un Derecho penal económico europeo...*, *ob. cit.*, pág. 657-658.

de fungibilidad y que constituye el centro de las relaciones de intercambio en las modernas economías⁶⁶⁸.

En la finalidad de alcanzar la unidad del ordenamiento jurídico, se ha interpretado el término bienes del art. 301 CP en el marco del delito de alzamiento de bienes. En el particular concierto del Derecho penal, esta interpretación se encuentra acreditada por la interpretación teleológica como por aquella que se desprende de la normativa internacional relativa al blanqueo de capitales⁶⁶⁹. Desde esta perspectiva, el concepto de bienes abarcaría tanto a los bienes muebles como a los bienes inmuebles, los bienes materiales como a los bienes inmateriales, los derechos o valores, así como a los créditos. La expresión bienes designaría cualquier beneficio, en el sentido de representar un incremento patrimonial y que es valorable económicamente⁶⁷⁰. La referencia al concepto de bienes en sentido estricto como objeto material sobre el que se ejecuta la conducta típica no es muy utilizada dentro del Derecho penal. En esta ciencia jurídica se constata el uso frecuente del término cosa, sin que quepa afirmar que se trate de realidades distintas. Por ello, al margen de la discusión que existe en la doctrina civilista respecto a si el término bien es más amplio que el de cosa, en el ámbito del Derecho penal estos dos términos son manejados como sinónimos⁶⁷¹. El legislador español en relación a la punición de las conductas de blanqueo de capitales, al unísono con la corriente legislativa europea sobre estos comportamientos, ha abandonado y renunciado a la utilización del concepto de cosa como objeto material del delito, en la

⁶⁶⁸ Esto no sería tan cierto si se observa que en varias economías del primer mundo se está gestando la sustitución del dinero moneda-físico por el dinero electrónico, con lo que probablemente estas aseveraciones no serían tan contundentes. Por otro lado, esto en nada repercute el discurso del dinero como bien con mayor capacidad de fungibilidad, sino que, cambiaría la forma de entender el dinero, porque probablemente en un futuro no muy lejano será imprescindible el papel moneda. No sólo por lo práctico sino probablemente por la reducción de costos que implica eliminar la moneda física como instrumento de intercambio. En general nos ahorraríamos un proceso menos en todos los actos de comercio, en términos económicos la mejor productividad es aquella que logra producir más en menos tiempo, por lo que, si se elimina el dinero físico, se contaría con un plus de tiempo que impactaría notablemente en la productividad en general de la economía. De todas maneras, todo esto es discutible.

⁶⁶⁹ BLANCO CORDERO, I.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 213.

⁶⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 358.

⁶⁷¹ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 92.

intención de alejarse de conceptos limitados a entidades corporales o dinero en efectivo, para sustituirlo por un término que se adecúe de mejor manera a las modernas y diversas formas en que se realizan las transacciones y operaciones mercantiles. Una palabra que es capaz de alcanzar incluso a futuras formas de pago, que se puede sostener por sí misma y que se encuentra adaptada de manera exclusiva a la múltiple y dinámica expresión fáctica del delito de blanqueo de capitales⁶⁷². Esta expresión amplía el campo de acción de la norma, con lo cual viene a comprender también el dinero. Entendido éste como un bien jurídicamente cualificado que posee una generalidad absoluta y una fungibilidad casi sin límites al gastarse, pero no consumirse, al implicar la divisibilidad abstracta de las demás cosas, bienes o servicios y al poder desarrollar su función de equivalencia respecto de todo otro bien o valor patrimonial. Esta amplitud intenta evitar los posibles defectos al momento de ser aplicado y subsumir cualquier técnica o maniobra realizada por la criminalidad organizada en las diversas modalidades del blanqueo⁶⁷³. El término bienes en su amplitud también trata de impedir que en el ámbito de la imprudencia personas físicas, pero especialmente personas jurídicas que realicen actividades socialmente adecuadas y dentro del riesgo permitido vinculadas al sistema financiero y/o comercial, se organicen de tal manera que se les pueda imputar un delito de blanqueo de capitales.

La descripción típica comprende todas las posibilidades de manifestación de los bienes y derechos en el mundo de los fenómenos. En este sentido, la amplia definición de bienes permite dar cabida a todas y cada una de las concretas manifestaciones de los mismos en el mundo fáctico. Cabe señalar que cuando la doctrina se refiere al objeto material sobre el que recaen las conductas del art. 301 CP, lo hace exclusivamente respecto de los bienes de origen delictivo y no en relación a las concretas manifestaciones de los mismos. El adjetivo verdadera, en referencia a las diferentes manifestaciones de los bienes de procedencia delictiva, califica a todas las revelaciones concretas de los bienes no sólo frente a la *naturaleza, origen, ubicación, destino,*

⁶⁷² ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 179.

⁶⁷³ GÓMEZ INIESTA, D.: *El Delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 47-48.

movimiento o derechos sobre los bienes, constante en el art. 301.2 CP sino también, de conformidad al art. 301.1 CP a la propiedad y a partir de la reforma también la no propiedad: la posesión y la utilización de los mismos, es decir, que el número de supuestos se convierte en inimaginable (revisar el Capítulo II, apartado I)⁶⁷⁴.

El ámbito delictivo en el que se ubica (tanto por la sistemática del CP como por la redacción del art. 301) el delito de blanqueo de capitales, de naturaleza socioeconómico, obliga a dotar al término de bienes de un contenido económico. En este sentido, se puede afirmar que el legislador tomó como modelo para la tipificación de las conductas de blanqueo tanto la *Convención de Viena de 1988* como la *Directiva Comunitaria 308/1991* de 21 de junio. Esto consta según la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, en la que España como parte de la Convención se encontraba obligada a su incorporación normativa en el ámbito penal⁶⁷⁵. Los referidos textos normativos incorporan una concepción de bien sumamente amplia. La Convención de Viena de 1988⁶⁷⁶, *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, aprobada por la conferencia en su sexta sesión plenaria celebrada el 19 de diciembre de 1988, en su artículo primero sobre las definiciones expresa que:

q) Por "bienes" se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que

⁶⁷⁴ BLANCO CORDERO, I.: *El Delito de...*, ob. cit., pág. 215-216.

⁶⁷⁵ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de...*, ob. cit., pág. 304.

⁶⁷⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Centro de Información, sobre la normativa de las convenciones y otros instrumentos cuyos textos aparece en las resoluciones de Asamblea General, en la página web <http://www.un.org/spanish/documents/instruments>.

acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”⁶⁷⁷

Por su parte, la Directiva 308/1991⁶⁷⁸ o formalmente Directiva (CEE) 91/308 del Consejo de 10 de junio de 1991, *Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, en el mismo sentido reproduce íntegramente el texto aprobado por la Convención de Viena, cuando expresa en su artículo 1 sobre las definiciones que:

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

"bienes": todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos”

En estos documentos, que tienen el carácter de normativa internacional y que tan decididamente han influenciado la forma en que los ordenamientos nacionales han tipificado las conductas de blanqueo, encontramos la voluntad de aportar un concepto material de blanqueo que no restringiera las múltiples cosas y derechos que a través de sucesivas conversiones conforman el complejo proceso de blanqueo. De este modo, el objeto material del blanqueo no se limita al concepto de dinero, sino que, además, comprende cualquier cosa mueble o inmueble, o incluso un derecho. Por lo que se puede afirmar que el concepto de bienes en el ámbito penal es aún más amplio que el civil, puesto que el artículo 333 CC establece que *todas las cosas que son o pueden ser objeto de*

⁶⁷⁷ Así también, el Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, de la Comisión Interamericana contra el abuso de Drogas - CICAD- de la OEA, establece en su art. 1, de las definiciones: 1. Por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

⁶⁷⁸ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, Plan Nacional sobre Drogas, Centro de Documentación e Información, Legislación sobre drogas, II. Normativa internacional, *Directiva 91/308/CEE, del Consejo*, de 10 de junio de 1991, en la página web: <http://www.pnsd.msc.es>.

apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles y en el concepto jurídico penal de bienes no sólo se incluye a las cosas sino también a los derechos⁶⁷⁹. La ventaja de asumir un concepto amplio de bienes la encontramos en que permite abarcar la punición de todas las conductas que recaigan sobre cualquier modalidad que puedan revestir los beneficios, ganancias, productos, cosas, bienes, valores y derechos que tengan su origen en la comisión de un delito de conformidad a lo estipulado en el art. 301 CP⁶⁸⁰.

Es necesario advertir que estos bienes deben ser susceptibles de tráfico mercantil, requisito este que se encuentra implícito en la descripción del tipo que determina que *el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes...*, y en este sentido, se trata de actos vinculados con facultades de dominio normativizadas por el ordenamiento civil, con lo que se entiende una expresa mención a bienes susceptibles de comercio. Razón por la que la multa se establece en proporción con el valor económico del bien. Aquellas conductas en las que se adquieran bienes que no son susceptibles de ser incorporados y transados en el mercado o que su comercio sea ilegal, no son susceptibles de ser incluidos en la descripción del tipo analizado. Lo mismo debe señalarse respecto de aquellos bienes que no tienen ningún valor, pues si carecen de valor no tiene sentido su configuración como objeto material del delito de blanqueo. Es importante aclarar que el legislador no ha establecido como requerimiento para configurar la tipicidad respecto del valor un monto específico, es decir que no interesa el valor económico monetario, lo importante es que sea susceptible de ser valorado⁶⁸¹. Entonces, cuando se trate de los bienes sin valor económico, podemos afirmar que existe la cualidad de inidoneidad para ser susceptibles de ser considerados objeto material en el delito de blanqueo de capitales. Esta idea es posible si se enlaza al concepto de bienes en el que quedan comprendidos los bienes muebles y los bienes inmuebles, los bienes corporales y los bienes incorporeales y también los derechos o valores, como elementos integrantes del concepto general de patrimonio según las líneas

⁶⁷⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, ob. cit., págs. 181-182.

⁶⁸⁰ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, ob. cit., pág. 94.

⁶⁸¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, ob. cit., págs. 182-183.

generales del Derecho civil. Así, para el Derecho penal el patrimonio abarca aquellos bienes que tienen un valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica, excluyendo aquellos objetos que sólo tienen un valor en el sentido afectivo, sentimental o espiritual. Esta concepción del patrimonio descarta a los bienes sin valor económico. Entonces, sólo los bienes susceptibles de ser incorporados patrimonialmente a una persona son también objeto material del delito de blanqueo. Aquellos bienes que no puedan ser incorporados al patrimonio o que por su naturaleza no pueden ser valorados económicamente no son susceptibles de ser objeto material de la conducta típica analizada⁶⁸². Porque no se afectaría al bien jurídico que es la lícita circulación de bienes en la economía. Por lo menos no directamente, porque se podría señalar que cuando como contraprestación de un delito se entreguen bienes no transables en el mercado y estos se introduzcan en el mismo para pagar otras contraprestaciones se estaría realizando una afectación al mercado concreto. Por ejemplo, una persona que decide comprar alimentos, medicamentos, etc., y paga con drogas, con cocaína. Sin embargo, aunque esto es cierto, es claro que la afectación no es directa sino indirecta. Porque lo que realmente existe es un tráfico ilegal de bienes prohibidos o no transables, como drogas, armas, etc., y no blanqueo de bienes. El tráfico de drogas al menudeo afecta también a la economía, pero no es blanqueo de capitales o bienes sino siempre tráfico de drogas.

Se debe criticar el hecho de que el legislador no haya establecido un monto apreciable en términos de valor monetario para configurar el objeto material en el delito de blanqueo de capitales porque esto hace que su perseguibilidad se permita incluso en los delitos que por su valor no implican una lesión al bien jurídico. El principio de proporcionalidad se encontraría probablemente vulnerado al observar que la sanción es equivalente tanto en estos supuestos como en aquellos en donde efectivamente se blanqueen ingentes cantidades de dinero. Por tanto, los criterios de la imputación objetiva deberán observarse para descartar aquellas conductas que no impliquen un riesgo prohibido porque no están abarcados por el fin de protección de la

⁶⁸² DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 96-97.

norma. En este sentido, opinan algunos autores que aun cuando el tipo penal no lo exija, del sentido de la ley puede desprenderse que ha de tratarse de una cantidad razonablemente grande de bienes⁶⁸³. Por nuestra parte consideramos que no es lo importante la cantidad que deba ser apreciada en términos monetarios, porque en los supuestos de insignificancia o de poca monta, por razones de política criminal deberá descartarse la imputación. Lo importante será que se verifique que la cantidad de bienes deba ser de tal magnitud, que agreda al bien jurídico tutelado. Sólo será punible un blanqueo de bienes que supere el riesgo jurídicamente desaprobado y que no suponga una decisión irracional desde la perspectiva de la justicia material. Este criterio es muy importante como se ha visto en los capítulos previos respecto de los supuestos de blanqueo de capitales por imprudencia grave. La no observación de los criterios de la imputación objetiva provoca indeseables consecuencias, puesto que resultan abarcados negocios de bagatela que no representan un peligro para el orden económico, aunque sí para el tráfico de bienes de origen lícito. Para estos supuestos, reiteramos lo que algunos autores manifiestan: deberá regir el principio de insignificancia, mediante el cual se pueden eliminar acciones que a pesar de adecuarse al tipo de manera objetiva y encerrar sobre sí algún tipo de desvalor, entrañan un injusto mínimo⁶⁸⁴. La doctrina considera que existe atipicidad cuando la conducta se identifica con: a) un riesgo jurídicamente irrelevante o permitido (para algunos autores dentro de la adecuación social encontramos además del riesgo permitido, el principio de confianza, comisión referida a la posición de garante, la prohibición de regreso o de ampliación de la esfera de imputación y la autopuesta en peligro o actuación a propio riesgo⁶⁸⁵); b) exclusión del tipo de las acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general. Nos encontramos frente al principio de insignificancia como una máxima de interpretación típica⁶⁸⁶. También es

⁶⁸³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, *ob. cit.*, págs. 184.

⁶⁸⁴ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 195.

⁶⁸⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva», en *Blanqueo de Capitales*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Núm. 37, septiembre de 2007, pág. 46-74; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía», en *InDret*, Barcelona, enero de 2008.

⁶⁸⁶ ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 295-296.

criticable que el legislador no haya establecido o determinado como criterio de graduación para la imposición de la pena el monto apreciable en términos de valor monetario del objeto material en el tipo penal de blanqueo de capitales. Puesto que a mayor cantidad de bienes (en el sentido de valor patrimonial) cuyo origen sea la comisión de una conducta típica y antijurídica, introducidos en el tráfico lícito de bienes, mayor será el daño que se cause a la lícita circulación, a la libre competencia, a la competencia leal, al mercado financiero y en definitiva al orden económico establecido y protegido por la Constitución. Sin embargo, el legislador olvidando el motivo por el cual se introdujo la conminación penal al blanqueo de capitales, lo desatiende impidiendo que se adapte la pena a la gravedad del hecho conforme al principio de proporcionalidad⁶⁸⁷.

La naturaleza económica del término se constata en estos documentos normativos, especialmente por la utilización del concepto de activo. Por el cual se entiende cualquier clase de partida que represente bienes y derechos. Su importancia se manifiesta desde dos puntos de vista: a) refuerza la propia dimensión económica del bien a la que antes ha hecho referencia delimitando el campo del concepto de bienes y excluyendo todo aquello que carezca de esta dimensión; y, b) delimita el campo de los bienes económicamente evaluables pues deben tener el carácter de activo o de crédito, excluidos los que se ubican sistemáticamente por su naturaleza en el pasivo⁶⁸⁸. De lo anterior concluimos que el concepto de bien, en un sentido jurídico penal es todo aquello económicamente evaluable con independencia de cual sea su valor, siempre que pueda ser incorporado a un derecho transmisible y que pueda ser objeto de derecho, susceptible del tráfico mercantil de carácter lícito⁶⁸⁹. Tanto el objeto material, así como los instrumentos, efectos o ganancias de un delito constituyen bien en el sentido jurídico penal expuesto. Sin embargo, no todos los supuestos en los que se concretan estas categorías son susceptibles de encajar en la descripción típica del blanqueo de capitales. A este respecto,

⁶⁸⁷ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 196.

⁶⁸⁸ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de...*, *ob. cit.*, pág. 305.

⁶⁸⁹ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de...*, *ob. cit.*, pág. 306.

intentaremos aproximarnos a las categorías y determinar cuál de ellas si encaja en este concepto, especialmente porque de esta cuestión pende un adecuado entendimiento de la delimitación entre el ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y el del delito de receptación. A estos efectos, lo importante es entender y recordar para lo posterior, que en este concepto de *bien* cabe sin problemas el concepto de *efectos*. En el apartado sobre los *efectos*, se aclarará esta cuestión y sus repercusiones para la cuestión que en este capítulo se trata de dilucidar.

4. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO PREVIO

Afirmar que el objeto material del delito precedente se ve insinuado en el concepto de bienes del delito de blanqueo no implica su coincidencia puesto que normalmente no se producirá esta identidad. Puede que en algunos supuestos sea el bien objeto del blanqueo de capitales el propio objeto material del delito previo, mas esto no es una *conditio sine quanon*. En los delitos contra el patrimonio⁶⁹⁰ o en los delitos de malversación, el objeto material de aquellos se corresponde con el objeto material de aquél, incluso no todo bien que represente el objeto material de una infracción es susceptible de ser blanqueado, en la medida en que es necesario que se verifique su origen delictivo, es decir que los bienes deben ser obtenidos como resultado de la comisión de un delito anterior; debe apreciarse su carácter de incorporable al

⁶⁹⁰ He incluido como ejemplo para el análisis a los delitos patrimoniales, aunque en los presupuestos y conclusiones para nosotros los delitos patrimoniales no están dentro del ámbito de aplicación del art. 301 CP sino en el del art. 298 CP. En nada obsta, colocar este ejemplo, porque tanto el art. 298 CP como el art. 301 CP son delitos de blanqueo de bienes, entonces, lo que se diga sobre el objeto material del delito previo, rige para ambas prohibiciones. Por lo que, con esta precisión, los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico son parte del ámbito de aplicación del delito de receptación. De todas maneras, es importante matizar (revisar el resumen de conclusiones del último apartado de este capítulo) que cabe en una interpretación literal incluir en el ámbito de aplicación del art. 301 CP los delitos patrimoniales, por lo que, lo recomendable sería reformar el tipo del art. 301 CP y establecer taxativamente a qué tipos se refiere, lógicamente deberán ser tipos penales que atenten gravemente contra el ordenamiento jurídico y los intereses garantizados por aquel. Además de verificar que sean tipos que produzcan ganancias o beneficios importantes, y si por razones de política criminal, se justifica dejar en el ámbito del delito de blanqueo de capitales como delito previo alguno patrimonial, pues no existe objeción alguna. Es nuestra opinión, por ejemplo, respecto del delito de robo.

patrimonio, es decir aptos de ser valorados económicamente; debe apreciarse que sean susceptibles de ser comerciados en el respectivo mercado; y, además deben ser idóneos para ejecutar sobre ellos la conducta típica⁶⁹¹.

El objeto material del delito previo puede estar constituido por cualquier tipo de bien ya sea valorable o no económicamente y por tanto acarrear o no un incremento patrimonial. Sin embargo, para que pueda ser considerado como objeto material en el delito de blanqueo de capitales, es necesario que se cumplan con los siguientes requisitos: a) capacidad de ser valorado económicamente y que conlleve con eso, un incremento patrimonial; y, b) que la ejecución de las diferentes conductas que configuran el blanqueo sobre ese objeto material no constituyan comisión continuada o diferenciada del delito previo, por ejemplo las drogas, puesto que *el que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita* drogas ha incurrido ya en el tipo establecido para el tráfico ilícito de drogas⁶⁹². En atención y coherencia con lo anterior, no es posible blanquear el objeto material en los delitos de tráfico de drogas, armas, animales protegidos, órganos, trata de mujeres, etc., en definitiva, el tráfico de bienes que no sean susceptibles de ser incorporados a los mercados. Cuando estos bienes tengan una prohibición de ser idóneos para el comercio no pueden identificarse con el objeto material del delito que nos encontramos estudiando, debido a que no afectarían el interés legítimo protegido por la norma y tampoco lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido penalmente a través de los artículos 298 y 301 CP a saber, la lícita circulación de bienes en la economía.

5. LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS EN EL DELITO PREVIO

Los instrumentos del delito son los objetos que fueron empleados para la ejecución del delito o estaban destinados para su realización⁶⁹³. Los

⁶⁹¹ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 166-167.

⁶⁹² DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 102-103.

⁶⁹³ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 857.

instrumentos del delito son los objetos que el autor utilizó dolosa o imprudentemente para cometer el delito, puede tratarse tanto de cosas que pertenecen al autor como a los partícipes, de este modo, los únicos que quedan excluidos son los terceros no responsables; además, puede formar parte de la punición de un delito consumado tanto como de uno tentado (actos ejecutivos punibles, actos consumativos y aún para actos de agotamiento), de modo que el inmueble o los vehículos, las cuentas bancarias o cualquier otro valor empleado como instrumento o infraestructura para la comisión de un ilícito quedan incluidos en este concepto.⁶⁹⁴ La jurisprudencia del Tribunal Supremo define a los *instrumenta sceleris* como los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal. En el delito que nos ocupa podríamos mencionar como medios o instrumentos utilizados para la ejecución de la conducta delictiva: mercancías sobrevaloradas, documentación, instrumentos bancarios tales como libretas de ahorros, tarjetas de crédito, tarjetas de débito, chequeras, tarjetas electrónicas de transferencia de información bancaria, etc. Lo importante será determinar no cuáles son los múltiples y diversos instrumentos utilizados para la realización de este ataque típico, sino establecer si aquellos son susceptibles de identificarse con el objeto material del delito analizado⁶⁹⁵. Así, afirmaremos categóricamente que los instrumentos utilizados para el cometimiento de la infracción del delito previo no son susceptibles de ser incluidos en el objeto material de las conductas de blanqueo de capitales. La explicación es sencilla: no proceden del delito previo, su origen es anterior al cometimiento del mismo. Es decir que, sólo en el momento en que estos instrumentos por ejemplo, se convierten en parte de las ganancias que resulten del cometimiento del delito previo, podrían constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales, porque la idoneidad de los bienes no surge de su carácter instrumental sino que se origina en el hecho de haber pasado a integrar la categoría de ganancia y por tanto se evidencia su carácter de incorporable al patrimonio, es decir aptos de ser valorados económicamente como consecuencia de la comisión del delito *ex post* y no *ex ante*. Si quedan

⁶⁹⁴ ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 987.

⁶⁹⁵ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 168-169.

excluidos como objeto material del delito de blanqueo de capitales los instrumentos del delito previo, es porque estos bienes no tienen su origen en la comisión de un delito en cuanto que solamente han sido utilizados para su ejecución⁶⁹⁶.

6. LOS EFECTOS DEL DELITO PREVIO. UN APORTE SOBRE SI CABE O NO LA MAL LLAMADA RECEPCIÓN SUSTITUTIVA: LA RECEPCIÓN DE UNA RECEPCIÓN

Recordemos que el objetivo de este capítulo es determinar con precisión el ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales respecto del delito de receptación como presupuesto para determinar si el comportamiento del mulero o *phisher mule* es punible desde el art. 301.3 CP o no. Conviene aquí brevemente comentar que en el ámbito del delito de receptación una de las tareas fundamentales ha sido interpretar qué debe entenderse por *efectos*. Esta tarea ha estado condicionada por la postura que se sigue sobre qué debe proteger o protege el delito de receptación⁶⁹⁷. De este modo, si se sigue la postura del mantenimiento, el bien jurídico protegido será el que protege el delito previo y en este sentido, el delito de receptación es una continuación de la previa lesión sobre el patrimonio, el delito de receptación protegería en general el patrimonio⁶⁹⁸. Esto significa que la conducta del receptor afecta también al bien jurídico protegido ya lesionado por el delito precedente y agrava aún más la lesión a estos bienes jurídicos. Los efectos

⁶⁹⁶ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 103.

⁶⁹⁷ Esta idea ya en VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, *ob. cit.*, pág. 43.

⁶⁹⁸ En general, porque las conductas del Título XIII del CP, son bastante diversas y no sólo protegen el patrimonio sino también otros bienes jurídicos, como la propiedad en el delito de apropiación indebida. Además, que, la doctrina no es pacífica en cuanto a los intereses protegidos en determinados delitos como en las insolvencias punibles o los delitos societarios. Sin embargo, como la teoría del mantenimiento cubre estos problemas, porque se protege lo que se proteja en el delito previo, pues entonces, da lo mismo indagar en esta cuestión o no. Esta explicación no convence por las razones expuestas a lo largo de estos dos primeros capítulos.

receptados coadyuvan a mantener la situación antijurídica que el delito referenciado ha producido⁶⁹⁹.

La consecuencia lógica de sostener esta explicación es rechazar la receptación sustitutiva. Se consideran supuestos de receptación sustitutiva⁷⁰⁰ todos aquellos comportamientos en los que un sujeto conocedor de la actividad delictiva previamente cometida por otro (otros), recibe un bien que no es el que directamente procede de la infracción anterior, pero sí indirectamente porque ha surgido de algún acto mediante el cual ha sido cambiado, sustituido, permutado, etc., el bien que tiene su origen en el delito previo. En este sentido, debería rechazarse su punición, sostienen los que participan de la teoría del mantenimiento, porque el cambio (la receptación sustitutiva) del bien implica la imposibilidad de mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica por parte de quien recibe algo cuya titularidad no recae en el sujeto pasivo de la infracción primitiva⁷⁰¹. Desde la misma teoría del mantenimiento apuntando a otro fundamento se señala que las sucesivas transformaciones aumentan de forma indudable el peligro de localización de la cosa (del bien), pero ello no afecta al objeto obtenido a cambio de la cosa, sino sólo al traspaso de la misma. Por lo que debe entenderse que la receptación sustitutiva con carácter general

⁶⁹⁹ La doctrina mayoritaria, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pág. 25 y ss., MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, *ob. cit.*, pág. 509-510, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo...», *ob. cit.*, pág. 558; VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 625, en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de receptación, entienden que se trata de un delito contra el patrimonio: el receptor actúa contra el patrimonio ajeno en la medida en que hace suyos, con ánimo de lucro, bienes de otras personas. En el mismo sentido se manifiesta la sentencia del TS de 25 marzo de 1996. Esta explicación hunde sus raíces en el entendimiento de que nos encontramos ante un delito de referencia, el delito previo es consumación, la receptación es agotamiento; así, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 558, quien refiere que por tratarse de un delito de referencia el bien jurídico lesionado es el mismo que se ha visto afectado en el delito previo (en general el patrimonio), sin descartar la afectación a la Administración de Justicia, lo que le otorga a la figura su carácter pluriofensivo; también ROBLES PLANAS, R., PASTOR MUÑOZ, N.: *Lecciones de Derecho penal*, PE, edit. Atelier, segunda ed., dir. SILVA SÁNCHEZ, J., Barcelona, 2009, pág. 249.

⁷⁰⁰ En un sentido similar, por todos, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites...*, *ob. cit.*, pág. 50.

⁷⁰¹ DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pág. 103 y ss.

es indiferente a los efectos del delito de receptación en tanto no supone la creación de la situación de peligro que se configura en el tipo⁷⁰².

Esto como se observa es consecuencia de un determinado entendimiento de la receptación ajeno al texto punitivo y que condiciona de una manera por lo menos dudosa y bastante arbitraria la interpretación del ámbito de aplicación de este delito. Así, un concepto que debe ser interpretado con carácter general del mismo modo para todos los tipos penales, a decir, lo que se debe entender por *efectos*, dada la concreta interpretación que se realiza de una conducta típica y lo que se piensa que aquella debe proteger, se llega al absurdo de limitar el contenido normativo de la expresión, con tal de no renunciar a las propias convicciones. La interpretación típica se vuelve rea de la teoría y no todo lo contrario: la teoría debe explicar coherentemente lo que dice la norma o por lo menos intentar dar coherencia a lo que el legislador hizo. La teoría no está autorizada a corregir o ampliar el texto de la ley, por lo menos no de *lege data*.

Nosotros consideramos que es necesario interpretar el término de tal manera que se entienda perfectamente en el ámbito jurídico-penal qué se debe interpretar por efectos, para luego a partir de esa definición o descripción del contenido normativo, de la mano de una interpretación teleológica del precepto, condicionar la aplicación del mismo. Así, efecto en el lenguaje corriente es todo aquello que sigue en virtud de una causa o que se explica en función de una determinada causa. Esta acepción del término es la que ha querido el legislador impregnar en los tipos en que se utiliza esta palabra (por ejemplo, en el delito de receptación). Efectos del delito son cualquier mercancía (legal o ilegal en cuanto a su tenencia, posesión, goce y puesta en circulación) obtenida (explicada, causada) mediante el cometimiento del delito, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o valor de cambio) o sea que la mercancía se convierta en dinero u otro valor o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor. Desde esta perspectiva, son los

⁷⁰² PÉREZ DEL VALLE, C.: «El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción», en *CDJ*, vol. 1, El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero, Madrid, 1994, pág. 74 y ss.

efectos provenientes de un delito sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito. Pero no es efecto de un delito la moneda falsificada considerada materialmente, pues en este caso el delito crea una apariencia que no existe. Con mucha mayor razón debe considerarse que no son efectos provenientes de un delito aquellos objetos materiales que la conducta típica deja totalmente inalterados, como es el supuesto de la tenencia prohibida de ciertas cosas⁷⁰³. Efectos entonces, son los objetos que han sido producidos por medio de la comisión dolosa o imprudente de un delito⁷⁰⁴.

Para un sector de la doctrina penal por efecto del delito hay que entender lo que se conoce como *producta sceleris*. Es decir, aquellos objetos que son producidos por el delito, engendrados por la actividad delictiva, tales como los documentos o monedas falsificadas. Para otros autores este concepto abarca el *fructus sceleris*, es decir las ganancias generadas por el delito. Otros entienden que el concepto se refiere a un contenido no causal sino en la acepción genérica y material de bienes. Comparemos estas posiciones con lo preceptuado en el artículo 127 CP que en su núm. 1 establece que:

“Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

Con esta diferenciación consignada en la normativa entre efectos, instrumentos y ganancias, afirmamos que el concepto de efecto ha seguido una evolución restrictiva. Originariamente se interpretaba que esta expresión abarcaba tanto los objetos que forman el delito como los producidos por el mismo, con lo que incluso encajaba el objeto material del delito. Hoy el CP distingue entre los conceptos de efectos y ganancias con lo que ha dado pie a

⁷⁰³ ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 987.

⁷⁰⁴ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 857.

una interpretación limitada de estos conceptos, haciendo posible la identificación de los efectos con los *producta sceleris*, de donde se puede afirmar que los productos de hechos delictivos anteriores y susceptibles de ser incorporados patrimonialmente en función de su posible apreciación económica son a su vez subsumibles dentro del objeto material del delito de blanqueo de capitales⁷⁰⁵. El producto del delito o *producta sceleris*, es decir los bienes que directamente han sido generados o producidos por la comisión de un delito, sólo se pueden enlazar como objeto material del delito de blanqueo de capitales o receptación cuando esos bienes surjan como consecuencia de la comisión del delito previo y que sean susceptibles de ser incorporados patrimonialmente. Por lo que aquellos bienes (como armas biológicas de destrucción masiva o documentos falsos) que, aunque tengan valor económico en un mercado paralelo, al no poder concederle valor económico dentro del mercado lícito, puesto que no son susceptibles de ser colocados en circulación, se rechazan como objetos materiales del delito de blanqueo^{706 707}.

En el ámbito de nuestra investigación debemos añadir algo. Cuando se define el objeto material en el delito de receptación ya no a partir de la teoría del mantenimiento sino precisamente a partir de la autonomía del tipo, porque el delito protege un bien jurídico distinto que el del delito previo, la doctrina acepta la posibilidad de la receptación sustitutiva. De este modo, no existe problemas en afirmar que se da una coincidencia o identidad conceptual entre lo que debe entenderse por bienes y por efectos. Por eso no debe extrañarnos que cuando los autores indagan sobre el objeto material en estos delitos, suelen utilizar las mismas expresiones. Veámoslo con un ejemplo. Para el delito de receptación, si *“las conductas receptoras conllevan la inevitable afección al bien jurídico Administración de Justicia, necesariamente habría de interpretarse el término «efectos» en un sentido más amplio, equiparable al «provecho, producto o precio del delito», a los que se refiere el artículo 451.1. 1º; lo que permitiría admitir la posibilidad de sancionar la receptación*

⁷⁰⁵ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 170-171.

⁷⁰⁶ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, ob. cit., pág. 99.

⁷⁰⁷ Estas precisiones son equivalentes también para el delito de receptación.

sustitutiva”⁷⁰⁸. Para el delito de blanqueo de capitales, “*el objeto material de estos delitos está constituido por los bienes...* (En la cita el autor hace una referencia sobre la reforma operada por el CP de 1995) *el artículo 344 bis h) se refería a «bienes que procedan» de tales delitos; mientras que el legislador de 1995 utiliza una expresión de distinto alcance: «bienes que tengan su origen» en un delito grave (actualmente en una actividad delictiva). A nuestro modo de ver, este significativo cambio obedece al deseo de zanjar la polémica doctrinal*⁷⁰⁹ *surgida respecto de si era necesaria la procedencia directa o si, por el contrario, también podía considerarse típica la sustitución de bienes previamente convertidos o transferidos*”⁷¹⁰. De este modo, de la interpretación que la doctrina realiza de ambos tipos penales, nos encontramos que cabe tanto la receptación como el blanqueo sustitutivo, con lo que, a efectos prácticos, el contenido normativo del término efectos queda absorbido por el contenido normativo del término bienes. Al menos en la forma en que los autores resuelven el problema del objeto material y si caben o no los *efectos o bienes sustitutivos o transformados*.

Aunque ésta solución es coherente con sus presupuestos, considero que no es el fundamento del por qué debe admitirse la receptación sustitutiva⁷¹¹. La solución está en la autonomía de los tipos de receptación y de blanqueo de capitales respecto de la teoría del mantenimiento. En el segundo delito parece

⁷⁰⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, *ob. cit.*, pág. 43-44. Esta idea se encuentra en todas las investigaciones que aceptan la receptación sustitutiva, he escogido la de esta autora, porque sus textos permiten un comentario en el sentido que quiero apuntar: que los tipos de receptación y de blanqueo de capitales, son tipos de legitimación de bienes cuyo ámbito de aplicación no ha sido eficientemente delimitado.

⁷⁰⁹ Sobre la polémica doctrinal de su momento, una crítica importante de si se debía incluir los bienes *transformados o mutados*, como objeto material en el delito de blanqueo de capitales y de este modo aceptar, en los términos del delito de receptación, el blanqueo sustitutivo, FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones de urgencia...», *ob. cit.*, pág. 606 y ss. A favor de su inclusión en los momentos de la polémica, ZARAGOZA AGUADO, J.: «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación», en *CDJ*, Madrid, 1994, pág. 126.

⁷¹⁰ Por todos, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, *ob. cit.*, pág. 43-44.

⁷¹¹ Una solución parecida a la nuestra en VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, *ob. cit.*, pág. 44., aunque no se entiende por qué se hace depender la misma del concreto objeto de protección: Administración de Justicia, que se sostiene protege el delito de receptación, sino propiamente en la naturaleza autónoma del delito, como lo hacemos nosotros. Hay que reconocer, que la solución igualmente es impecable.

estar ya alcanzada, no se puede afirmar todavía respecto del primero, porque la doctrina mayoritaria aún afirma tal dependencia. Sin embargo, nosotros opinamos lo contrario. Por lo que, tanto en el delito de receptación como en el delito de blanqueo de capitales cabe la receptación y el blanqueo sustitutivo, porque por efectos de un delito debe entenderse cualquier bien (mercancía legal o ilegal en cuanto a su tenencia, posesión, goce y puesta en circulación) obtenido (explicada, causada) mediante el cometimiento de un delito o una actividad delictiva, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o valor de cambio) o sea que la mercancía se convierta en dinero u otro valor o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor, sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito. Deben excluirse de esta categoría aquellos objetos materiales que la conducta típica deja totalmente inalterados, así como aquellos que por su naturaleza no son susceptibles de ser incluido en las actividades de comercio (en general tráfico de bienes y sustancias ilegales: drogas, órganos, armas, etc.). De este modo, cabe la receptación de una receptación porque el delito de receptación es uno de los que atentan contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

La pregunta que queda por contestar es una muy importante: ¿por qué admitir en el ámbito de aplicación del delito blanqueo de capitales un delito de blanqueo de capitales cuya procedencia de los bienes se explique a su vez en otro delito de blanqueo de capitales y no en el del delito de receptación, en la medida que el delito de blanqueo de capitales es también uno de los que se encuentra en el apartado de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico? Esta pregunta será contestada con amplitud en el número 9.2 de este apartado, aquí adelantaremos que la respuesta está en el propio texto del art. 301 del CP. El legislador ha reservado este grupo de supuestos para el propio delito de blanqueo de capitales tanto porque el sujeto activo del delito puede ser el propio blanqueador como porque en el núm. 2 del art. 301 CP directamente se conmina con pena el ocultamiento o encubrimiento de la verdadera naturaleza de los bienes: bienes que están legitimados o blanqueados, aunque su origen sea una actividad delictiva. Así, razones de sistemática y coherencia han propiciado incluir en el ámbito de aplicación del delito de

blanqueo de capitales, el blanqueo de un blanqueo. Esto a su vez, se convierte en un punto de referencia para exigir de *lege ferenda* una taxativa determinación de los tipos penales susceptibles de constituirse en delito previo en el ámbito del art. 301 CP (revisar el apartado 9.5 de este capítulo).

7. LAS GANANCIAS OBTENIDAS EN FUNCIÓN DEL DELITO PREVIO COMO OBJETO MATERIAL

Es preciso aclarar de antemano que los objetos producidos por el hecho no son idénticos a las ganancias que el autor extrae del delito⁷¹². Por regla general, las conductas descritas en el art. 301 CP van a recaer sobre las ganancias obtenidas como resultado del cometimiento del delito previo. Estas ganancias configuran el objeto de la acción, hasta el punto de establecer una limitación de referencia de los delitos previos con relación al delito de blanqueo de capitales en función de aquellos delitos que efectivamente generen ganancias y que estas puedan ser verificadas patrimonialmente, con independencia de que estas ganancias provengan de una multiplicidad de delitos previos, con lo que cabría la posibilidad de incluir entre los supuestos de blanqueo de capitales los frutos de una larga carrera criminal. El delito de blanqueo de capitales entonces, se refiere a las ganancias del delito, sus beneficios, utilidades, rendimientos, mismos que conducen necesariamente a incrementos patrimoniales, entendiendo este incremento como la ventaja económicamente evaluable como consecuencia del cometimiento de un delito. No se requiere que la obtención de las ganancias o los objetos de la ganancia o bienes que constituyen la ganancia ostenten relevancia típica dentro del delito previo. Esto permite incluir dentro del objeto material las ganancias obtenidas cuando se realizan actos de comercio con mercancías ilícitas: contrabando de licores y en general, tráfico de drogas, compraventa de armas, órganos humanos, trata de mujeres. Sin embargo, si la ganancia o el objeto de la ganancia o los bienes que forman la ganancia son mercancías cuyo comercio es

⁷¹² JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 857.

ilícito, no son susceptibles de incorporarse al objeto material en el delito que estudiamos: el delito de blanqueo de capitales⁷¹³.

Los beneficios, ganancias o utilidades son los bienes que constituyen la consecuencia económica de la comisión de un delito. Se encuentran representados por cualquier bien que constituya para la persona una ventaja económica o que represente un interés jurídicamente valorable y que haya sido obtenido tanto directa como indirectamente de la comisión de un delito. Dentro de los que se han obtenido de forma directa encontramos aquellos que tienen su origen inmediato en la comisión del delito previo (dinero obtenido como consecuencia de la venta ilegal de armas, drogas, información privilegiada, etc.), a diferencia de aquellos que se obtienen de forma indirecta y que se explican como consecuencia de la transformación que han podido sufrir los directos (lo que produce el predio que se adquiere con el dinero obtenido en la venta ilegal de armas o de drogas, el dinero que se obtiene al cambiar o vender una cantidad de dinero falso a cambio de la obtención de una información privilegiada,⁷¹⁴ etc.). El precio está originado a causa del delito antecedente y no se corresponde con los instrumentos del delito, sino que debe ser ubicado temporalmente en el *íter*, como consecuencia: en las ganancias⁷¹⁵.

Una vez que nos hemos acercado al concepto de ganancia como ventaja económica, es necesario dilucidar si el tipo penal abarca un concepto de ganancia en el sentido contable del término. Es necesario plantear y resolver la cuestión de si la ganancia que es susceptible de ser considerada objeto material del delito es la ganancia bruta o tan sólo debe considerarse la ganancia neta, lo que se gana con el delito menos los costes de la realización del delito. Los argumentos de quienes se decantan por considerar el concepto de ganancia bruta son: a) debería entenderse que el objeto deriva de un hecho antijurídico sólo cuando es obtenido como su ganancia bruta; b) la expresión contenida en el art. 301.2 CP que establece que cuando se blanqueen los bienes *a sabiendas*

⁷¹³ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 172-173.

⁷¹⁴ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 101-102.

⁷¹⁵ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pág. 175.

de que proceden, incluye la consideración de ganancia bruta o incluso un bien destinado a cubrir los gastos que genera el cometimiento del delito; c) las dificultades que plantea calcular la ganancia neta en un hecho delictivo concreto hacen imposible su consideración para la determinación cuantificada de lo blanqueado; y, d) se plantea aplicar el concepto de ganancia bruta por razones de justicia y legalidad que se enlazan en la improcedencia del enriquecimiento del sujeto que realiza la conducta así como en considerarlo como un efecto de la resolución de invertir en un negocio cuyo riesgo de pérdidas de lo invertido es sumamente alto⁷¹⁶. Sin descartar esta opción como la más adecuada, es importante realizar algunas precisiones que son verdaderamente importantes por las repercusiones probatorias que podrían tener, todo en función de una interpretación teleológica, es decir en la medida que el bien jurídico protegido no se vea afectado deberá descartarse o corregirse la interpretación anterior, por la siguientes razones: a) en los supuestos en los que los bienes y de manera concreta el dinero que sirva o se utilice para financiar la comisión de un delito sea de origen lícito no se ve afectada la circulación de bienes, ni el libre mercado o la libre competencia, por tanto, deberá descontarse su valor de la ganancia obtenida por el delito; b) el término *proceder* no contiene propiamente un concepto amplio de ganancia, no es reducible o reconducible a su entendimiento, ésta es más bien una interpretación forzada puesto que esta voz *proceder* implica que una cosa se obtiene, nace o se origina de otra, ya sea física o moralmente, por tanto, el término no es abarcativo sino excluyente⁷¹⁷; y por último, c) el cálculo de la utilidad neta no representa mayor dificultad que aquella que se necesita para calcular el valor de la multa, por lo que la dificultad para cumplir una obligación no es una forma de extinción de aquella⁷¹⁸. La interpretación no está para eliminar las dificultades, en el sentido literal de hacerlas desaparecer, sino para explicarlas y de este modo solucionarlas. Por tanto, en el delito de blanqueo de capitales quedan comprendidas como objeto material las ganancias

⁷¹⁶ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 175.

⁷¹⁷ Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, edición 22, versión en línea, página web <http://www.rae.es/rae.html>.

⁷¹⁸ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 176-177.

inherentes a la previa conducta delictiva y los rendimientos que de ellas procedan⁷¹⁹ siempre que los bienes de la ganancia sean susceptibles de ser puestos a circulación en el mercado. De probarse que los recursos con los que se financió el comportamiento delictivo son lícitos, deberán descontarse.

Por último, sobre el precio, recompensa o promesa para cometer un delito, conceptos estos todos que consisten en la retribución económica que el autor o partícipe de un delito recibe para cometer la conducta típica⁷²⁰; señalaremos que si en el delito de blanqueo de capitales en cuyo objeto material se encuentran las ganancias del delito, sus beneficios, utilidades y rendimientos, y que conducen necesariamente a incrementos patrimoniales como una ventaja económicamente evaluable, es posible, por tanto, desde esta perspectiva afirmar que el precio, recompensa o promesa es una forma de cómo se manifiesta la ganancia. Se colige entonces que para poder considerarse objeto material del delito de blanqueo, deben ser, además, identificables con bienes susceptibles de valoración económica y tener el carácter de incorporables al tráfico lícito de bienes. Así, en el delito de asesinato por precio; la dádiva o presente en el cohecho, etc., deberán pagarse con bienes o derechos comerciables, no siendo típica la ganancia cuando lo que se entrega es, por ejemplo, cocaína, etc.

8. DELITO PREVIO DEL QUE PROCEDEN LOS BIENES: UNA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL

En el propio tipo penal del art. 301 CP se encuentra establecido qué bienes son objeto material del delito de blanqueo de capitales, en el sentido de que no son todos los bienes sino sólo aquellos que tienen su origen en una actividad delictiva. Por lo que afirmamos que el punto de encuentro entre el delito previo y el delito de blanqueo de capitales son los bienes que proceden de aquél, del delito previo. Por otro lado, no debemos olvidarnos que, en el

⁷¹⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito...*, ob. cit., pág. 300.

⁷²⁰ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, ob. cit., pág. 97.

ámbito del Derecho penal, un bien puede desempeñar cuatro diferentes funciones dentro de un tipo penal: a) ser su objeto material; b) ser el instrumento utilizado para su comisión; c) constituirse en *efecto* del mismo; y, d) expresarse en forma de ganancia⁷²¹. En este apartado lo importante será dilucidar qué debe entenderse por actividad delictiva, por delito previo en el delito de blanqueo de capitales (y en el de receptación). Esta es una cuestión que trata sobre los elementos del tipo. Los elementos del tipo pueden ser a) descriptivos, cuando el intérprete alcance a comprender su significado de forma natural y sin necesidad de segundas valoraciones por tratarse de conceptos pertenecientes al lenguaje ordinario. Aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez⁷²². Se han definido, además, como aquellos que pueden ser conocidos por el autor a través de los sentidos⁷²³, por lo que son susceptibles de una verificación fáctica⁷²⁴. Términos como *edificios, cosa mueble, etc.*; y, b) normativos, aquellos que aluden a premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas bajo los presupuestos lógicos de una norma. Dentro de los mismos se cuentan los verdaderos conceptos jurídicos, los conceptos valorativos y los conceptos con relación de sentido⁷²⁵. Son aquellos que precisan un especial proceso de valoración para poder ser constatados sin que sea suficiente el conocimiento de la experiencia o la percepción sensorial para comprobar su existencia en el caso concreto. Es decir, todos aquellos elementos cuya concurrencia presupone una valoración, tales como *funcionarios en el ejercicio de su cargo, bienes, documento, etc.* Sin perjuicio de lo anterior existe la postura que sugiere que todos los elementos son plenamente normativos por requerir en mayor o menor medida un análisis comprensivo de su significado⁷²⁶. Esta distinción entre los elementos del tipo es de radical importancia ya que

⁷²¹ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de...*, *ob. cit.*, pág. 309-310.

⁷²² ROXIN, C.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 306.

⁷²³ Véase, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 226; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 379.

⁷²⁴ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 289.

⁷²⁵ Véase, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 226; JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 289.

⁷²⁶ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de...*, *ob. cit.*, pág. 321.

afecta a todos los tipos consignados en el catálogo de disposiciones penales denominado CP y pertenece por tanto a la parte general del Derecho penal. La división entre elementos descriptivos y normativos revela su importancia como conceptos que ayudan a delimitar entre tipo y antijuridicidad y, para el desarrollo de la concepción hoy dominante del tipo como tipo de injusto. Además, esta distinción es también importante dentro de la teoría del *dolo*, porque los elementos descriptivos requieren una percepción sensorial, a *contrario sensu* los normativos demandan una comprensión espiritual. Por último, los elementos normativos del tipo, en la exigencia de valoración jurídica que en su mayoría presuponen, cumplen su papel en la cuestión de si es practicable con pureza en todos los casos la distinción exigida entre error de tipo y error de prohibición⁷²⁷.

En la tarea de definición por parte del juzgador en el mundo fáctico de los elementos descriptivos y normativos rara vez se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos como *sustraer o edificio*, en los casos de duda deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y por tanto conforme a criterios normativos. Por otra parte, la mayoría de los conceptos normativos tampoco se presentan como valoraciones por excelencia, sino que tienen un substrato descriptivo -como en el delito de injuria-, no son reconocibles con la sola reproducción de un juicio de valor social, sino que requieren también la comprobación cognitiva de un proceso fáctico -en la injuria: acústico, la proyección mediante el sonido o el papel, etc.- o de su fijación en un objeto. El elemento normativo del delito no existe sólo por su contenido de sentido jurídico, sino que también tiene siempre una base material perceptible por los sentidos, lo importante y sugerente entonces es reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos en los que se puede verificar la preponderancia de uno u otro⁷²⁸.

⁷²⁷ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 305.

⁷²⁸ ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 306.

El delito previo del que han de proceder los bienes es por tanto un elemento normativo del tipo, puesto que con su simple percepción o idea es difícil captar el verdadero sentido, significado y contenido que este elemento del tipo de blanqueo de capitales (y receptación) encierra. El concepto de delito requiere un examen comprensivo y específico por parte de aquel que lo interpretará, en este caso el juez. Este requisito relativo a la existencia anterior de una infracción convierte al blanqueo de capitales en un delito de referencia, pero esto no obsta su consideración de delito autónomo, es decir, que nos encontramos sin lugar a dudas ante una conducta punible autónoma con independencia de que su descripción se realice señalando elementos de un delito previo⁷²⁹. Es curioso que esto se predique del blanqueo de bienes y no de la receptación de *bienes-efectos*, aduciendo la limitación de la pena a imponer en función del delito previo. Esto no sólo es discutible sino incoherente, por lo que, para nosotros, rige también la autonomía de la receptación respecto del delito previo. Recordemos que aunque la doctrina mayoritaria sostenga que el hecho de que las reglas que se imponen en el núm. 3 del art. 298 CP para la regulación de la pena tengan relación con el delito precedente o mejor, que los límites que ahí se estipulan tienen como fundamento la pena del delito *encubierto*, del delito previo, este criterio más bien corrobora no sólo la justificación de la existencia tanto del delito de blanqueo de capitales como del delito de receptación, sino que además le otorga un criterio de racionalidad al sistema punitivo que prohíbe el blanqueo de bienes-efectos. En efecto, un sistema punitivo que mediante un delito de blanqueo de bienes-efectos doloso comúnmente denominado receptación, con una pena menor que oscila entre seis meses y tres años y limitada en función del delito precedente y que prohíbe lo mismo que prohíbe el art. 301 CP, un delito de blanqueo de capitales doloso cuya pena oscila entre seis meses y seis años, sólo puede estar justificado porque el ámbito de aplicación de los primeros, está referido a delitos patrimoniales que en general son menos gravosos que aquellos de los que surgen los bienes en el delito de blanqueo de capitales del art. 301CP: narcotráfico, terrorismo, trata de mujeres, malversación, cohecho, etc., una

⁷²⁹ ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 216-217.

interpretación que coincide con las razones político criminales de ambos tipos penales.

Esta valoración que el intérprete realiza de los elementos normativos puede llevarse a cabo de conformidad con criterios de naturaleza jurídica o criterios de naturaleza social o cultural. En el caso que nos ocupa en la sistemática investigativa, nos encontramos ante el elemento normativo del tipo denominado *delito*, su interpretación deberá ser de manera exclusiva una interpretación jurídica y en este sentido normativa, y lo mismo que se plantea para este concepto normativo de delito lo planteamos para el origen delictivo del bien susceptible de ser considerado objeto material de la acción en el delito de blanqueo de capitales⁷³⁰. A continuación, revisemos qué dice la ley penal sobre el concepto de delito:

El art. 10 CP⁷³¹ establece que:

“Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.”

Este concepto o definición legal de delito sugiere tres requisitos: a) que sea una conducta activa u omisiva; b) que sea realizada dolosa o imprudentemente; y, c) que se encuentre prevista en la Ley penal. Sin embargo, aun cuando el legislador resalte estos elementos, no son los únicos, ha sido la doctrina la encargada de elaborar un concepto que encierre sobre sí todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y en consecuencia ser sancionado con una pena. Desde el punto de vista jurídico (normativo) delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esta definición es consecuencia de la materialización del principio *nullum crimen sine lege* que rige el moderno Derecho penal y concretamente el español. Este principio es derecho positivo de conformidad a lo estipulado en el art. 1 CP que señala que *no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración*, en estricta

⁷³⁰ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de...*, ob. cit., pág. 322.

⁷³¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

coherencia con lo establecido en el art. 25.1 CE⁷³² en el que se puede leer que “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”. Por lo que existe una prohibición normativa que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal⁷³³. El anterior concepto esbozado es uno estrictamente formal que nada nos dice de los elementos que lo deben configurar, por ende, corresponde al jurista y a la ciencia del Derecho penal elaborar ese concepto de delito en el que estén presentes todas las características generales y/o comunes a todos los delitos en particular. Se toma como punto de partida lo que la ley penal considera como delito a partir de todos los preceptos legales que se refieren al delito, deduciendo de los mismos las características generales comunes a todo delito. Esto es lo que se considera la tarea de la PG del Derecho penal.

En lo que se refiere al concepto doctrinal de delito, el mismo ha sido considerado primeramente como la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger al ciudadano que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso⁷³⁴. Esta definición aportada por FRANCESCO CARRARA contenía elementos cuyo origen no se encontraban en la ley, es más se edificó fuera de toda ley, por eso se juzga que este autor más que Dogmática jurídico-penal lo que hizo fue un estudio filosófico de las instituciones penales y de los delitos *in species*⁷³⁵. Para VON LISZT el delito es el acto humano contrario a derecho culpable y punible⁷³⁶. Para MEZGER el delito es el acto típico, antijurídico y culpable⁷³⁷. Para JIMÉNEZ DE ASÚA el delito es el acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Para este extinto penalista, es

⁷³² BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 103.

⁷³³ Por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 103 y ss.; también, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito*, edit. Temis, Bogotá, 1984, pág. 2.

⁷³⁴ CARRARA, F.: *Programa...*, ob. cit., pág. 61.

⁷³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, ob. cit., pág. 24.

⁷³⁶ VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 351.

⁷³⁷ MEZGER, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 80.

necesario establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. Por lo que enseña que el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Señalará que, en suma, las características del delito serían éstas: actividad; adecuación típica; antijuricidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad; y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. El acto tal como nosotros lo concebimos (expresará JIMÉNEZ DE ASÚA) es independiente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son eventuales e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito⁷³⁸. En España, COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN proponen entender al delito como todo hecho humano típicamente antijurídico, culpable y punible⁷³⁹. Para BACIGALUPO ZAPATER el delito es la acción típica, antijurídica y culpable, es discutible decidir si se añade o no el elemento punibilidad. La acción típica y antijurídica expresa la existencia de un hecho que consiste en una perturbación grave de la vida social y la culpabilidad los elementos que fundamentan la responsabilidad⁷⁴⁰. Para MIR PUIG el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible⁷⁴¹.

Podemos observar que a la conclusión a la que ha llegado la ciencia del derecho penal es que el delito responde a una doble perspectiva: a) como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto o comportamiento personal; y, b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad y al segundo culpabilidad. El injusto o antijuridicidad es la desaprobación del acto y la

⁷³⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, ob. cit., pág. 206-207.

⁷³⁹ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 254.

⁷⁴⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual...*, ob. cit., pág. 70; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 204 y ss.

⁷⁴¹ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 138.

culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor⁷⁴². Si bien es el autor el responsable ante el hecho penal, es la infracción realizada la que constituye el fundamento jurídico de su responsabilidad⁷⁴³. La sistemática del delito es utilizada además como factor de diferenciación para la imposición de una medida de seguridad. Es suficiente la adecuación de su conducta al hecho prohibido y antijurídico, aunque su autor no sea culpable; en el caso de la imposición de una pena es necesario que su conducta se subsuma en el supuesto prohibido, que sea antijurídico y que exista culpabilidad. Por lo tanto, concluimos que no hay culpabilidad sin antijuridicidad, aunque sí hay antijuridicidad sin culpabilidad. Sin embargo, es menester aclarar que no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito, por cuanto es necesario comprobar la tipicidad.

El proceso de selección a través de la ley de las acciones que el legislador ha querido sancionar penalmente se llama tipicidad y se define como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la Ley. Constituye una materialización del principio de legalidad. La exigencia de tipicidad se desprende de la realidad de que no todas las acciones y omisiones son delito, sino sólo los así calificados por la Ley, los penados por la Ley⁷⁴⁴. Se deduce entonces que por lo general son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad las características comunes a todo delito, y en la sistemática de la Ciencia del derecho penal, el orden reflexivo inicia con la tipicidad, pues solo el hecho típico descrito en el supuesto legal penal puede servir de base a posteriores valoraciones; luego es necesario comprobar la antijuridicidad es decir, la conformidad o no con el derecho u observar la adecuación normativa a alguna causa de justificación, luego de este examen

⁷⁴² Por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 199 y ss. Aquí se dice que la teoría del delito es, en primer lugar, el medio técnico jurídico para establecer a quién se deben imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente. Este punto de vista no es nuevo, pero ha sido desarrollado en diversas formas, según el método, pero sobre todo según aquello que legitima al Derecho penal; también, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito...*, ob. cit., pág. 4.

⁷⁴³ MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 167-168.

⁷⁴⁴ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 257.

sobre el desvalor del hecho es necesario comprobar si el autor de ese hecho es o no culpable⁷⁴⁵.

Por delito entonces hay que entender toda conducta típica, antijurídica y culpable. De manera que un bien cuyo origen sea delictivo debe ser uno que proceda de una conducta típica, antijurídica y culpable, sin embargo, existen supuestos en los que la interpretación del concepto jurídico penal de delito no es tan exigente en cuanto a los elementos que lo configuran, interpretando que sólo se exigirá la concurrencia de los dos primeros elementos. Es decir, una conducta típica y antijurídica: una noción de delito en sentido incompleto⁷⁴⁶. Esta interpretación surge de la aplicación del principio de accesoriad limitada⁷⁴⁷, concepto que se utiliza para determinar la responsabilidad en la esfera de la participación delictiva. Lo que se afirma es que basta apreciar y observar que el autor haya adecuado su actuar a un supuesto típico y antijurídico para determinar la responsabilidad de un partícipe, esto no restringe el concepto jurídico penal de delito a estos dos elementos, sino que sitúa como momentos reflexivos jurídico penalmente suficientes, aquellos dos, para configurar la participación⁷⁴⁸. El principio de accesoriad limitada ha sido elaborado para resolver los problemas de participación en un delito cometido por otra persona y determina cuáles son los requisitos que ha de cumplir el hecho principal para que pueda establecerse la responsabilidad penal del partícipe. En el ámbito de la participación, la accesoriad es cualitativa y cuantitativa, se exige la existencia del dolo y, en los delitos de especialidad que el autor sea un *intraneus*⁷⁴⁹. En la investigación que nos ocupa, nos interesa sólo la relación de accesoriad cualitativa. Este tipo de accesoriad es la que se desprende del contenido del art. 300 CP, no porque se determine qué elementos configuran qué es un delito, en lo que se refiere al tipo penal de

⁷⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito...*, ob. cit., pág. 5

⁷⁴⁶ VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1450.

⁷⁴⁷ COBO, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal...* ob. cit., PG, tercera ed., 1996, pág. 578. Para estos autores, se denomina accesoriad limitada en el ámbito de la participación, al grado de dependencia según la cual solo puede castigarse la conducta del partícipe cuando el hecho principal sea típico y antijurídico.

⁷⁴⁸ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de...*, ob. cit., pág. 322.

⁷⁴⁹ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, ob. cit., pág. 125.

blanqueo de capitales (y receptación), sino precisamente porque prescribe cuáles de los elementos del delito no son necesarios, a saber: la culpabilidad y la punibilidad⁷⁵⁰. Por lo que, en un ejercicio de razonabilidad excluyente, los elementos del delito que sí son necesarios son la tipicidad y la antijuridicidad.

El art. 300 CP establece que:

“Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena.”

La interpretación que se debe realizar del elemento normativo denominado delito deberá ser una interpretación de tipo accesoria limitada, es decir que bastará tan solo que se observe que el supuesto de hecho sea una conducta típica y antijurídica, no es necesario que sea culpable ni mucho menos punible. Se castigará el blanqueo, aunque el autor o partícipe fuera irresponsable o cuando estuviera personalmente exento de pena⁷⁵¹. Las consecuencias que se verifican de la aplicación formal y material de la relación⁷⁵² de accesoriad limitada son: a) cuando los bienes, objeto material del delito de blanqueo de capitales (y receptación) no tengan su origen en un hecho prohibido típico no existe delito de blanqueo, por lo que los bienes que surgen de ilícitos civiles o administrativos o de infracciones de tipo fiscal tributario o arancelario, no son susceptibles de ser incorporados como objeto material en el delito que estamos estudiando; y, b) cuando en el delito previo, origen de los bienes que constituyen el objeto material del delito de blanqueo de capitales (y receptación), concurre una causa de justificación, tampoco existirá delito de blanqueo de dinero, puesto que aunque se evidencie la

⁷⁵⁰ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, ob. cit., pág. 127.

⁷⁵¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, ob. cit., págs. 198-199.

⁷⁵² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, ob. cit., págs. 198. Este autor manifiesta que se predica una *relación* de accesoriad limitada y no el *principio* de accesoriad limitada, puesto que el legislador ha querido regular en el artículo 300 del Código Penal, la relación entre el delito previo de referencia y los delitos de blanqueo de capitales y receptación, más no busca con esta norma regular los principios que rigen la participación delictiva.

tipicidad de la conducta previa pero no su antijuridicidad, no es un delito en el sentido normativo del art. 300 CP y por tanto los bienes no son subsumibles en el objeto material⁷⁵³.

En lo que respecta a la demostración sobre la relación entre un bien y un delito previo, es imprescindible probar la comisión de aquél delito. Existen dos formas de lograrlo: a) por medio de una sentencia ejecutoriada en la que se constate la realización del hecho típicamente antijurídico y culpable; y, b) la determinación en base a indicios por parte del tribunal que conoce del hecho concreto sobre la existencia o no de la conducta típica y antijurídica. El Tribunal Supremo ha seguido esta última forma de acceder a la determinación del delito previo, para lo cual exige que se conozca con precisión el hecho delictivo del que proceden los bienes, con lo que no hace falta que se exija condena por el delito previo. Es incluso indiferente a los efectos procesales del delito que se analiza, el delito de blanqueo de capitales (y receptación) que se conozca la identidad de los partícipes en el delito previo⁷⁵⁴. Es interesante (y cuestionable), aunque hay que reconocer que esto ameritaría un estudio particularizado, que las estadísticas sobre condenas por el delito de blanqueo de capitales informan que, de un total de 758 condenados, la prueba indiciaria ha sido utilizada para imputar a 426. Un 56% de condenas en el delito de blanqueo de capitales se realiza en base a indicios para la acreditación de que los bienes tienen un origen ilícito, que proceden de un delito⁷⁵⁵.

Por otro lado, sobre si se acepta la comisión dolosa o imprudente, como el art. 301 CP establece como referencia al delito previo, la expresión *su origen en una actividad delictiva*, podemos afirmar que se admite la comisión dolosa e imprudente, ésta última cuando se encuentre expresamente establecida su posibilidad en el tipo de referencia. Esta opción será trascendental sobre todo por las repercusiones que tiene en el ámbito del blanqueo de un blanqueo por imprudencia. Además, porque si se entiende que el art. 31 *bis* CP establece la

⁷⁵³ DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 129.

⁷⁵⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de...*, *ob. cit.*, págs. 200.

⁷⁵⁵ SILVENTE ORTEGA, J.: *Críticas a la prevención y represión...*, *ob. cit.*, pág. 195. Aquí, se expone un estudio estadístico jurisprudencial que comprende el período 2000 a 2012.

responsabilidad penal de la persona jurídica por un injusto propio, se imputaría a la persona jurídica por blanqueo de capitales doloso o imprudente cuando por la omisión del compliance se explique el delito de blanqueo de capitales y así, la estructura de este tipo de responsabilidad tiene puntos de contacto dogmático con la forma de imputación objetiva en los delitos de blanqueo de capitales y receptación, incluso, no es coincidencia que alguna teoría se refiera a esta responsabilidad como una conexión normativa entre la persona jurídica y el *hecho de referencia*. Podríamos decir como sucede en el ámbito de los delitos de blanqueo de *bienes-efectos* que se trataría de una conexión normativa con el *delito de referencia*.

9. DELITO PREVIO DEL QUE PROCEDEN LOS BIENES: UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Pero la cuestión del delito previo no se agota con la interpretación normativa de este elemento a partir de la teoría de la accesoriedad limitada de conformidad al art. 300 CP. La cuestión de la previa actividad delictiva de la que han de proceder los bienes objeto del delito de blanqueo de capitales tiene una repercusión importante para delimitar el concreto ámbito de aplicación entre los delitos de blanqueo de capitales y el de receptación. En efecto, el art. 298 CP establece que el delito de receptación podrá ser configurado sólo a partir de comprobar que los efectos del delito provengan de la *comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico*. Esta concreta previsión fue sustituida⁷⁵⁶ por la que su momento se encontrare establecida en el art. 546 bis a) que exigía la *comisión de un delito contra los bienes*; de este modo, el legislador se ha desmarcado de la antigua construcción del delito de receptación (teoría del mantenimiento⁷⁵⁷, perista⁷⁵⁸, etc.) para establecer un grupo de delitos

⁷⁵⁶ En el Código penal español de 1973, se regulaba de ese modo la receptación.

⁷⁵⁷ Sobre el delito de receptación, paradigmático, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*

⁷⁵⁸ Y se sigue haciendo, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho Penal Español*, PE, edit. Dykinson, segunda ed., Coord. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 2005, pág. 618, aquí se pone de manifiesto que la figura del *perista*, constituye el objeto central de los tipos delictivos de receptación y blanqueo. Nosotros consideramos que

que prohíban en su conjunto, mediante diversas estrategias y ámbitos de aplicación, la legitimación (en el sentido de dotar de conformidad legal) de bienes cuya procedencia sea ilícita: los delitos de receptación y blanqueo de capitales. Es más, como apuntaba algún autor⁷⁵⁹, la expresa referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico que *coincide con la rúbrica del Tít. XIII del Libro II del CP, provoca problemas cuando los efectos procedan de otros delitos patrimoniales que se incluyan en otros Títulos del Código (las malversaciones, p. ej.), problema que se había ya planteado con la primitiva redacción del precepto y se había corregido en una reforma posterior, al utilizar la expresión genérica «contra los bienes»*. Pero este autor, está pensando en la naturaleza diferenciada, para nosotros inexistente, entre las conductas de receptación y blanqueo de capitales, porque no ha notado o no se ha interpretado adecuadamente que el legislador ha querido precisamente delimitar así estos delitos. De este modo, si la referencia a los *delitos cometidos contra los bienes* se mantenía en el delito de receptación, la única posibilidad que quedaba era la imposibilidad de diferenciar el ámbito de aplicación entre estos tipos penales y no se hubiese podido sostener la diferente penalidad.

Por otro lado, la crítica que otro autor⁷⁶⁰ sostuvo en su momento en el sentido de que la *“limitación resaltada por la doctrina mayoritaria sobre la base de argumentos formales, carece, sin embargo, de justificación tanto material como político-criminal. (De este modo,) En atención al fundamento de la punición de la receptación nada debiera impedir la inclusión de delitos con contenido socioeconómico no contenidos en el presente Título. Estos supuestos difícilmente tendrán cabida en el art. 301 del CP al exigir dicho*

no se debe descartar las construcciones de la receptación en base a la figura del perista, porque en la práctica han sido muy útiles, lo que se critica aquí, es sostener que ese sea el fundamento del tipo, de donde, la figura del receptor y del perista debe reinterpretarse en función de lo que realmente protege el tipo y no de una de las descripciones fenomenológicas que han ayudado a entender la conducta típica.

⁷⁵⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J.: *Código penal comentado*, Con concordancias y jurisprudencia, t. I., edit. Bosch, segunda ed., dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Barcelona, 2004, pág. 899.

⁷⁶⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 559.

precepto que los bienes tengan su origen en un delito grave”⁷⁶¹. Pero como se quiere demostrar en esta investigación, esta crítica ha quedado superada. Los cambios operados por el legislador, y el propio texto legal, interpretados del modo que esta investigación realiza, están dotados de una justificación político-criminal, porque el legislador ha querido prohibir la legitimación de bienes de procedencia ilícita. Cuando estos procedan de uno de los delitos detallados en el título XIII, deberán observarse las reglas de la receptación⁷⁶², por estar estos en definitiva ligados a conductas delictivas previas patrimoniales; y cuando provengan de otros delitos cuyos bienes vulneren de manera importante la circulación lícita de bienes en la economía, deberán castigarse conforme a las reglas del blanqueo de capitales. Esto no obsta la necesaria reestructuración de los delitos de blanqueo o legitimación de capitales, de tal manera que no quede dudas respecto de su ámbito de aplicación⁷⁶³.

En efecto, la doctrina no ha sabido hacer frente a la cuestión de la diferenciación, no por falta de capacidad o de desarrollo de la Ciencia del Derecho penal o de la dogmática, porque como se verá, la cuestión no es propiamente una revolución interpretativa, sino porque lo obvio se ha escondido en la dependencia interpretativa del delito de receptación en la teoría

⁷⁶¹ Es probable que de *lege ferenda*, una nueva referencia en el art. 301 CP a los *delitos graves*, se considere una solución respecto de la delimitación del ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación, sin embargo por lo indeterminado de la expresión, considero más apropiado establecer taxativamente una lista de tipos penales graves y que produzcan considerables cantidades de bienes que comprometan gravemente la lícita circulación de bienes en la economía para así, delimitar de mejor manera tanto el ámbito de aplicación entre los tipos penales del art. 301 y el del art. 298 CP, y a su vez, restringir o delimitar el propio ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP (revisar el apartado 9.5 de este capítulo).

⁷⁶² De otra idea, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, PE, edit. Atelier, quinta ed., Barcelona, 2010, pág. 1231., para quien la referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, permite una ampliación a delitos más allá del Título XIII del Libro II, en la medida que se maneje un concepto material de delitos socio-económicos. Sin embargo, si esa fuese la voluntad del legislador, no se explica por qué no lo hizo de ese modo, prescribiendo así el tipo, además, tampoco se entendería la diferenciación entre este tipo y el tipo doloso de blanqueo de capitales.

⁷⁶³ Es importante manifestar que, como complemento de esta investigación, en la última parte de este capítulo y en el resumen de conclusiones, se presenta como propuesta de *lege ferenda* la adición dentro del art. 301 del CP de un catálogo cerrado de delitos, siguiendo el modelo alemán, mas no necesariamente el mismo catálogo.

del mantenimiento y a su vez en la dependencia interpretativa que en su momento tuvo el delito de blanqueo de capitales respecto del delito de receptación⁷⁶⁴. Esto hacía imposible siquiera esbozar una teoría alterna que explique de manera autónoma el delito de receptación, aunque existen autores que han interpretado que lo que protege el delito de receptación es una cosa distinta que el bien jurídico del delito previo, como por ejemplo, la Administración de Justicia⁷⁶⁵, y así, la dependencia de lo que se ha dicho sobre el delito de encubrimiento ha hecho depender también la interpretación del delito de receptación y del delito de blanqueo de capitales. Pero como hemos visto en el Capítulo IV de esta investigación, el delito de blanqueo de capitales lo que protege es la lícita circulación de bienes en la economía. Y a partir de este entendimiento, dada las similares conductas y forma de construir el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales, al no parecernos convincentes las explicaciones que hasta el momento se han realizado para diferenciar el concreto ámbito de aplicación entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales, hemos tomado como punto de partida, en función de la actual configuración normativa de la sociedad y de la economía, interpretar que el tipo de receptación también protege la lícita circulación de bienes en la economía. Entonces, la forma correcta de solucionar el problema del ámbito de aplicación entre estos delitos, el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales, está no en entender el delito de blanqueo de capitales a partir de lo que se ha dicho del delito de receptación, sino precisamente todo lo contrario, avanzar hacia un moderno entendimiento del delito de receptación en función del delito de blanqueo de capitales. En efecto, se constata que el CP ha hecho coexistir ambas figuras y aunque en un principio el blanqueo era considerado por el propio CP como una conducta afín a la receptación, ahora ya existe una diferenciación incluso a nivel del epígrafe que regula este grupo de delitos, lo que para algunos se entiende, alimenta la confusión, para nosotros queda esclarecida, porque como se ha afirmado antes, son tipos penales que

⁷⁶⁴ Todos parten de esta concreta forma de interpretar el tipo penal del art. 298 CP, revisar, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, ob. cit., PE, décimo novena ed., 2013, pág. 509.

⁷⁶⁵ Así lo hace, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, ob. cit., pág. 43 y ss.; así lo hace también entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, ob. cit., PE, pág. 1228.

prohíben la legitimación o blanqueo de bienes de procedencia ilícita. Si nos atenemos al texto de la ley los tipos de los arts. 298 y 301 CP, son conductas muy próximas y redactadas de manera muy parecida. Los tipos básicos quedan contruidos así:

“Art. 298: El que ayude (a los responsables del delito a aprovecharse), o reciba, adquiera u oculte los efectos del delito, con conocimiento de la comisión de un delito (contra el patrimonio o el orden socioeconómico) en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, con ánimo de lucro...”

“Art. 301: El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...”

Entonces, si nos olvidamos de todo lo que se ha escrito y sostenido⁷⁶⁶ sobre el delito de receptación, con exagerada obviedad, tendríamos que afirmar que los textos punitivos de los arts. 298 CP y 301 CP son muy parecidos y que las conductas típicas se solapan (sobreponen); por tanto, se puede afirmar también, que en uno como en otro tipo caben las conductas típicas que se imputan habitualmente por la doctrina y la jurisprudencia a ambos delitos (esta abstracción es a nivel de conducta típica, aquí todavía no se analizan los demás

⁷⁶⁶ He realizado una previa constatación, que por el innecesario valor que los datos empíricos tendrían sobre esta cuestión no los he catalogado como mandan las reglas de la Estadística, sin embargo lo comento, porque sí resaltan el hecho de la dependencia en la construcción: he preguntado a varias personas, entendidas en la materia, sobre cuál es la diferencia entre los ámbitos de aplicación entre el blanqueo de capitales y la receptación y todos a una responden en función de la esgrimidas naturalezas diferenciadas de cada conducta: los motivos de su incriminación, sin atender al texto de la ley, esta corroboración también se ha realizado en los diferentes manuales y ya sabemos los resultados.

elementos del tipo objetivo, elementos que no deben ser entendidos como causa de la diferenciación, sino propiamente consecuencia). Reparemos ahora en cómo el legislador ha decidido diferenciar puntualmente ambas figuras delictivas, porque si las conductas típicas son similares y subsumibles en ambos tipos delictivos ¿cómo pues estableceríamos el ámbito de aplicación? Lo que usualmente ha hecho y hace la doctrina y la jurisprudencia no nos convence: partir (de una premisa dada ajena al texto legal⁷⁶⁷) de la diferente naturaleza u origen de las disposiciones que sin embargo en la práctica nada soluciona porque son conductas similares. Esto se observa mejor con un ejemplo de la forma en que la doctrina caracteriza estos tipos delictivos: así, aunque algunos⁷⁶⁸ aceptan que el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales tienen un origen (y naturaleza genérica) común, actualmente tienen unos requisitos y ámbitos objetivos de aplicación diferentes, lo que condiciona, exige y permite su estudio por separado. Sin embargo, al momento de interpretar el tipo, especialmente lo referido a la conducta típica, recurren a las mismas expresiones que nos dan habida cuenta de que nos encontramos ante la misma figura delictiva o por lo menos parecida. Por ejemplo, sobre el delito de receptación, *“la descripción legal de la acción típica tiene, de este modo, un contenido plural y abierto, en el que se incluyen todos los comportamientos materiales a través de los que sea posible recibir los objetos obtenidos de la comisión de uno de aquellos delitos, adquirirlos u ocultarlos; y asimismo todos los que puedan configurarse como actos de ayuda a los responsables de un delito a aprovecharse de aquellos”*⁷⁶⁹; sobre el blanqueo de capitales, *“los contenidos de las conductas típicas son, como se ha visto, amplísimos, pues*

⁷⁶⁷ Sobre esta crítica, DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «El blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 162; HUERTA TOCILDO, S.: «Aproximación crítica...», *ob. cit.*, pág. 373; FARALDO CABANA, P.: «Aspectos básicos...», *ob. cit.*, pág. 124. Esta última autora, textualmente señala que la explicación del delito de receptación ha nacido de la reflexión en torno al fundamento de la punición y no del análisis de la estructura típica.

⁷⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, *ob. cit.*, pág. 509; LAMARCA PÉREZ, C., y otros: *Derecho penal...*, PE, *ob. cit.*, pág. 412.

⁷⁶⁹ LAMARCA PÉREZ, C., y otros: *Derecho penal...*, PE, *ob. cit.*, pág. 412.

abarcan todos los comportamientos materiales a través de los que pueden normalizarse los rendimientos del delito"⁷⁷⁰.

La tesis que se quiere demostrar aquí es que de una interpretación sistemática⁷⁷¹ y teleológica se desprende que el delito de receptación tiene un ámbito de aplicación distinto del propio ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y, sin embargo, los dos tipos penales prohíben el blanqueo o legitimación de bienes⁷⁷² cuyo origen sea un delito. Entonces, la diferenciación no se explicaría: a) por la concreta diferenciación de las conductas típicas; o, b) por lo distinto del bien jurídico protegido, porque como se ha visto, ambas figuras delictivas protegen un mismo bien jurídico mediante estrategias diversas, sino porque se encuentran sistemáticamente delimitados: el delito de receptación se configura para prohibir y limitar la legitimación o blanqueo de *bienes* que constituyan *efectos* de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico⁷⁷³ y el delito de blanqueo de capitales se configura para prohibir y limitar la legitimación o blanqueo de *bienes* que procedan de todo delito cuyo ámbito de aplicación no esté comprendido por el delito de receptación. Es preciso añadir que de *lege ferenda*, lo más sensato sería

⁷⁷⁰ LAMARCA PÉREZ, C., y otros: *Derecho penal...*, PE, ob. cit., pág. 417.

⁷⁷¹ Por imperativo legal, el primer requisito típico es la previa comisión de un delito patrimonial o socioeconómico. Esta referencia normativa, sustituye a la anterior fórmula de *un delito contra los bienes*, VIVES ANTÓN, T., y otros: *Derecho Penal...*, PE, ob. cit., pág. 627, este será, como se verá, uno de los fundamentos que utilizaremos para la delimitación del ámbito de aplicación existente entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales: a) la preceptiva necesidad de que el delito previo sea uno de los que se encuentran en el apartado de delitos que atenten contra el patrimonio y el orden socioeconómico; y, b) la sustitución del carácter del delito previo. Antes, tal y como constaba en la anterior regulación, el delito previo tenía que ser *un delito contra los bienes*. La condición de ser el delito precedente *un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico*, es decir uno de los delitos que bajo esta rúbrica se tipifican en el Título XIII, trae consigo correlatos prácticos muy importantes porque, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, que se refería a cualquier delito contra los bienes, se entendía, por ejemplo que podían proceder del delito de malversación de caudales públicos, ahora esta interpretación excede el ámbito de aplicación del texto punitivo del art. 298. Sin embargo, la nueva configuración del blanqueo de capitales y del encubrimiento cubre las lagunas que podrán derivarse de esta restricción, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, ob. cit., pág. 510.

⁷⁷² Como veremos oportunamente, los bienes en los supuestos de blanqueo difieren de los bienes en los supuestos de receptación, puesto que la ley limita el objeto material a los efectos de unos específicos delitos, esto en nada obsta esta definición, aunque es necesario tenerlo presente.

⁷⁷³ En este sentido se manifiesta, GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio...», ob. cit., pág. 619, para quien el bien jurídico de este delito económico consistiría en proteger el tráfico lícito de bienes, en consonancia con lo que protege el art. 301 CP.

establecer un catálogo taxativo o cerrado de delitos, con esto se delimitaría con precisión el ámbito de aplicación propio del art. 301 CP y en relación con el ámbito de aplicación del art. 298 CP. Indiferentemente, se puede sostener que lo que buscan estos tipos penales es el mantenimiento de la incolumidad del tráfico jurídico-económico de bienes en la economía.

De esta constatación, surgen varias consecuencias teórico-prácticas. Porque las diferentes exigencias que el legislador ha incorporado al tipo de receptación y no al de blanqueo se explican en función de ser estos delitos prohibiciones concretas de la legitimación o blanqueo de bienes cuya procedencia sea un delito y no para diferenciar el concreto ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación, a continuación, lo demostraremos. También añadiremos una constatación que surge al revisar y estudiar las estadísticas jurisprudenciales sobre el delito de blanqueo de capitales, en donde se puede observar que el delito previo del que han procedido los bienes del art. 301 CP, por regla general no son delitos patrimoniales. Esta cuestión es importante como se verá, porque precisamente es en este ámbito en donde se han suscitado mayores problemas interpretativos y controversias doctrinarias y prácticas al momento de aplicar el art. 301. 3 CP sobre el blanqueo de capitales imprudente. Una cuestión que debería solucionarse de otra manera a la que la jurisprudencia en varios casos ha propuesto.

9.1. LA INTRASCENDENTE DIFERENCIACIÓN O RELEVANTE IDENTIFICACIÓN ENTRE BIENES Y EFECTOS

Lo que en un principio parece ser una diferenciación, en la interpretación parece ser todo lo contrario. Porque la doctrina a pesar de esgrimir una diferenciación, ha asumido una identificación terminológica, tal y como lo hemos visto en el apartado sobre los efectos del delito. Conviene aquí recordar que la interpretación de lo que debe entenderse por efectos ha estado condicionada por la postura que se sigue sobre qué debe proteger o

protege el delito de receptación⁷⁷⁴. De este modo, si se sigue la postura del mantenimiento, el bien jurídico protegido será el que protege el delito previo y en este sentido, el delito de receptación es una continuación de la previa lesión sobre el patrimonio, y el delito de receptación protegería el patrimonio. En este sentido, la conducta del receptor afecta también al bien jurídico protegido ya lesionado por el delito precedente y agrava más aún la lesión a estos bienes jurídicos. Los efectos receptados coadyuvan a mantener la situación antijurídica que el delito referenciado ha producido⁷⁷⁵.

La consecuencia lógica de sostener esta explicación es rechazar la receptación sustitutiva⁷⁷⁶, porque el *cambio* del bien implica la imposibilidad de mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica por parte de quien recibe algo cuya titularidad no recae en el sujeto pasivo de la infracción primitiva⁷⁷⁷. Desde la misma teoría del mantenimiento, apuntando a otro fundamento se señala que las sucesivas transformaciones aumentan de forma indudable el peligro de localización de la cosa (del bien), pero ello no afecta el objeto obtenido a cambio de la cosa, sino sólo el traspaso de la misma. Por lo que, la receptación sustitutiva con carácter general es indiferente a los efectos

⁷⁷⁴ Esta idea ya en VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, *ob. cit.*, pág. 43.

⁷⁷⁵ La doctrina mayoritaria, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pág. 25 y ss., MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, PE, *Ob. cit.*, pág. 509-510, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo...», *ob. cit.*, pág. 558; VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, PE, 2004, pág. 625, en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de receptación, entienden que se trata de un delito contra el patrimonio: el receptor actúa contra el patrimonio ajeno en la medida en que hace suyos, con ánimo de lucro, bienes de otras personas. En el mismo sentido se manifiesta la sentencia del TS de 25 marzo de 1996. Esta explicación hunde sus raíces en el entendimiento de que nos encontramos ante un delito de referencia, el delito previo es consumación, la receptación es agotamiento; así, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, pág. 558, quien refiere que por tratarse de un delito de referencia el bien jurídico lesionado es el mismo que se ha visto afectado en el delito previo (en general el patrimonio), sin descartar la afectación a la Administración de Justicia, lo que le otorga a la figura su carácter pluriofensivo.

⁷⁷⁶ Se consideran supuestos de receptación sustitutiva todos aquellos comportamientos en los que un sujeto, conocedor de la actividad delictiva previamente cometida por otro (otros), recibe un bien que no es el que directamente procede de la infracción anterior, pero si indirectamente, porque ha surgido de algún acto mediante el cual ha sido cambiado, sustituido, permutado, etc., el bien que tiene su origen en el delito previo; en un sentido similar, por todos, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pág. 50.

⁷⁷⁷ DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pág. 103 y ss.

del delito de receptación en tanto no supone la creación de la situación de peligro que se configura en el tipo⁷⁷⁸. Se quiebra el fundamento de la punición del delito de receptación, pues los mismos no añaden una nueva dificultad para que el titular de los objetos pueda recuperarlos⁷⁷⁹.

Esto como se observa, es consecuencia de un entendimiento de la receptación ajeno al texto punitivo y que condiciona de una manera por lo menos dudosa y bastante arbitraria la interpretación del ámbito de aplicación de este delito. Un concepto que debe ser interpretado con carácter general del mismo modo para todos los tipos penales, a decir, lo que se debe entender por *efectos*, dada la concreta interpretación que se realiza de una conducta típica y lo que se piensa debe proteger, se llega al absurdo de limitar el contenido normativo de la expresión con tal de no renunciar a las propias convicciones. Repetimos, la interpretación se vuelve rea de la teoría y no todo lo contrario: la teoría debe explicar coherentemente lo que dice la norma o por lo menos intentar dar coherencia a lo que el legislador hizo. La teoría no está autorizada a corregir o ampliar el texto de la ley, por lo menos no de *lege data*. Nosotros consideramos que es necesario interpretar el término de tal manera que se entienda de igual modo para todo el ámbito jurídico-penal, para luego a partir de esa definición o descripción del contenido normativo, de la mano de una interpretación teleológica del precepto, condicionar la aplicación del mismo.

Debemos entender por efectos del delito cualquier mercancía (legal o ilegal en cuanto a su tenencia, posesión, goce y puesta en circulación) obtenida (explicada, causada) mediante el cometimiento del delito, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o valor de cambio), o sea que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor. Desde esta perspectiva, son los efectos provenientes de un delito sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito. Se deben incluir los *producta sceleris*, es decir, aquellos objetos que

⁷⁷⁸ PÉREZ DEL VALLE, C.: «El delito de receptación: los elementos...», *ob. cit.*, pág. 74 y ss.

⁷⁷⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo...», *ob. cit.*, pág. 560.

son producidos por el delito; como el *fructus sceleris*, es decir las ganancias generadas por el delito⁷⁸⁰.

Cuando se define el objeto material en el delito de receptación ya no a partir de la teoría del mantenimiento sino precisamente a partir de la autonomía del tipo, porque el delito protege un bien jurídico distinto que el del delito previo, la doctrina acepta la posibilidad de la receptación sustitutiva, de este modo, no existe problemas en afirmar que se da una coincidencia o identidad conceptual entre lo que debe entenderse por *bienes* y por *efectos*. Así, no es de extrañarnos que cuando los autores indagan sobre el objeto material en estos delitos, suelen utilizar las mismas expresiones, veámoslo con un ejemplo. Para el delito de receptación, si “*las conductas receptoras conllevan la inevitable afeción al bien jurídico Administración de Justicia, necesariamente habría de interpretarse el término «efectos» en un sentido más amplio, equiparable al «provecho, producto o precio del delito», a los que se refiere el artículo 451.1. 1º; lo que permitiría admitir la posibilidad de sancionar la receptación sustitutiva*”⁷⁸¹. Para el delito de blanqueo de capitales, “*el objeto material de estos delitos está constituido por los bienes..., (un comentario sobre la reforma operada por el CP de 1995) el artículo 344 bis h) se refería a «bienes que procedan» de tales delitos; mientras que el legislador de 1995 utiliza una expresión de distinto alcance: «bienes que tengan su origen» en un delito grave (actualmente en una actividad delictiva). A nuestro modo de ver, este significativo cambio obedece al deseo de zanjar la polémica doctrinal*”⁷⁸²

⁷⁸⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, y otros: *Código penal...*, ob. cit., t. I., pág. 899. El objeto típico de la conducta son los efectos de un delito patrimonial (contra el patrimonio o el orden socioeconómico), por lo que han de ser *cosas materiales y ganancias derivadas* de la acción delictiva principal con el contenido económico que es propio de los objetos de aquella clase de delitos; en el mismo sentido, aunque sin explicar razones, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, ob. cit., pág. 1231, afirma que son conductas igualmente típicas en el delito de receptación, la recepción, adquisición u ocultación de los *efectos* o *productos* delictivos.

⁷⁸¹ VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, ob. cit., pág. 43-44. Esta idea se encuentra en todas las investigaciones que aceptan la receptación sustitutiva, he escogido la de esta autora, porque sus textos permiten un comentario en el sentido que quiero apuntar: que los tipos de receptación y de blanqueo de capitales, son tipos de legitimación o blanqueo de bienes cuyo ámbito de aplicación no ha sido eficientemente delimitado.

⁷⁸² Sobre la polémica doctrinal de su momento, una crítica importante de si se debía incluir los bienes *transformados* o *mutados*, como objeto material en el delito de blanqueo de capitales y de este modo aceptar, en los términos del delitos de receptación, el blanqueo sustitutivo, FABIÁN

surgida respecto de si era necesaria la procedencia directa o si, por el contrario, también podía considerarse típica la sustitución de bienes previamente convertidos o transferidos”⁷⁸³. De este modo, de la interpretación de ambos tipos penales, nos encontramos que cabe tanto la receptación como el blanqueo sustitutivo, con lo que, a efectos prácticos, el contenido normativo del término *efectos* queda absorbido por el contenido normativo del término *bienes*. Al menos en la forma en que los autores resuelven el problema del objeto material y si caben o no los *efectos* o *bienes* sustitutivos o transformados.

Aunque la solución anterior es coherente con sus presupuestos y llega a mejores resultados que la doctrina tradicional y mayoritaria sobre el delito de receptación, no consideramos que de este modo se descubra el fundamento de la receptación sustitutiva. Para nosotros, la solución está en la autonomía de los tipos de receptación y de blanqueo de capitales respecto de la teoría del mantenimiento, en el segundo delito parece estar ya alcanzada, no se puede afirmar todavía respecto del primero, porque la doctrina mayoritaria aún afirma tal dependencia. Sin embargo, nosotros opinamos todo lo contrario. De donde se deduce, que tanto en el delito de receptación como en el delito de blanqueo de capitales cabe la receptación y el blanqueo sustitutivo, porque por *efectos* de un delito debe entenderse, cualquier bien (mercancía legal o ilegal en cuanto a su tenencia, posesión, goce y puesta en circulación) obtenido (explicada, causada) mediante el cometimiento de un delito o una actividad delictiva, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o valor de cambio), o sea, que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor, sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito, debiendo excluirse de esta categoría, aquellos objetos materiales que la conducta típica deja totalmente inalterados, así como aquellos que por su naturaleza no son susceptibles de ser incluidos en

CAPARRÓS, E.: «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en *ADPCP*, t. XLVI, fasc. II, mayo-agosto de 1993, pág. 606 y ss. A favor de su inclusión en los momentos de la polémica, ZARAGOZA AGUADO, J.: «El blanqueo de dinero...», *ob. cit.*, pág. 126.

⁷⁸³ Por todos, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, *ob. cit.*, pág. 43-44.

las actividades de comercio (en general tráfico de bienes y sustancias ilegales: drogas, órganos, armas, etc.). De este modo, cabe la receptación de una receptación, porque el delito de receptación es uno de los que atentan contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico⁷⁸⁴.

Lo importante es resaltar que, en este concepto jurídico-penal de *efectos* de un delito, no se distingue si son los *efectos* inmediatos o mediatos del ilícito. Por lo que están incluidos tanto los *producta sceleris*, es decir, aquellos objetos que son producidos por el delito, como el *fructus sceleris*, es decir las ganancias generadas por el delito (cuando los instrumentos del delito integren la ganancia del delito, también aquellos serán considerados efectos, pero no en su calidad de instrumentos sino precisamente en su calidad de ganancia). De este modo, aunque conceptualmente el concepto jurídico de *bienes* sea un concepto más abarcativo, desde la perspectiva jurídico-penal, que es la que al caso interesa, queda reducido al concepto de *efectos*. Porque si por *bien* entendemos, en un sentido jurídico penal, a todo aquello económicamente evaluable, con independencia de cuál sea su valor, siempre que pueda ser incorporado a un derecho transmisible y que pueda ser objeto de derecho, susceptible del tráfico mercantil, de carácter lícito, mas con las restricciones que hemos planteado, cuando se traten de instrumentos del delito, así como respecto de la ganancia y los efectos. Debemos entonces concluir que los bienes jurídico-penalmente relevantes del delito previo del cual deben proceder u originarse los bienes respecto de los que se realizan las conductas de blanqueo de capitales son sólo los reconducibles al concepto jurídico-penal de *efectos* de un delito. De este modo, aunque el concepto de bienes sea uno de mayor envergadura, y aunque sea correcta la afirmación de que los *bienes* como concepto contienen dentro de sí a los *efectos* como concepto, desde la perspectiva jurídico-penal expuesta, los *bienes* a los que se refiere el tipo penal

⁷⁸⁴ Una solución parecida, aunque no se entiende por qué se hace depender la misma del concreto objeto de protección: Administración de Justicia, que se sostiene protege el delito de receptación, sino propiamente en la naturaleza autónoma del delito, como aquí, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación...*, ob. cit., pág. 44. Hay que reconocer, que la solución igualmente es impecable.

del art. 301 CP son los *efectos* del delito previo. Con lo que, la posible y en algunos casos mentada diferenciación, no existe respecto del art. 298 CP.

9.2. UNA REDUCCIÓN SISTEMÁTICA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 298 CP O UNA AMPLIACIÓN RESPECTO DEL ART. 301 CP

Esta cuestión⁷⁸⁵ antes de la reforma, *prima facie*, hubiese podido constituir un elemento más en la tarea delimitadora del ámbito de aplicación según la perspectiva que aquí se sostiene, porque tanto el delito de receptación como el delito de blanqueo de capitales exigían que el autor del delito sean uno distinto del autor o partícipe del delito previo, con lo que la mentada autonomía quedaba aún menos dilucidada. Pero el problema que quedaba era justificar la distinta penalidad para un supuesto que tiene posibilidades de atacar con mucha mayor fuerza el bien jurídico protegido y la conciencia normativa en general, porque a nivel de discurso, el blanqueo del art. 301 CP, produce mayores repercusiones mediáticas y también lesivas que la receptación. Ahora, esta concreta cuestión, parece dificultar un poco la interpretación que aquí estamos haciendo respecto del ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y del delito de receptación, pero resaltamos que esto es sólo *prima facie*, porque este concreto cambio viene a corroborar la interpretación y no sólo eso, es parte de la solución al problema ya planteado al final del apartado sobre los efectos, problema que quedaba planteado así:

La pregunta que queda por contestar es una muy importante: ¿por qué admitir en el ámbito de aplicación del delito blanqueo de capitales un delito de blanqueo de capitales cuya procedencia de los bienes se explique a su vez en otro delito de blanqueo de capitales y no en el del delito de receptación, en la medida que el delito de blanqueo de capitales es también uno de los que se

⁷⁸⁵ Sobre esta cuestión en la jurisprudencia, la sentencia del TS de 21 de noviembre de 1994.

encuentra en el apartado de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico?

La respuesta está en el propio texto del art. 301 del CP, el legislador ha reservado este grupo de supuestos para el propio delito de blanqueo de capitales, tanto porque el sujeto activo del delito puede ser el propio blanqueador, como porque en el número 2 del art. 301 CP, directamente se conmina con pena el ocultamiento o encubrimiento de la verdadera naturaleza de los bienes: bienes que están legitimados, aunque su origen sea una actividad delictiva. Así, la posibilidad cierta de que, en el delito de blanqueo de capitales, el autor del delito sea también autor o partícipe del delito previo, confirma la tesis de la delimitación sistemática del ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación. La razón para esta concreta imposición del legislador, o para esta limitación del ámbito de aplicación respecto del delito de receptación se encuentra, en la diferente estrategia político-criminal para atajar el problema de la ilícita circulación de bienes en la economía y las repercusiones desfavorables que esto acarrea.

Señalaremos además, que político-criminalmente todo el discurso que se ha desarrollado respecto de limitar mediante la receptación los comportamientos típicos previos que ataquen al patrimonio o algún otro interés protegido por el Título XIII, se pueden reconducir a esta finalidad: evitar que se contaminen los diferentes mercados con bienes o productos cuyo origen sea ilícito, en definitiva evitar que la prohibición o norma de determinación quede vulnerada, la norma prohíbe la ilícita circulación de bienes, eso es todo. Desde la prevención general negativa se podría señalar como razón de la punición mediante el delito de receptación, la necesidad de inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, para lograr dos cosas: de manera inmediata, mantener incólume el tráfico de bienes y de manera mediata, impedir que mediante otros ilícitos se obtengan bienes-efectos, con lo que también se garantizaría una protección mediata de los intereses y objetos de protección de los delitos previos. Por otro lado, si se quiere justificar desde la prevención especial negativa, la punición de la receptación estaría encaminada a evitar que el sujeto receptor o blanqueador de bienes-efectos cuya

procedencia sea un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico quede intimidado respecto de su posible y muy lucrativa carrera criminal, porque la sociedad no se puede consentir otro ataque o vulneración de la prohibición por parte del mismo sujeto, si es que no le queda claro o para que le quede claro, se le impone la pena. Por otro lado, desde la prevención general positiva, se podría argumentar la necesidad de reaccionar mediante la coacción contra hechos punibles como un apoyo y auxilio para la conciencia normativa de la sociedad en la que el sujeto autor o potencial autor se desenvuelve. El blanqueador o receptor no está sólo, está fatalmente (en el sentido de SARTRE) o afortunadamente (en el sentido de HEIDEGGER) acompañado por lo que debe respetar las normas de convivencia, en este caso, el respeto de las normas que aseguran la lícita circulación de bienes en la economía, porque su no aseguramiento erosionarían las bases mismas del sistema social, ya no sólo desde una perspectiva macro, sino desde la convivencia cotidiana; y de este modo lograr la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales referidas a la economía constitucionalizada (revisar el Capítulo IV, apartado 7). A nadie se le ocurre pensar que junto a la carnicería o panadería de la esquina del barrio o incluso en un pequeño puesto del mercado, donde regularmente acuden los ciudadanos a realizar sus compras, también se encuentra un comercio para bienes-efectos de procedencia ilícita. O incluso, que el vecino del cuarto, tenga un negocio informal en el que se compra y vende bienes-efectos cuyo origen ha sido un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Peor aún, parece poco plausible, que los demás ciudadanos o vecinos entiendan que no están siendo ellos afectados (cada ciudadano en particular) sino que la afectación se realiza respecto de los bienes de origen delictivo que se introducen en el tráfico, con lo que hay que esperar a la justificación de la tipicidad o punibilidad en función del bien jurídico previo, sea el patrimonio u otro del delito previo, cuando los derechos de los ciudadanos a que se cumplan las expectativas normativas que en el caso están referidas a la lícita circulación o tráfico de bienes en la economía, ya han sido vulnerados. Se preguntaría el ciudadano, además: ¿Por qué tengo que seguir respetando la prohibición y/o motivándome (contra motivándome, según el caso) según la norma de determinación si el señor del negocio de compra-venta

de bienes-efectos ilícitos o el vecino del cuarto no lo hace? Pues para responderle al ciudadano, al vecino de a pie, existe el delito del art. 298 (y los demás del) CP.

De este modo, no es difícil entender que para otros supuestos de delitos realmente graves, como el tráfico de drogas por ejemplo, se reserve la punición mediante el delito de blanqueo de capitales (sobre esta cuestión, revisar el número 9.4 de este apartado, en relación con las estadísticas jurisprudenciales acerca del o de los delitos previos de los cuales provienen los bienes en los delitos de blanqueo de capitales conocidos y juzgados por los tribunales en España), sobre todo porque el marco punitivo es mucho mayor. Dentro de estos delitos graves, encontramos también el delito de blanqueo de capitales (y probablemente otros del Título XIII, por lo que no se descarta de *lege ferenda* una inclusión de otros tipos penales de este título, en el ámbito de aplicación del art. 301 CP, revisar el número 9.5 de este apartado, en el sentido mas no en la forma en que se ha realizado respecto del propio delito de blanqueo de capitales, por ejemplo, en el caso de la administración desleal, etc.), un delito que a diferencia de la receptación, puede causar (y causa) verdaderos estragos no sólo en la economía respecto de la necesidad de que el tráfico se mantenga incólume sino precisamente, que erosiona mucho más la conciencia normativa social sobre el respeto de estas necesarias condiciones normativas, por lo que la comunicación mediante la pena va encaminada a una mayor afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales que garantizan la libertad económica mediante la lícita circulación de bienes en la economía y en concreto en los mercados.

9.3. INTERPRETACIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO: UNA TESIS SOBRE LA INNECESARIEDAD DE ESTE ELEMENTO EN EL ART. 298 CP

La interpretación del *ánimo de lucro* por ser un especial elemento subjetivo exigido por el tipo, requiere o precisa antes una toma de postura respecto de qué son los elementos subjetivos del tipo subjetivo y su diferenciación con los elementos de la culpabilidad. Para determinar en qué

sitio de la sistemática de la teoría del delito se debe ubicar aquel, el ánimo de lucro. Pero luego, esto no es todo, es preciso también determinar lo que se debe entender por ánimo de lucro, para así, finalmente interpretar este concepto en relación al delito de receptación y si su inclusión debe operar como un criterio delimitador entre el ámbito de aplicación de los delitos de blanqueo de capitales. Para esto será importante tomar en cuenta lo que la doctrina y la jurisprudencia entienden de este concepto. El análisis se hará respecto del tipo doloso, porque en general la doctrina ubica este problema en éste ámbito.

La constatación de la existencia de determinados elementos subjetivos en los tipos penales llevó a la conclusión de que con frecuencia lo prohibido por una norma no es sólo lo objetivo como tal, sino que además se prohíbe hacer o no hacer algo (o autoriza, como en la legítima defensa) porque el autor muestra una determinada disposición interna para la comisión del ilícito o del presupuesto de la norma jurídico-penal. Ahora, de la mano de esta constatación, surge una pregunta, ¿en dónde se deben ubicar estos especiales elementos subjetivos que el tipo exige?, ¿en el tipo subjetivo o en la culpabilidad? En general la respuesta de la doctrina ha sido que no todos los elementos que forman parte de una disposición penal y que describen factores psíquicos son elementos subjetivos del injusto. Es preciso distinguir entre los que pertenecen al tipo de la culpabilidad y los que pertenecen al tipo subjetivo⁷⁸⁶. Para determinar la ubicación de los especiales elementos subjetivos del tipo, si estos pertenecen al tipo subjetivo se ha sostenido que será importante dilucidar si caracterizan o no la voluntad de acción del autor, o si están referidos a la modalidad comisiva del hecho, o al bien jurídico protegido por el tipo (esto no se debe entender como una referencia al tipo objetivo, sino que el especial elemento del tipo subjetivo es el motivo para que el autor se comporte típicamente, realice el tipo subjetivo, de afirmarse lo otro, simplemente nos estaríamos refiriendo al dolo). Si la respuesta es negativa, habrá que determinar si por el contrario caracterizan la formación de la voluntad del autor de la que emana la resolución delictiva⁷⁸⁷. Las repercusiones prácticas respecto de ubicar

⁷⁸⁶ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 340.

⁷⁸⁷ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 341.

en uno o en otro sitio los especiales elementos subjetivos del tipo son trascendentales sobre todo al momento de distribuir las responsabilidades en un hecho penal en el que intervengan varias personas. Pero, una vez dilucidada esta cuestión, sobre aquellos que realmente pertenecen al tipo subjetivo resta indagar ¿qué repercusión tienen estos elementos subjetivos respecto del contenido del injusto? Esta es una pregunta importante, ofreceremos brevemente una respuesta a esta cuestión. Antes considero oportuno entender qué son los elementos subjetivos del injusto o cómo han sido comprendidos por la doctrina penal.

La doctrina ha afirmado que junto al dolo como elemento primordial del tipo subjetivo en los delitos dolosos (para el finalismo, toda acción consciente es llevada [a cabo] por la decisión de [realizar la] acción, por la conciencia (conocimiento) de lo que se quiere y la decisión de querer [voluntad de] realizarlo. Por lo que, el comportamiento objetivo es la ejecución del dolo⁷⁸⁸), se encuentran los elementos subjetivos de la acción que pertenecen a la autoría y que se denominan también elementos subjetivos de lo injusto, que estarían caracterizados por dotar de un determinado y especial sentido ético-social a la acción (la sustracción de cosa ajena para uso temporal difiere de aquella en la que existe propósito o ánimo de apropiación, sólo ésta última sería típica en el sentido del hurto, porque añade [en la terminología de WELZEL] un desvalor ético-social especial para el hurto) y estarían en función de la posición o enfoque subjetivo del autor, razón por la que el finalismo los define como elementos subjetivos de autoría contenidos en la acción. Por otra parte, se refieren no a una situación o estado psicológico permanente del autor, sino a

⁷⁸⁸ WELZEL, H.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 73; para JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 340, el dolo puede ser caracterizado como el elemento subjetivo general del tipo; en MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pág. 301, nota 28 del trad., encontramos una explicación sobre esta cuestión: la inclusión del dolo en el tipo no es más que una consecuencia lógica. Desde el momento en que se ha concebido la acción en sentido final, como presupuesto comprensivo, no ya del requisito del origen volitivo de la conducta, según la doctrina causal, sino de la *voluntad* misma, y el tipo como el sometimiento de una *acción* anti-normativa al poder punitivo del Estado, no cabe sino incluir el dolo, como finalidad dirigida al resultado tipificado, en el tipo. La voluntad pertenece al tipo, en todos los tipos, no sólo en aquellos tipos de configuración final, sino también en aquellos otros de aparente estructura causal (homicidio).

un ánimo actual para con un hecho concreto⁷⁸⁹. Así, se corroboraría que la convivencia externa de las personas es siempre la expresión de la actitud interna y psíquica de ella⁷⁹⁰. Por lo que serían partes integrantes del injusto de acción en la medida en que vienen a caracterizar más detalladamente la voluntad de acción del autor⁷⁹¹.

Sin embargo, se ha criticado que se pueda sostener que los elementos subjetivos que contemplan determinados tipos se ubiquen en el tipo de injusto por el hecho de dotar de un determinado y especial sentido ético-social a la acción, porque en efecto este especial juicio de desvalor ético-social no distingue entre injusto y culpabilidad. Es más, dicho juicio también se ve esencialmente aminorado o excluido por la concurrencia de una situación de estado de necesidad justificante. El punto de quiebre para determinar si un elemento subjetivo incluido en el tipo pertenece al tipo subjetivo es la referencia de aquel elemento subjetivo al tipo delictivo, nuevamente, como motivo para que el autor realice el tipo objetivo. Porque el elemento subjetivo se refiere al bien jurídico protegido, o caracteriza el objeto de la acción, la forma de su menoscabo o ciertas tendencias relevantes para el injusto. Si esto no se verifica, si el elemento subjetivo incluido en el tipo no se refiere al tipo delictivo, sino que se limita a describir motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél, que, por ejemplo, agravan el comportamiento, se tratarían de elementos de la culpabilidad⁷⁹². Aquí también es importante acotar cuál es la diferencia que existe entre estos especiales elementos subjetivos del injusto y el dolo, porque ambos estarían sistemáticamente ubicados en el tipo subjetivo, y referidos al tipo delictivo. Así, mientras el dolo está definido formalmente por su referencia a las circunstancias objetivas del hecho; los especiales elementos subjetivos del tipo, se caracterizan por el hecho de que no tienen una contrapartida en el tipo objetivo. Esto significa que, aunque estos elementos subjetivos del tipo puedan consistir en la voluntad de

⁷⁸⁹ WELZEL, H.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 83; en la doctrina española, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, ob. cit., pág. 255, quien los definía como *elementos típicos subjetivos de lo injusto*.

⁷⁹⁰ MEZGER, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 136.

⁷⁹¹ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 340.

⁷⁹² ROXIN, C.: *Derecho...*, ob. cit., PG, t. I, pág. 311.

realizar una determinada situación de hecho, esta situación de hecho está fuera del tipo objetivo y generalmente referida (no sólo, mas si especialmente) a cuestiones y relaciones internas del autor⁷⁹³. Se tratarían entonces, de finalidades o metas que son perseguidas por el autor y que sin embargo están más allá de la realización del tipo objetivo. En suma, lo que diferenciaría a los especiales elementos de la tipicidad subjetiva y el dolo, es que, en determinados tipos penales, los motivos del autor para realizar el tipo son relevantes para configurar el ilícito penal mientras que, en el dolo, el único fin relevante es la realización del tipo⁷⁹⁴. Por lo que, en los tipos penales en los que, por la naturaleza de las conductas, el especial elemento del tipo subjetivo, esté referido directamente al tipo objetivo o su fin sea la realización del tipo, el especial elemento subjetivo no caracterizaría de manera especial a la acción, porque no añade algo a la conducta que el dolo haya ya previamente abarcado. Si el especial elemento del tipo subjetivo no va más allá de la realización del tipo, sino que se constata que su límite es la configuración típica, nos encontraremos simplemente ante el dolo que se requiere para alcanzar la tipicidad subjetiva, porque el dolo es conocimiento de la acción y sus consecuencias y si el elemento del tipo subjetivo es conocimiento de la acción y sus consecuencias, no es un especial elemento del tipo subjetivo sino el dolo mismo.

Si se trata de supuestos en los que el ánimo o intención son una tendencia proyectada hacia la búsqueda de un determinado fin, la realización del tipo es tan sólo un medio, así, la sustracción de cosa ajena es sólo el medio para la apropiación, etc. El elemento subjetivo del tipo de injusto o autoría debe configurar la intención, o constituir el motivo, propósito o finalidad del autor para comportarse típicamente⁷⁹⁵. Se ha dicho por el contrario, que el simple

⁷⁹³ STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 171-172.

⁷⁹⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 336.

⁷⁹⁵ WELZEL, H.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 83; detalladamente, STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 172 y ss. Aquí se interpreta separadamente entre grupos de elementos según: a) la intención; b) el motivo; c) los impulsos afectivos; y, d) los elementos de ánimo. Sin descartar que sea correcta esta clasificación, en general compartidas o mejor desarrolladas por todos, considero que se pueden reconducir a la idea de motivación o explicación del porqué el autor decide comportarse típicamente, es decir, como si se tratara de la descripción de una finalidad utilitarista del autor, para satisfacer algún interés y en función de este interés, se clasifican. La

acontecer externo no es la única forma de actividad que constituye los tipos penales, el tipo penal no es siempre la dirección externa hacia un resultado externo sino también, la dirección dada por el autor al resultado⁷⁹⁶, por lo que especialmente en los primeros, deberá observarse el sentido o motivación especial del autor para comportarse típicamente, en esos supuestos, se entendería que el legislador ha optado por una exigencia adicional para configurar el tipo subjetivo. En algunos delitos basta tan sólo el dolo, en otros se requiere también un especial motivo del autor para la comisión del ilícito⁷⁹⁷. Pertenecen a estos supuestos, los llamados delitos mutilados en dos actos, en los que el autor hace algo como medio de un actuar posterior (falsificación de moneda: la falsifica para luego usarla como si fuese genuina), o los delitos de resultado cortado, en los que el autor hace algo para que se produzcan consecuencias posteriores (suministrar veneno para perjudicar la salud de otro o acabar con la vida de otro)⁷⁹⁸. Además, se ha sostenido que si se indaga en la esencia de los elementos subjetivos del tipo, se pueden distinguir dos grupos

doctrina española acoge sin notables diferencias esta interpretación y clasificación: BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 336. Aquí se cita como coincidentes en entre otros a: CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*, PG., t. I., edit. Ariel, Barcelona, 1984, pág. 408 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, pág. 47; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho penal*, PG, t. I., edit. Civitas, 1978, pág. 254 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho penal español*, PG, quinta ed., Madrid, 1976, pág. 391; COBO DEL ROSAL, J, VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal*", PG, segunda ed., 1987, pág. 65.

⁷⁹⁶ MEZGER, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 137. Es interesante la observación que hace este autor, porque de esto se desprende que en delitos en los que es generalmente inimaginable la comisión culposa, el legislador ha optado por incorporar especiales elementos subjetivos, por lo que, para el tipo doloso, es fundamental el momento finalista o la motivación para comportarse típicamente. Hay que entender también que la configuración de la imprudencia en el sistema de MEZGER, obliga a estos resultados, porque un elemento subjetivo del injusto sería incompatible con la imprudencia.

⁷⁹⁷ WELZEL, H.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 84. Este autor también añade, *elementos con tendencia especial de la acción*, como en los delitos sexuales; y, los *elementos especiales de ánimo* como cuando un tipo penal exija para la configuración de la conducta la mala fe (personalmente, considero que la mala fe es una característica objetiva, por lo que, en coherencia, bastaría el dolo para configurar el tipo subjetivo, sin embargo, para respetar la cita he puesto este ejemplo), etc. Sin embargo, considero que al fin de cuentas se pueden reconducir a la misma idea de motivación especial del autor para configurar el tipo. En los últimos, la motivación es un *plus* que debe ser observado porque refuerzan el *juicio social de desvalor sobre el hecho*. También hay supuestos en los que algunos de estos elementos de ánimo son también elementos de la culpabilidad porque sólo pueden ser ejecutados por el autor con capacidad de culpabilidad. No entraremos en estas discusiones porque excederían el ámbito de la investigación.

⁷⁹⁸ MEZGER, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 136.

genéricos: a) características situadas fuera del dolo, que como especiales aspiraciones, motivos o tendencias no exigen congruencia alguna en el plano objetivo, se deben incluir por ejemplo, la intención, el actuar para facilitar u ocultar el hecho punible, etc.; y, b) características que den especiales cualificaciones del tipo objetivo derivan en una especial modalidad dolosa, es decir, que hacen estricta mención a los motivos del autor. Por lo que, servirían para constituir una determinada clase de delito y, ocasionalmente como base para efectuar cualificaciones o atenuaciones de un tipo básico⁷⁹⁹. Sin descartar que sean correctas las diferentes clasificaciones, en general compartidas o mejor, desarrolladas por todos o algunos, considero que los elementos subjetivos del tipo se pueden reconducir a la idea de motivación o explicación del porqué el autor decide comportarse típicamente, es decir, como si se tratara de la descripción de una finalidad utilitarista del autor, para satisfacer algún interés y en función de este interés, se clasifican.

Lo importante será entender que al igual que en el dolo, los restantes elementos subjetivos del tipo, forman parte del tipo de injusto, por lo que, por ejemplo, cuando se precise imponer una medida de seguridad a un inimputable, deberá concurrir el especial elemento del tipo subjetivo. En la teoría de la participación, en los supuestos de coautoría, deberá concurrir en todos los coautores. En la complicidad, bastará con que el sujeto conozca que el autor del delito actúa con dolo y el especial elemento subjetivo, mas no es requisito que en el sujeto cómplice se cumpla dicha cualificación. Lo mismo habrá que decir respecto de la inducción. En la tentativa deben estar presentes todos los elementos del tipo, porque aquí, lo que falta no es un elemento de la tipicidad, sino resta que se produzca la consumación.

Hasta aquí, hemos delimitado adecuadamente qué se debe entender por un especial elemento subjetivo de la tipicidad y cuáles serían las repercusiones de aceptar que en un determinado delito se exige uno de aquellos, además del dolo. Ahora, es preciso, introducirnos en la interpretación que tanto doctrina y jurisprudencia mantienen respecto del ánimo de lucro, para resolver el

⁷⁹⁹ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 340.

problema que tenemos planteado sobre la delimitación entre el delito de receptación y el de blanqueo de capitales, en función de la exigencia por parte del art. 298 CP de este concreto elemento: el ánimo de lucro. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁰⁰, el ánimo de lucro⁸⁰¹ es *cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta*⁸⁰² y se entiende propio a todo delito de aprovechamiento patrimonial⁸⁰³. Desde esta definición, es ya bastante complicado entender una diferenciación como una tal que justifique un distinto ámbito de aplicación entre los delitos de blanqueo de capitales y receptación, por lo menos en sus modalidades dolosas (aunque cabe esperar lo mismo de la imprudencia, porque aunque la ley no prevea la receptación imprudente, es perfectamente imaginable y dogmáticamente posible, sobre todo si se la entiende aquella como error, esto último se ha estudiado con detenimiento en el los Capítulos I y II), lo mismo habría que decir cuando el sujeto activo del delito sea una sociedad, porque como la responsabilidad penal de la persona jurídica según el art. 31 *bis* CP, exige que los delitos que se cometan en su nombre y cuenta procuren un beneficio directo o indirecto, por lo que se debe concluir que la ventaja

⁸⁰⁰ Sentencias del TS 722/99 de 6 de mayo de 1999; 523/98 de 24 de maro de 1999.

⁸⁰¹ El ánimo de lucro es un elemento típico que se encuentra presente en varios delitos - patrimoniales y socioeconómicos-, la doctrina lo interpreta como la intención de obtener una ventaja patrimonial y lo ha hecho especialmente en el ámbito de los delitos de hurto, robo y estafa, tanto en manuales de Parte Especial, como en monografías (por ejemplo, entre otros muchos, BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *ADPCP*, 1975, pág. 369 y ss.; VALLE MUÑIZ, J.: *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 274-275 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J.: *El delito de estafa*, edit. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 196 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 38-39; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 7; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa en el Código penal*, edit. Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 52 y ss.). El sujeto activo del delito, pretende con la comisión del mismo, incrementar su patrimonio. La jurisprudencia por su parte, apreciará ánimo de lucro cuando se constate la intención de obtener cualquier clase de provecho o ventaja, aunque solo sea la mera contemplación del objeto del delito o su uso temporal, cuando se produce una mínima perturbación de las facultades de disponibilidad de la víctima (revisar al respecto, citando jurisprudencia al respecto en, DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, edit. PPU, Barcelona 1994, pág. 243 y ss.; GARCÍA ARÁN, M.: *El delito de hurto*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 127 y ss.; VIVES ANTÓN, T., Y OTROS: *Derecho penal...*, PE, ob. cit., pág. 408 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: *Lecciones de Derecho penal*, PE, edit. Atelier, Barcelona, 2006, pág. 219 y ss.).

⁸⁰² SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo...», ob. cit., pág. 560.

⁸⁰³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, y otros: *Código penal...*, ob. cit., t. I., pág. 900.

patrimonial es implícita a estos casos. Por lo que, en el ámbito normativo de las conductas delictivas que nos encontramos analizando, la ventaja patrimonial es una parte inherente a todas ellas, tanto en la receptación como en el blanqueo de capitales (y por último en la responsabilidad penal de la persona jurídica, obvio es que no existe responsabilidad penal de la persona jurídica según el art. 298, pero entender esta cuestión es importante). En el art. 298 CP viene exigido normativamente el ánimo de lucro, en el art. 301 CP, difícilmente se puede pensar en un supuesto doloso que quede fuera de la idea de ánimo de lucro y sólo desde la perspectiva de ventaja patrimonial, una perspectiva que queda reducida respecto de todo lo que cabe en el ánimo de lucro. La cuestión entonces es dilucidar si respecto del delito del art. 298 CP, el ánimo de lucro agrega algo diferente a aquello que el dolo para completar y realizar el tipo objetivo no haya ya agregado o completado.

Se ha dicho que en la receptación el ánimo de lucro se presenta como nota común y determinante⁸⁰⁴, porque aunque la jurisprudencia⁸⁰⁵ había realizado un gran esfuerzo para separar el ánimo de lucro y el ánimo de ayudar, empujada por la doctrina que sostenía que la diferenciación entre los delitos de receptación y encubrimiento estriba en que en el primero se aprecia el ánimo de lucro y en el segundo el ánimo de ayudar⁸⁰⁶, a partir del CP de 1995 (se sostiene por algunos) la distinción no es posible, porque el art. 298 CP compatibiliza estos ánimos, resultando el ánimo de lucro en un elemento configurador de las modalidades típicas⁸⁰⁷. Además, (y esto es lo importante a los efectos de la tesis que aquí se sostiene) el ánimo de lucro en el delito de receptación estribará en que el receptor adquiere los objetos provenientes de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a precio de ganga⁸⁰⁸ (o no, lo importante está en observar que el precio de adquisición otorga un amplio

⁸⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal...*, ob. cit., pág. 936.

⁸⁰⁵ Sobre el *animus adiuvandi*, las sentencias del TS de 25 octubre de 1991 y de 5 de julio de 1993; sobre el *animus lucrandi o lucrando*, las sentencias del TS de 22 de octubre de 1985, de 23 de diciembre de 1986, de 28 de junio de 1991.

⁸⁰⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., y otros: *Código penal...*, ob. cit., pág. 708.

⁸⁰⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 936.

⁸⁰⁸ En el mismo sentido, respecto de la receptación de faltas, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, PE, edit. Atelier, quinta ed., Barcelona, 2008, pág. 1230.

margen de ganancia al receptor con lo que), de este modo, siempre los vende a un precio mayor.

En este sentido, una primera solución (en vista de que nada dificulta para que el ánimo de lucro en la receptación pueda ser reconducido tal y como se hace con la voluntad de apropiarse en el sentido que la doctrina y la jurisprudencia propone respecto del delito de hurto⁸⁰⁹) estaría en entender que el ánimo de lucro en la receptación equivale a la *recepción* (para ayudar a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo o los adquiera u oculte) del bien-efecto del previo delito, porque los bienes-efectos se receptan-adquieren siempre a precio muy inferior al de mercado. Así, se deberá entender implícito, normativamente, el ánimo de lucro en el delito de receptación cuando el receptor ha adquirido el bien-efecto con conocimiento de que aquel tiene su origen en una actividad delictiva contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Esto basta para configurar normativamente el ánimo de lucro en el delito de receptación. Esta interpretación ya bastaría para mantener lo que sostenemos: que en los delitos dolosos de los arts. 298 y 301 CP, el ánimo de lucro no es criterio suficiente para delimitar el ámbito de aplicación. Sin embargo, nuestra postura avanza un paso más. Porque lo que realmente sucede es lo que a continuación explicaremos.

En efecto, podría incluso señalarse que dadas las formas de las conductas del art. 298 CP el dolo abarcaría por sí solo este concepto de ventaja patrimonial, por lo que el ánimo de lucro no se requeriría porque no añadiría nada. Expresado de otro modo, el ánimo de lucro está implícito en las conductas de receptación. El ánimo de lucro en el art. 298 CP no es un elemento subjetivo del injusto en toda regla, porque tiene un sustrato de referencia al tipo objetivo, por lo que aquí no agregaría nada que el dolo no haya completado. Recordemos que en los tipos penales en los que por la naturaleza de las conductas el especial elemento del tipo subjetivo esté referido directamente al tipo objetivo o su fin sea la realización del tipo, el especial elemento subjetivo no caracterizaría de

⁸⁰⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 516. Aquí, se lo hace como ejemplo, para solucionar un problema de participación.

manera especial a la acción, porque no añade algo a la conducta que el dolo haya ya previamente abarcado. Esto es lo que precisamente sucede respecto del art. 298 CP, el ánimo de lucro no es un motivo o razón especial del autor para comportarse típicamente, sino que las conductas del delito del art. 298 CP están abarcadas totalmente por este conocimiento: el autor conoce que los bienes proceden de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y por eso los recepta-adquiere, porque ese es dolo de la conducta, adquirirlos a precio inferior al de mercado para beneficiarse o aprovecharse de los bienes-efectos.

Podría criticarse que esta solución deja suelta la modalidad típica de *ayuda*. Sin embargo, esto es fácilmente superable, puesto que la ayuda se realiza precisamente para que los autores del delito previo se *aprovechen* de los bienes-efectos del delito previo contra el patrimonio o el orden socioeconómico, entonces el legislador a equiparado en estos supuestos, la simple ayuda (cooperación) a la autoría porque entiende que quien coopera conoce (dolo) que ayuda para que otros se aprovechen, el dolo de quien ayuda-autor, abarca también una conducta que aprovecha los bienes-efectos de un delito previo contra el patrimonio o el orden socioeconómico. No es que se trate propiamente de una cooperación elevada a la categoría de autoría, el que ayuda o coopera es autor porque hace suyos o propios la finalidad de aprovechamiento de los autores del delito previo, es como si saliera a la luz que la finalidad o utilidad del que coopera se encuentra en que otros se aprovechen, con lo que para el legislador esto basta, porque su ayuda completa el tipo de manera total y así existe aprovechamiento. De este modo, si se confirma que el especial elemento del tipo subjetivo no va más allá de la realización del tipo, sino que se constata que su límite es la configuración típica, nos encontraremos simplemente ante el dolo que se requiere para alcanzar la tipicidad subjetiva, porque el dolo es conocimiento de la acción y sus consecuencias y si el elemento del tipo subjetivo es conocimiento de la acción y sus consecuencias, no es un especial elemento del tipo subjetivo sino el dolo mismo.

Otra cuestión importante y que es preciso añadir en este momento, es que la jurisprudencia ha afirmado que, en el contenido normativo del ánimo de

lucro, el beneficio o ventaja a la que se refiere no es una que se deba reconducir exclusivamente al ámbito patrimonial. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1986, el ánimo de lucro estriba en cualquier tipo de utilidad, ventaja o beneficio por el culpable, incluso las de finalidad meramente contemplativa o de ulterior beneficencia. En igual sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991; la del 6 de febrero de 1992; la del 15 abril de 1998; la del 31 marzo de 2000; y, la del 13 febrero de 2002. Por lo que este entendimiento hace que, en el dolo del receptor, esté incluido el ánimo de lucro mediante cualquiera de estas razones por las cuales se puede reconducir: cualquier tipo de utilidad, ventaja o beneficio por parte del receptor, incluso las de finalidad meramente contemplativa o de ulterior beneficencia, también la de ayuda. Por lo que, la recepción de bienes-efectos que procedan de un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico mediante adquisición para su posterior venta o para ayudar a que los autores del delito previo se aprovechen de los mismos o simplemente para ocultarlos, queda abarcada por este amplísimo concepto de ánimo de lucro, y este a su vez por el dolo de las conductas de receptación. Cualquiera que sea el motivo utilitarista por el cual el sujeto activo del delito del art. 298 CP decidió recibir bienes-efectos cuyo origen es un delito previo contra el patrimonio y el orden socioeconómico, está abarcado por el dolo. Por lo que, a los efectos interpretativos, la exigencia del ánimo de lucro en las conductas de receptación es irrelevante porque no añade nada que el dolo de las conductas del art. 298 no haya ya contemplado.

Para corroborar esta cuestión, hemos observado que en las decisiones judiciales para condenar por el art. 298 CP se da un paralelismo entre esta forma de entender el ánimo de lucro, una especie de normativización del ánimo de lucro de la receptación, y lo que la jurisprudencia⁸¹⁰ exige para acreditar el

⁸¹⁰ La jurisprudencia del TS, ha ido desarrollando una doctrina sobre el delito de receptación, que se puede perfilar del siguiente modo: **a) se exige la certeza del conocimiento de la "licitud en origen de lo adquirido"**. Así, la sentencia del TS de 11 de octubre de 2001, señala que no basta con una simple sospecha, duda o recelo, sino que es necesario apreciar la certidumbre de que los objetos adquiridos proceden de un delito contra los bienes (hoy delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico), es decir, que los efectos se explican por su procedencia delictiva. En el mismo sentido, las sentencias del TS de 12 de diciembre de 1997; de 15 de marzo de 1999; de 20

dolo en el delito de receptación o expresado de otro modo: el dolo en el delito de receptación exige siempre la presencia de un ánimo de lucro propio. Es decir que, de la constancia y presencia objetiva de varios elementos objetivos en las conductas del receptor, la jurisprudencia sostiene que se infiere el conocimiento, el dolo. De este modo, existirá conocimiento o dolo si nos encontramos: a) ante la posesión de varios objetos robados; b) *un precio vil*; c) gran número de compras (en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2002, se supera el centenar); d) la incredibilidad o inverosimilitud de las manifestaciones de la persona imputada; e) la falta de facturas (que expliquen el origen del bien); y, f) las características particulares del objeto (por ejemplo, la adquisición de tablas policromadas, cuadros religiosos, retablo de valor histórico) por infrecuente en el mercado, esto según la sentencia del Tribunal Supremo del 26 de septiembre de 2000, podrá ser también un sólido indicio del conocimiento del origen ilícito de ellos. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2002, *el precio vil*, que es el precio muy por debajo del valor de la cosa constituye el elemento más importante para destruir las alegaciones del receptor sobre el desconocimiento o por lo menos la imposibilidad de conocer (cognoscibilidad) la procedencia ilícita de la mercancía⁸¹¹. El precio vil, concepto que como hemos dicho funge como criterio fundamental para configurar el ánimo de lucro en la receptación tanto que se ha sostenido que el ánimo de lucro en el delito de receptación estribará en que el receptor adquiere los objetos provenientes de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a un precio que

abril de 1999; de 6 de octubre de 1999; de 21 de enero de 2000. Según las sentencias del TS de 15 de marzo de 1999 y 6 de octubre de 1999, esto no significa que el conocimiento del origen ilícito de los efectos deba ser entendido como un conocimiento explícito y detallado de las circunstancias materiales y concretas del delito previo del que proceden los objetos; y, **b) en materia de prueba, la construcción jurisprudencial utiliza entre otras, de manera preferente, la prueba indiciaria.** Así, según las sentencias del TS de 12 de noviembre de 1997 y de 20 de abril de 1999, la actualización del conocimiento del origen ilícito de los bienes, su acreditación, deberá establecerse por inducción a través de inferencias lógicas e inequívocas, del análisis y conjunción de datos objetivos o circunstancias materiales acreditadas. Por ejemplo, según la sentencia del TS de 21 de enero de 2000, la más significativa es el carácter irregular de la compra; según las sentencias del TS de 20 de abril de 1999, de 6 de octubre del 1999 y de 21 de marzo de 2000, lo irregular de la compra se caracterizaría por el precio vil: la adquisición del bien por precio desproporcionadamente inferior al de mercado.

⁸¹¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, ob. cit., pág. 1230.

implique un amplio margen de ganancia, con lo que, de este modo, siempre los vende a un precio mayor. Por lo que se deduce que el ánimo de lucro en la receptación queda absorbido por lo que se exige en el tipo para la configuración dolosa de las conductas típicas y su exigencia sería irrelevante. De este modo, aunque se sostenga que lo que diferencia al delito de receptación del delito de encubrimiento⁸¹² y del delito de blanqueo de capitales⁸¹³ es el concreto ánimo de lucro propio; podremos afirmar, *prima facie* que respecto del delito de encubrimiento esto es aceptable (o por lo menos discutible⁸¹⁴) porque esta previsión constituye una diferenciación que limita (o podría limitar) el ámbito de aplicación entre los delitos de encubrimiento y receptación; mas respecto del delito de blanqueo de capitales doloso, no se puede afirmar lo mismo. Sobre todo, a partir de la interpretación jurisprudencial de las conductas de receptación, una interpretación tal que obliga a entender que el dolo en el delito de receptación incluye el ánimo de lucro propio o aprovechamiento propio. Recordemos que el *aprovecharse* al que se refiere el tipo, se entiende como la obtención de un provecho económicamente valorable por la aceptación de la cosa⁸¹⁵; así el ánimo de lucro propio es la obtención o aprovechamiento para sí de los efectos del delito previo⁸¹⁶.

⁸¹² Por todos, VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 626. La principal diferencia entre el delito de encubrimiento del art. 451.1 CP y el delito de receptación se halla en el distinto ánimo exigido en una y otra figura. Así, en la receptación se requiere *ánimo de lucro*, mientras que en el auxilio expresamente se excluye su presencia, precisándose únicamente un *animus adiuvandi*. Este era uno de los criterios utilizados por la jurisprudencia (así, STS de 17 de enero de 1986).

⁸¹³ Así lo hace entre otros, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de...*, ob. cit., pág. 152.

⁸¹⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 936.

⁸¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español...*, ob. cit., pág. 1230, este autor agrega, además, que se trata, en definitiva, del primer eslabón en la cadena de bienes de ilícita procedencia. Con lo que se corrobora la tesis para construir la teoría de los delitos que prohíben la legitimación de bienes: los delitos de receptación y los delitos de blanqueo de capitales.

⁸¹⁶ VIVES ANTÓN, T., Y OTROS: *Derecho penal...*, PE, ob. cit., pág. 628. La existencia de ánimo de lucro en la receptación, según la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1986, estriba en cualquier tipo de inutilidad, ventaja o beneficio por el culpable, incluso las de finalidad meramente contemplativa o de ulterior beneficencia (en igual sentido las sentencias del TS de 11 de octubre de 1991; 6 de febrero de 1992; 15 abril 1998; 31 marzo 2000; 13 febrero 2002). Aquí se sostiene que el ánimo de lucro, constituye un elemento subjetivo del tipo que delimita el delito de receptación con el de encubrimiento.

Sobre el delito de blanqueo de capitales doloso, la doctrina parece afirmar algo parecido: aunque no se requiere por el tipo un concreto ánimo de lucro, las conductas dolosas de blanqueo por su propia naturaleza no se realizan sin estar implícito el ánimo de lucro. Así, se dice que, *a diferencia de la receptación, en este delito no se exige ánimo de lucro, al menos directo, es decir, obteniendo beneficio por el solo hecho de transformar o ayudar a hacerlo. Claro está que, por ejemplo, para una entidad bancaria aceptar un depósito cuantioso es algo que proporciona indirectamente beneficios, del mismo modo que es positivo aceptar a un socio capitalista para llevar adelante un negocio, sin indagar de dónde procede su dinero. La ayuda en ambos casos puede ser punible, si realmente ha sido una ayuda positiva y relevante, pero sin necesidad de que concurra un adicional ánimo de lucro*⁸¹⁷. De este modo, en el ámbito del delito de blanqueo de capitales doloso, el ánimo de lucro, es también inherente a la conducta. Si nos atenemos a la doctrina del Tribunal Supremo para acreditar la prueba de dolo, no es difícil inferir, aunque textualmente no se lo diga, que se entiende que a las conductas dolosas de blanqueo de capitales es inherente el ánimo de lucro. Así, como afirma un autor⁸¹⁸, la doctrina que se extrae de las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 356/1998; 1637/1999; 1842/1999; 1277/2001; 1293/2001, 1061/2002, arroja una idea sobre *“cuáles son los datos o indicios de los que es legítimo deducir, siempre que exista una pluralidad de los mismos, estén plenamente acreditados y guarden entre sí una significativa coherencia, el conocimiento del ilícito origen de los bienes por parte de quien blanquea”*. Entre los hechos más importantes tenemos: a) el incremento inusual del patrimonio; b) el manejo de cantidades de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial (tales como manejo de grandes cantidades de efectivo, utilización de testafierros, aperturas de cuentas o depósitos en entidades bancarias ubicadas en país distinto del de residencia de su titular); c) sentencia del Tribunal Supremo 1061/2002, la inexistencia de

⁸¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 945.

⁸¹⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L., y otros: *Código penal...*, ob. cit., pág. 721.

negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial o las transmisiones de dinero (la escasa entidad de los ingresos acreditados y la procedencia de los restantes de diferentes obras o labores de poca importancia, justifican sobradamente la concurrencia de este indicio, sentencia del Tribunal Supremo 233/2005, de 24 de febrero); d) la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con las mismas (en este sentido, 202/2006 de 2 de marzo; 1426/2005 de 13 de diciembre; 1034/2005 de 14 de septiembre; 798/2005 de 29 de junio; 457/2005 de 14 de abril; 233/2005 de 24 de febrero; 1450/2004 de 2 de diciembre; 113/2004 de 9 de octubre; 575/2003 de 14 de abril; 198/2003 de 10 de febrero; 1061/2002 de 6 de junio; 2410/2001 de 18 de diciembre; 1584/2001 de 18 de septiembre; 774/2001 de 9 de mayo; 1704/2001 de 29 de septiembre; 1637/1999 de 10 de enero de 2000; 356/1998 de 15 de abril; 755/1997 de 23 de mayo)⁸¹⁹. De todos estos indicios, que han sido extraídos de casos dolosos de blanqueo de capitales conocidos por el Tribunal Supremo, se puede afirmar que están relacionados a conductas tales en las que es indiscutible e innegable un concreto ánimo de lucro, porque en todos concurre el incremento patrimonial del sujeto imputado, a partir de ahí, surge la necesidad de corroborar los otros indicios: manejo de ingentes cantidades de dinero (bienes) cuyo origen no se puede explicar ante la ausencia de negocios lícitos manejados por el imputado. El último indicio, estará o no presente en función de los supuestos de hecho concreto y de la investigación realizada, porque hay casos en los que no existe tal vinculación con las organizaciones o personas ligadas al tráfico de drogas u otras organizaciones criminales, o en los que es muy difícil probar tal relación. Lo que aquí se quiere resaltar es que, a efectos del delito de blanqueo de capitales doloso, es indiferente pero no excluyente la exigencia de un concreto ánimo de lucro. Es decir que, aunque no se precise acreditar a efectos probatorios el ánimo de lucro, las exigencias jurisprudenciales y de la práctica concreta en materia de prueba en el delito doloso de blanqueo de capitales trae como necesario una construcción de la conducta de tal modo que (por todos lados) en los hechos probados se infiere

⁸¹⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., y otros: *Código penal...*, ob. cit., pág. 722.

un ánimo de lucro. Ningún blanqueador doloso blanqueó por altruismo o por filantropía, o lo hace porque espera conseguir algo para sí o para terceros, o no nos encontramos ante supuestos de blanqueo de capitales doloso⁸²⁰. De este modo, en el ámbito doloso de los delitos de blanqueo de capitales y del delito de receptación, la concreta exigencia para el segundo del ánimo de lucro no constituye elemento diferenciador del ámbito de aplicación en estos delitos, el ánimo de lucro es más bien un elemento que los integra y permite que de ellos se hable como tipos penales que prohíben la legitimación o blanqueo doloso de bienes-efectos.

9.4. ESTADÍSTICAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS DELITOS PREVIOS DE LOS QUE PROVIENEN LOS BIENES-EFECTOS: UNA PRUEBA SOBRE LA DELIMITACIÓN SISTEMÁTICA ENTRE EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN

Entre los años 2000 y 2012 existieron un total de 1.295 imputados, de ellos 893 fueron condenados y 402 absueltos. De las 893 condenas 522 (58,5%) fueron impuestas por las Audiencias Provinciales y 371 (41,5%) por la Audiencia Nacional. Este total de 893 condenas fue reducido a instancias del Tribunal Supremo (170 sentencias) que absolvió a un total de 135 personas (sólo en la sentencia del Tribunal Supremo 1293/2001 de 28 de julio, se condena una persona a quien la Audiencia Nacional había absuelto mediante sentencia del 3 de diciembre de 1999) y confirmó condenas para un total de 758. Por lo que, de la cifra total de 1.295 imputados, 758 (58,6%) fueron definitivamente condenados y 537 (41,4%) absueltos⁸²¹. Pero lo realmente

⁸²⁰ No nos podemos olvidar tampoco que la jurisprudencia y la doctrina (cf. GÓMEZ-BENÍTEZ, J.: «El delito previo al delito de blanqueo de capitales y a vueltas con el delito fiscal», en *Análisis GA&P*, mayo del 2014, pág. 2.) afirman también que en el ámbito del delito de blanqueo de capitales doloso, las conductas deben explicarse no solo porque conocen de la procedencia u origen delictivo de los bienes, sino también porque encierran o se entienden por la finalidad de coadyuvar a su ocultación o transformación, así, la sentencia del TS 1025 de 22 de octubre de 2009.

⁸²¹ SILVENTE ORTEGA, J.: *Críticas a la prevención y represión...*, *ob. cit.*, pág. 171 y ss. Los datos a los que nos referimos en este apartado, han sido tomados de este estudio, porque en general, no existe información tabulada al respecto. Como forma de contrastar que lo que se detalla aquí es real, hemos realizado un muestreo de la información y hemos visto que existe plena coincidencia, por lo demás, lo que buscamos no es rigor estadístico (que sí existe), sino probar una idea: existe

importante a corroborar a los efectos de este apartado es que, del total de los 1.295 primeros imputados, 1.201 un 92,74%, tenían como presupuesto que el delito previo del cual procedían los bienes-efectos era el tráfico de drogas. La distribución quedaba completada del siguiente modo: 31 de robo, 1 de apropiación indebida, 12 de estafa, 18 de *phishing*, 1 de asesinato (recompensa), 5 de cohecho/malversación, 1 de falsificación documental, 4 de falsificación de moneda, 6 de prostitución, 3 de secuestro, 12 de delitos cometido en territorio extranjero (el llamado ladrón de ley: tráfico de drogas, falsedad documental, cohecho, prostitución, extorsión, etc.). Por lo que, la distribución porcentual de delitos que provengan del título XIII del CP era de 4,79%.

Sin embargo, luego de la reducción operada por el Tribunal Supremo, las cifras quedan así: 714 de tráfico de drogas, 3 de cohecho/malversación, 6 a través del ladrón de ley, 6 de estafa, 7 de *phishing*, 22 de robo. De este modo, el 94,20% de imputados tiene como fundamento de la imputación, bienes-efectos que provienen del delito de tráfico de drogas que, sumado a los otros delitos graves, que no son de aquellos que se encuentran en el título XIII, quedaría un total de 95,38%. Con lo que tan sólo el 4,62% de los delitos de referencia son aquellos que entrarían en contacto con el problema de la delimitación. Agrego aquí algo que será desarrollado en el próximo apartado sobre una propuesta de *lege ferenda* para delimitar de mejor manera el ámbito de aplicación y que según los criterios expuestos en esta investigación en el referido apartado, se debería incluir por ejemplo, el delito de administración desleal entre otros, por la gravedad intrínseca que encierra y que rebasaría los límites de la estrategia para limitar la legitimación o blanqueo de bienes según la prohibición del art. 298 CP, razón por la cual consideramos pertinente incluirlo en el *catálogo cerrado* de delitos previos que deberían estar expresamente establecidos en el art. 301 CP. Así, de los casos conocidos por el Tribunal Supremo, un 98,28% de imputados tienen como fundamento de la

una delimitación sistemática y material entre los delitos de receptación y blanqueo de capitales en función de los delitos previos de los cuales provienen los bienes-efectos. La aplicación de casos concretos corrobora esta necesaria y de justicia delimitación, aunque se precisan ciertas correcciones.

aplicación del art. 301 CP un delito previo que, según nuestra apreciación, no deberían estar contemplados en el art. 298 CP.

Si somos coherentes con lo planteado en esta tesis, por ahora, ningún delito del título XIII del CP que no sea el de blanqueo de capitales, debería ser considerado como delito previo del art. 301 CP, por lo que hasta que no se realice un cambio en la norma, tanto los delitos de estafa tradicional como en la modalidad de *phishing* y el delito de robo, debieron y (deben) ser reconducidos al ámbito de aplicación del art. 298 CP. Sobre esta cuestión volveremos en el apartado V de este capítulo, ahí aplicaremos las soluciones que aquí se proponen a casos concretos-límite sobre la delimitación y consecuente aplicación del art. 298 o del 301 CP⁸²². De este modo, aquí interesa constatar que la aplicación jurisprudencial del art. 301 CP ha establecido sin que ese sea su cometido, sino propiamente en función de la estrategia político-criminal del delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP, una restricción del ámbito de aplicación de este delito. Esta limitación se ha realizado en función del delito del cual han provenidos los bienes-efectos a blanquear. Por lo que la referencia típica del art. 301 CP a cualquier *actividad delictiva*, en la práctica ha sido casi nula, porque no es precisamente *cualquier* actividad delictiva que origine o de la que se espere procedan bienes-efectos, una referencia adecuada dentro de un tipo penal, dentro del art. 301 CP, no sólo porque la exigencia de la vigencia del principio de determinación (legalidad) sea criterio suficiente para rechazar este tipo de tipificaciones sino porque precisamente no tienen relación con lo que se prohíbe y de este modo con lo que se quiere proteger. A

⁸²² Otro dato importante a tener en cuenta es precisamente cuáles han sido las penas impuestas porque, da la impresión que el administrador de justicia no tiene idea de cuál es la forma adecuada de determinar cuándo un blanqueo es más grave que otro. En relación al marco penológico aplicado, del total de las 893 primeras condenas, 164 (18,37%) son ≤ 1 año, 217 (24,3%) son > 1 y ≤ 2 años, 84 (9,41%) son > 2 y ≤ 3 años, 190 (21,28%) son > 3 y ≤ 4 años, 169 (18,92%) son > 4 y ≤ 5 años, 50 (5,6%) son > 5 y ≤ 6 años, 7 (0,78%) son > 6 y ≤ 7 años, 7 (0,78%) son > 7 y ≤ 8 años, 5 (0,56%) son > 8 y ≤ 9 años. Con la revisión realizada por el TS, la penalidad aplicada a un total de 758 condenas, quedó así: 168 (22,16%) son ≤ 1 año, 170 (22,43%) son > 1 y ≤ 2 años, 83 (10,95%) son > 2 y ≤ 3 años, 175 (23,09%) son > 3 y ≤ 4 años, 109 (14,38%) son > 4 y ≤ 5 años, 39 (5,15%) son > 5 y ≤ 6 años, 6 (0,79%) son > 6 y ≤ 7 años, 3 (0,40%) son > 7 y ≤ 8 años, 5 (0,66%) son > 8 y ≤ 9 años. Estas relaciones entre variables han sido elaboradas a partir de los datos que aporta la investigación de SILVENTE ORTEGA, J.: *Críticas a la prevención y represión...*, ob. cit., pág. 171 y ss.

continuación, brevemente propondremos una estructura que permita zanjar la discusión.

9.5. RECOMENDACIONES PARA UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* SOBRE LA CORRECTA DELIMITACIÓN ENTRE EL BLANQUEO Y LA RECEPCIÓN

La técnica legislativa es un tópico de la ciencia jurídica un poco olvidado, que hace mención al problema de cómo se hace la ley en general y en particular, la ley penal. En general, se ha constatado que el punto de partida de la actividad científica y el objeto de su estudio ha sido la ley como un producto terminado. Por lo que la interpretación siempre ha estado en relación con la norma y no con su fase de previa elaboración.⁸²³ Esto ha tenido como correlato no muy favorable el abandono por parte de los penalistas de lo concerniente a la explicación y fundamentación de los criterios de elaboración de la ley penal. Así, hay quien afirma que el encarcelamiento de la ciencia en la torre de marfil de la dogmática, ha traído como consecuencia que los encargados de confeccionar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a límites normativos dignos de consideración⁸²⁴. Esto no es obstáculo para también constatar que los desarrollos dogmáticos del Derecho penal, han proporcionado auxilio y grandes rendimientos en los momentos interpretativo y aplicativo del Derecho, resultando de gran ayuda para el juez y para la ciudadanía en general, porque es el Derecho penal y sus recomendaciones, quienes han limitado el ejercicio irracional del poder punitivo. Por lo que hoy más que nunca es importante que la investigación jurídico-penal, incursione también en propuestas que coadyuven a la elaboración de un sistema de construcción legislativa que permita al legislador

⁸²³ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: «Argumentación y legislación», en *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, coords. DÍEZ RIPOLLÉS, J., PRIETO DEL PINO, A., SOTO NAVARRO, S., edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 2005, pág. 22.

⁸²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «La nueva política criminal española», en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, edit. Cuadernos penales LIDÓN, J., Bilbao, 2004, pág. 30; DÍEZ RIPOLLÉS, J.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, edit. Trotta, Madrid, 2003, pág. 73 y ss.

crear normas jurídico-penales coherentes y necesarias⁸²⁵. Por otro lado, desde la tarea interpretativa, también es importante proporcionar información que permita al legislador corregir sus errores y dotar de un mejor sentido y límites a la norma, sobre todo, cuando se constate que aquella no guarda relación con los principios y exigencias básicas del Derecho penal. Por lo que la retroalimentación teórica desde la ciencia hacia el legislador se concreta en el momento de previa elaboración de una norma nueva y de la corrección de una norma ya vigente pero que tiene problemas para su aplicación (e interpretación) ya sea a nivel de racionalidad o de lingüística.

La teoría de la legislación es una disciplina científica⁸²⁶ que estudia la forma y contenido de las normas para proporcionar criterios, directrices e instrucciones para una correcta elaboración, así como una configuración lo más racional de las mismas⁸²⁷. En el ámbito jurídico-penal, estos criterios están funcionalizados para encausar a través de la ley las previas construcciones que la dogmática haya desarrollado, y que tiene como hilo conductor el necesario equilibrio entre el contenido material y el continente literal de los preceptos jurídico-penales⁸²⁸. Esta funcionalización de la técnica legislativa respecto de

⁸²⁵ NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa y Derecho penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pág. 225. Esta autora apunta acertadamente que sorprende comprobar cómo el desinterés de la ciencia del Derecho por el momento legislativo contrasta con el hecho de que en su actividad diaria los juristas no se limitan a aplicar el Derecho existente, sino que también acometen tareas de creación jurídica, como la redacción de leyes, reglamentos o contratos. Lo realmente trascendental es observar que estas tareas no se realizan en base a un modelo teórico firme que guíe su desarrollo (como ocurre con la interpretación y la aplicación de la ley), sino que, por el contrario, se opera más bien de una manera intuitiva.

⁸²⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: *Teoría de la legislación y derecho penal: la aprobación del Código penal de 1995 y la relación entre dogmática y política criminal desde el punto vista de la teoría de la legislación*, trabajo de investigación inédito, disponible en el Campus Global de la Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, pág. 13 y ss., para quien, la teoría de la legislación no es una ciencia, sino que nos encontramos ante una técnica. Porque su objetivo es actuar sobre una realidad compleja y no describir o comprender la realidad y, segundo, desde un punto de vista epistemológico, porque no tiene la pretensión de llegar a un resultado *correcto* ni trata de excluir los márgenes de apreciación de quien pretende hacer una buena ley.

⁸²⁷ NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa...», *ob. cit.*, pág. 231.

⁸²⁸ SÁNCHEZ LÁZARO, F.: «¿Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», en *RDPC*, 2005/16, pág. 108 y ss. Aquí se habla de tenor material y tenor literal, he considerado en relación a una mejor expresividad de la funcionalización de la técnica legislativa respecto de la dogmática, utilizar los términos contenido y continente.

la dogmática no significa que lo que debe imperar es la voluntad de la ciencia jurídico-penal, lo que se sostiene es que si bien la técnica legislativa debe procurar la correcta y adecuada traducción e inserción en la ley de la decisión legislativa previamente adoptada ⁸²⁹, esta decisión debe estar encausada mediante el auxilio dogmático, la dogmática como herramienta para una coherente, en el sentido sistemático, inserción de la voluntad legislativa, para que su introducción se realice en coherencia con los demás presupuestos de la ley penal y no en contradicción de aquellos.

La introducción de la norma jurídica debe superar los dos niveles de racionalización: el jurídico formal y la lingüística. La racionalidad jurídico-formal exige que al momento de aprobarse o de reformarse una ley se guarde coherencia con el ordenamiento jurídico; y, que estén en función a la finalidad objetiva de la ley ⁸³⁰. La racionalidad lingüística garantiza la capacidad comunicativa de la norma, por lo que irracionales serán las leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación ⁸³¹. Concluimos que para introducir o reformar una norma jurídico-penal deben cumplirse cuatro condiciones: 1) adecuada trasposición de la voluntad legislativa; 2) esta trasposición debe realizarse con auxilio de la dogmática jurídico penal; 3) debe existir racionalidad jurídica; y, 4) debe existir racionalidad lingüística. Estos dos últimos requisitos están relacionados a su vez con el nivel de racionalidad exigido por la dogmática jurídico-penal.

Con este breve marco teórico, queremos proponer en lo concerniente a la correcta delimitación del ámbito de aplicación propio del art. 301 CP, así como en relación con los supuestos del art. 298 CP, varias recomendaciones y propuestas sobre los criterios y/o directrices a ser incorporados en el tipo penal, ya sea del art. 301 o del 298 CP, para delimitar su ámbito de aplicación. Las

⁸²⁹ NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa...», *ob. cit.*, pág. 236.

⁸³⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, edit. Civitas, Madrid, 1997, pág. 32.

⁸³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.: *La racionalidad de las...*, *ob. cit.*, pág. 97.

propuestas siguientes no son en absoluto agotadoras de las posibilidades, sin embargo, considero son las más plausibles:

A) Una primera solución sería establecer una cláusula de referencia taxativa o cerrada de delitos de los cuales deben provenir los bienes-efectos en el art. 301 CP. El propio tipo penal ya da una indicación de esta cuestión, cuando, por ejemplo, establece una agravación en los supuestos de delitos de tráfico. Este modelo es el que ha seguido el Código penal alemán en su art. 261. Lo problemático de seguir esta indicación es que precisamente anula el hecho de que la receptación es también prohibición de legalizar bienes de origen ilícito, con lo que no se sabe cuál es el criterio rector a la hora de seleccionar los tipos para un ámbito y para otro. Sin embargo, hay que reconocer la practicidad del método;

B) Otra solución sería mantener la referencia a una *actividad delictiva* previa y en relación a los delitos del título XIII del CP, establecer cuál de aquellos quedan en el ámbito de aplicación del art. 301 CP y no del art. 298 CP. Esto también ya lo ha hecho el legislador respecto del delito de blanqueo de capitales que a pesar de estar ubicado en el título XIII del CP, está dentro del ámbito de aplicación del art. 301 CP. Sin embargo, la misma crítica que al anterior método habría que señalar sobre esta opción, porque no sabríamos cuál es el criterio material para seleccionar entre delitos. Sin olvidarnos que mantener la referencia genérica a *una actividad delictiva* tendría reparos por su indeterminación, aunque ya hemos visto que en la práctica el blanqueo de bienes no es una cosa que se pueda predicar en general de cualquier *actividad delictiva*; y,

C) Una tercera solución, y que considero la más acertada en función de la finalidad objetiva de la ley así como del bien jurídico que nosotros consideramos se protege desde diversas estrategias político-criminales tanto por el art. 298 CP como por el art. 301 CP, a saber: la lícita circulación de bienes-efectos en la economía, prohibiendo o limitando la legitimación o blanqueo de bienes de origen delictivo, y que consistiría en establecer: a) por un lado, un catálogo cerrado de delitos en los que se incluyan también algunos

de los delitos del título XIII; y, b) por otro lado, establecer un límite o cuantía para que a partir de ese límite, el blanqueo de bienes se juzgue por las reglas del art. 301 CP. Porque no toda legitimación o blanqueo de bienes es típica, en el sentido de que no todo revestimiento de licitud de bienes-efectos que provengan de un delito superan el riesgo permitido o configuran el riesgo prohibido jurídico-penal o vulneran la prohibición o comprometen seriamente la confianza general en el respeto por la norma jurídico-penal o si se quiere también la de la norma de determinación. Los criterios de insignificancia deben operar no sólo cuando se aplique el tipo penal sino también al momento de configurarlo. De todas maneras, también existe en el ordenamiento la norma administrativa de prevención de blanqueo que impone severas sanciones.

Por otro lado, en el ámbito de los delitos patrimoniales y socioeconómicos, cuando estemos debajo de ese límite, el blanqueo de bienes-efectos se debe juzgar por las reglas del art. 298 CP. Aquí las reglas de la imputación objetiva, así como el principio de insignificancia son importantes para excluir de la persecución penal comportamientos no típicos. De este modo, estaríamos dotando de una clara determinación de los supuestos susceptibles de blanqueo y receptación, con lo que la norma se vuelve desde esta perspectiva, previsible y también, estaríamos dando seguridad jurídica. Esta solución, además, permite la vigencia sin confusión de los arts. 298 y 301 CP.

Es importante que se tenga en cuenta que a esta solución sólo ha sido posible llegar luego de constatar que según lo establecido en el CP vigente, los bienes-efectos que tengan su origen en un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico solo se pueden juzgar por las reglas del art. 298 CP.

10. UNA FUNDAMENTACIÓN ADICIONAL: CONCURSO APARENTE DE LEYES ENTRE LOS ARTS. 298 Y 301 CP

Toda esta segunda parte de la investigación ha tenido como trasfondo la discusión sobre la aparente concurrencia de leyes⁸³². Porque la cuestión ha girado en torno a saber si cuando se blanqueen bienes cuyo origen es una actividad delictiva y estos delitos previos son de los que atentan contra el patrimonio y el orden socioeconómico, se debe aplicar el art. 298 CP o el art. 301 CP o si se deben aplicar los dos tipos penales porque el blanqueo realiza los elementos de la receptación. El conflicto aparente de leyes se da cuando en un determinado supuesto concurren para la subsunción en el mismo momento, dos diferentes disposiciones⁸³³. Se trata de un conflicto aparente porque el art. 8 CP ha establecido los criterios que nos ayudarán a determinar cuándo se debe aplicar una disposición y desplazar a la otra, cuándo se debe aplicar el art. 298 CP quedando desplazado el art. 301 CP y viceversa. Por tanto, nos encontramos ante una discusión que tiene referencia con la relación que pueda existir entre los tipos penales entre sí, y que repercute sobre la determinación de la pena aplicable al hecho concreto, porque el tipo penal que quede excluido, excluirá también la imposición de pena por aquella conducta. Habrá concurso aparente de leyes cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro tipo penal. En este sentido, el autor sólo habrá cometido una única infracción, porque sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los demás⁸³⁴. Esto quiere decir que el contenido de injusto y de culpabilidad de un comportamiento punible está completamente abarcado por una de las normas penales que se encuentran en consideración⁸³⁵. Este fundamento también explica la diferenciación entre el concurso aparente de leyes y la unidad de

⁸³² Sobre el concurso aparente de leyes entre otros, STRATENWERTH, G.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 447 o BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 570; para JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 1044, se trata de los casos en los que el delito ha sido formulado de diversos modos; algunos autores como MAURACH, R.: *Tratado...*, *ob. cit.*, t. II, pág. 438, señalarán que se trata de un concurso impropio; en el mismo sentido, JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 788.

⁸³³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, *ob. cit.*, pág. 141 y ss.

⁸³⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 570 y ss.

⁸³⁵ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, *ob. cit.*, pág. 788.

acción o concurso de delitos, porque en la concurrencia aparente de leyes se trata de decidir sobre la verdadera subsunción del hecho en un tipo, mientras que en la unidad de acción se da un encuadramiento múltiple del comportamiento en diferentes tipos penales⁸³⁶. La relación que existe entre estas categorías consiste en que un concurso propio sólo puede concurrir entre tipos penales que no se excluyan mutuamente por vía de un concurso impropio o aparente de leyes⁸³⁷. Alrededor de toda esta discusión, lo importante será determinar mediante qué relación jurídica se da el concurso aparente, ya sea que se trate de una relación normativa de especialidad o de subsidiariedad o de consunción. Determinar cuál es el criterio que permite excluir la aplicación de un tipo penal cuando se observe que un hecho es subsumible en más de un tipo penal.

El art. 8 CP establece tres criterios de exclusión cuando concorra más de un tipo: especialidad, subsidiariedad y consunción. La relación de especialidad podrá ser observada cuando un tipo penal posea todos los elementos del otro y, además, conste otro elemento que constituya un fundamento especial de la punibilidad⁸³⁸. Un elemento que hace que el supuesto de hecho deba ser considerado desde un particular punto de vista⁸³⁹ que permite observar que la norma especial se adapta de mejor manera que la norma general a los perfiles de la acción respectiva y, en consecuencia, pone de manifiesto de una manera más completa, su carácter delictivo⁸⁴⁰. En suma, la especialidad determina que, si un supuesto de hecho constituye objeto de la regulación de dos diferentes leyes o dos diferentes disposiciones de la ley, la ley o disposición especial será la que deba aplicarse⁸⁴¹. Se ha de aplicar la proposición jurídica concretada al caso particular que muestra todas las concreciones de la formulación desplazada y al menos aún un elemento adicional que tenga el

⁸³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, ob. cit., pág. 142.

⁸³⁷ STRATENWERTH, G.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 453; en el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 571-572.

⁸³⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 572.

⁸³⁹ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 790.

⁸⁴⁰ MAURACH, R.: *Tratado...*, ob. cit., t. II, pág. 442.

⁸⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, ob. cit., pág. 146. La fórmula latina señalaría: *Lex specialis derogat legi generali*.

carácter de especificador⁸⁴². La subsidiariedad existe únicamente para el caso de que ningún otro tipo tenga mejor derecho a ser aplicado⁸⁴³; es decir, cuando un tipo penal sólo sea aplicable siempre que no resulte aplicable otro. Puede ser expresa o tácita, según esté mandada por la ley o deba ser deducida de ésta por interpretación⁸⁴⁴. Cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicación de aquella⁸⁴⁵. La razón material de la subsidiariedad está en que distintas proposiciones penales protegen un mismo bien jurídico a lo largo de los distintos estadios de su ataque, la subsidiariedad no es subordinación normativa sino interferencia normativa, porque entre las normas se da una coincidencia parcial respecto del momento de la protección del objeto jurídico⁸⁴⁶. La subsidiariedad implica que cuando se observe que el ordenamiento haya conminado con pena determinadas conductas que se presentan como un estadio de protección previo o como una variante de protección menos intensa respecto de un ataque a un interés jurídico que la ley penal ya abarca en otra disposición, estos tipos secundarios quedan desplazados por encontrarse contenidos en el comportamiento del tipo penal cuyo ataque expresa una mayor gravedad⁸⁴⁷. Finalmente, la consunción se observará cuando el contenido de ilícito y la culpabilidad de un delito estén incluidos en otro⁸⁴⁸. Cuando el hecho previsto por una ley o por una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otra que sea de más amplio alcance, se aplica esta última con exclusión de la primera⁸⁴⁹. El fundamento de la consunción está en que cuando la realización de un tipo delictivo (más grave) incluya la realización de otro (menos grave),

⁸⁴² JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 1050.

⁸⁴³ MAURACH, R.: *Tratado...*, ob. cit., t. II, pág. 441.

⁸⁴⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 573.

⁸⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, ob. cit., pág. 146. La fórmula latina señalaría: *Lex primariae derogat legi subsidiariae*.

⁸⁴⁶ JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 791.

⁸⁴⁷ STRATENWERTH, G.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 456.

⁸⁴⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 573; en el mismo sentido JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado...*, ob. cit., pág. 792.

⁸⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios...*, ob. cit., pág. 147. La fórmula latina señalaría: *Lex consumens derogat legi consuptae*.

cabe suponer que el marco penal más grave ya tiene en cuenta a toda la constelación típica, razón por la que queda excluida la otra norma⁸⁵⁰.

De toda esta explicación (y la extensa fundamentación de los previos apartados), se extrae que en un supuesto de blanqueo de bienes-efectos de procedencia delictiva, cuando los delitos previos sean delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, se deberá aplicar el art. 298 CP. La relación que existe en estos supuestos, entre los tipos penales de los arts. 298 y 301 CP, es una relación jurídica de especialidad. El legislador ha decidido que cuando el blanqueo de capitales de bienes ilícitos se realice respecto de delitos que atacan el patrimonio o el orden socioeconómico, la punibilidad que rige es la del art. 298 CP. La norma general sería la siguiente: está prohibido con carácter general el tráfico de bienes-efectos cuando éstos tengan su origen en una actividad delictiva. Esta prohibición es idéntica respecto de los delitos de receptación y de blanqueo. Sin embargo, cuando el legislador ha establecido dentro del texto punitivo del art. 298 CP como elemento delimitador que estos bienes procedan de un delito patrimonial o económico, ha señalado que para los restantes casos se deberán observar las reglas del art. 301 CP. Como afirma STRATENWERTH, en muchas ocasiones los tipos penales se hallan redactados de tal modo que no es posible realizar uno de ellos sin realizar también otro. Puede suceder que ello sea lo que haya querido el legislador⁸⁵¹. Esto es lo que nosotros opinamos que ha ocurrido con la regulación de los tipos de blanqueo de capitales. El legislador ha considerado necesario segregar de un tipo penal formulado en términos relativamente generales, algunos grupos de casos que muestran un contenido de ilícito o de culpabilidad esencialmente distinto, regulándolos de modo autónomo. El legislador ha querido delimitar de la constelación de supuestos de blanqueo de bienes, aquellos que proceden de un delito patrimonial o económico, porque el contenido de ilícito es radicalmente distinto. El art. 301 CP debe estar reservado para el blanqueo de bienes cuyos delitos previos constituyan los más graves ataques contra el ordenamiento jurídico y que a su vez, constituyan formas delictivas con una gran capacidad

⁸⁵⁰ STRATENWERTH, G.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 455.

⁸⁵¹ STRATENWERTH, G.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 455.

para generar rendimientos económicos: tráfico de drogas, tráfico de armas, trata de seres humanos, tráfico de órganos, etc. El delito de receptación del art. 298 CP ha reservado para sí los supuestos en los que los bienes provengan de un delito patrimonial o económico; el contenido de injusto es distinto, de eso no hay duda. Por tal razón, la regulación específica tiene precisamente el objetivo de excluir la ley general, y, por tanto, debe tener carácter preferente. Cuando los bienes tengan origen en delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, deberá aplicarse el delito de receptación. En el caso concreto de un comportamiento doloso que introduzca en la economía bienes-efectos cuyo origen sea un delito patrimonial o económico, se ha de aplicar la proposición jurídica que muestra todas las concreciones de la formulación desplazada (está prohibido con carácter general introducir en el tráfico lícito bienes cuyo origen sea delictivo) y al menos aún un elemento adicional (especificador: bienes cuyo origen sea un delito patrimonial o económico)⁸⁵². Se debe aplicar el art. 298 CP⁸⁵³.

Para PALMA HERRERA se debe rechazar el principio de especialidad entre ambos preceptos porque en su opinión ninguno de ellos es especial respecto al otro. A su juicio, el art. 298 CP no reproduce todas las características del art. 301 CP complementándolas con otras. El fundamento de esta explicación estaría en que *“no todos los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, que son a los que se refiere el primero, son delitos graves, como exige el segundo. Lo mismo puede decirse para el 301 en relación con el 298: no todos los delitos graves son delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Por tanto, ni el 301 es especial respecto al 298, ni éste respecto al 301”*⁸⁵⁴. Obviamente esta postura no es asumible actualmente

⁸⁵² JAKOBS, G.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 1050.

⁸⁵³ De esta misma opinión, aunque con diferentes puntos de partida y consecuencias, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 364; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., pág. 366; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «III. Receptación y blanqueo...», ob. cit., pág. 567; ZARAGOZA AGUADO, J.: «Receptación y blanqueo...», ob. cit., pág. 466. Para PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 697, la aceptación de este criterio es una cuestión generalizada en la doctrina italiana y cita entre otros a PECORELLA, G.: «Circolazione del denaro e riciclaggio», en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1991, pág. 1238 y MAZZOCCO, F.: «La nueva disciplina anticiclaggio», en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1993 II, pág. 1187.

⁸⁵⁴ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 697 y ss.

porque el texto de la ley cambió y ya no se hace referencia alguna a delitos graves. Además, de las fundamentaciones expuestas en los anteriores apartados, se debe concluir que normativamente no están contenidas diferentes prohibiciones en los arts. 298 y 301 CP. Se trata de una misma prohibición con ámbitos de aplicación diferenciados. Sí procede el criterio de la especialidad. Una razón adicional, el propio PALMA HERRERA afirma que *“el artículo 301 del Código penal es un precepto más amplio y complejo que el 298. El desvalor del blanqueo de capitales consume al de la receptación en los casos en los que las conductas son coincidentes”* y sólo cuando se trate de un delito patrimonial o económico grave no se podrá imputar por blanqueo sino por receptación⁸⁵⁵. De este modo, este autor corrobora sin querer la tesis de la especialidad, porque se trata de un precepto más amplio. Un precepto cuyo ámbito de aplicación contiene al precepto del art. 298. Por esta razón, el legislador ha determinado que cuando se trate de un blanqueo de bienes cuyo origen sea un delito patrimonial o económico sea observado el tipo penal de la receptación. El carácter de especial de la receptación respecto del blanqueo está en la delimitación o segregación que se realiza respecto de los grupos de supuestos de la norma de carácter general. PALMA HERRERA califica como consunción lo que en realidad es especialidad. La consunción tiene otras connotaciones (revisar los apartados anteriores) que implican no punir un comportamiento porque ya se encuentra su injusto contenido en el injusto de la norma que la consume. La receptación expresa un contenido de ilícito o de culpabilidad esencialmente divergente respecto del blanqueo de capitales del art. 301 CP. No es la consunción lo que caracteriza la relación normativa entre estos tipos penales sino la especialidad. Pero esto no es trascendental, lo importante es que la solución de este autor con la nueva redacción queda igualmente reconducida a nuestra propuesta, porque el legislador ha eliminado la referencia a los delitos graves.

⁸⁵⁵ PALMA HERRERA, J.: *Los delitos...*, ob. cit., pág. 698.

11. RESUMEN DE CONCLUSIONES

A) En este capítulo habíamos anticipado que aportaríamos una solución al problema planteado: imposibilidad de diferenciar adecuadamente el ámbito de aplicación entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales. La tesis plantea como solución la siguiente: a partir de una interpretación sistemática y teleológica se desprende que el delito de receptación tiene un ámbito de aplicación distinto del propio ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales y, sin embargo, los dos tipos penales prohíben el blanqueo de bienes cuyo origen sea un delito. Entonces, la diferenciación no se explicaría ni: a) por la concreta diferenciación de las conductas típicas; y/o, b) por lo distinto del bien jurídico protegido, sino porque se encuentran sistemáticamente delimitados: el delito de receptación se configura para prohibir y limitar el blanqueo de *bienes* que constituyan *efectos* de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y el delito de blanqueo de capitales se configura para prohibir y limitar el blanqueo de *bienes* que procedan de todo delito cuyo ámbito de aplicación no esté comprendido por el delito de receptación.

B) Para demostrar lo anterior hemos tenido que desarrollar toda una explicación sobre el objeto material y sobre este concepto en el ámbito del delito de blanqueo de capitales y hemos concluido que el delito de blanqueo de capitales es uno de los supuestos típicos en los que coinciden el objeto sobre el que recae la acción y el objeto de protección penal. Los bienes no son propiamente el objeto de protección penal, sino su lícita circulación en el mercado como un elemento esencial para el buen funcionamiento del mismo y el de la economía en general, ésta puede ser perturbada cuando otros bienes cuyo origen sea ilícito -delictivo-, son incorporados al tráfico y circulación de bienes. Por tanto, el objeto material del delito contenido en el art. 301 CP son los bienes. Bienes que han de proceder de un delito previo. También hemos concluido que el concepto de bien en un sentido jurídico penal es todo aquello económicamente evaluable con independencia de cuál sea su valor, siempre que pueda ser incorporado a un derecho transmisible y que pueda ser objeto de derecho, susceptible del tráfico mercantil de carácter lícito. El objeto material,

los instrumentos, efectos o ganancias de un delito constituyen un *bien* en el sentido jurídico penal que acabamos de exponer. Lo importante es entender y recordar para lo posterior que en este concepto de *bien* cabe sin problemas en el concepto de *efectos*. En lo que respecta a las conductas de blanqueo, dependerá del supuesto típico concreto la posibilidad de encuadrar estas categorías en la descripción típica. Cuando los bienes tengan una prohibición de ser idóneos para el comercio no pueden identificarse con el objeto material del delito. Porque no afectan el interés legítimo protegido por la norma, porque no lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido.

C) En este sentido, como los instrumentos del delito son los objetos que fueron empleados para la ejecución del delito o estaban destinados para su realización, no son susceptibles de ser incluidos en el objeto material de las conductas de blanqueo de capitales porque no proceden del delito previo, su origen es anterior al cometimiento del mismo. Es decir que sólo en el momento en que, por ejemplo, estos instrumentos se conviertan en parte de las ganancias que resulten del cometimiento del delito previo, podrían constituir el objeto material del delito de blanqueo. La ganancia del delito podrá ser considerada objeto material del delito de blanqueo de capitales si se verifican algunas condiciones. Los beneficios, ganancias o utilidades son los bienes que constituyen la consecuencia económica de la comisión de un delito. Se encuentran representados por cualquier bien que constituya para la persona una ventaja económica o que represente un interés jurídicamente valorable y que haya sido obtenido tanto directa como indirectamente de la comisión de un delito. Las ganancias del delito, sus beneficios, utilidades y rendimientos deben conducir necesariamente a incrementos patrimoniales como una ventaja económicamente evaluable. Se incluye dentro del concepto de ganancia, además, el precio, recompensa o promesa. Finalmente, para poder ser la ganancia susceptible de ser considerada objeto material del delito de blanqueo, deben ser, además, identificables con bienes susceptibles de valoración económica.

D) Sobre la interpretación funcional del delito previo hemos señalado que para el delito de blanqueo de capitales (y el delito de receptación), el

elemento normativo del tipo denominado *delito* sólo exigirá la concurrencia de los dos primeros elementos que lo constituyen. Un bien cuyo origen sea delictivo deberá proceder de una conducta típica y antijurídica. Esta interpretación surge de la aplicación del principio de accesoriadad limitada y se desprende del art. 300 CP que prescribe cuáles de los elementos del delito no son necesarios, a saber: la culpabilidad y la punibilidad. Por lo que, en un ejercicio de razonabilidad excluyente, los elementos del delito que sí son necesarios son la tipicidad y la antijuridicidad. Por tanto, se castigará el delito de blanqueo de capitales, aunque el autor o partícipe fuera irresponsable o cuando estuviera personalmente exento de pena. En definitiva, la aplicación formal y material de la relación de accesoriadad implica que: a) cuando los bienes, objeto material del delito de blanqueo de capitales, no tengan su origen en un hecho prohibido típico, no existe delito de blanqueo de capitales; y, b) cuando en el delito previo, origen de los bienes que constituyen el objeto material del delito de blanqueo de capitales, concurre una causa de justificación, tampoco existirá delito de blanqueo de dinero. El establecimiento de la relación entre un bien y un delito previo se realizará de dos maneras: a) mediante sentencia ejecutoriada en la que se constate la realización del hecho típico, antijurídico y culpable; y, b) la determinación en base a indicios por parte del tribunal que conoce del hecho concreto, sobre la existencia o no de la conducta típica y antijurídica.

E) De la mano de la interpretación jurídico-penal de *efectos* de un delito, se resuelve también el problema de la receptación sustitutiva. Se sostiene que la solución de esta cuestión está en la autonomía de los tipos de receptación y de blanqueo de capitales respecto de la teoría del mantenimiento. Por lo que, tanto en el delito de receptación como en el delito de blanqueo de capitales cabe la receptación y el blanqueo sustitutivos, porque por efectos de un delito debe entenderse cualquier bien (mercancía legal o ilegal en cuanto a su tenencia, posesión, goce y puesta en circulación) obtenido (explicada, causada) mediante el cometimiento de un delito o una actividad delictiva, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o valor de cambio), o sea que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o

que con el dinero se adquiriera mercancía u otro valor, sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito. Deben excluirse de esta categoría aquellos objetos materiales que la conducta típica deja totalmente inalterados, así como aquellos que por su naturaleza no son susceptibles de ser incluido en las actividades de comercio (en general tráfico de bienes y sustancias ilegales: drogas, órganos, armas, etc.). De este modo, cabe la receptación de una receptación, porque el delito de receptación es uno de los que atentan contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

F) Todo este entendimiento tiene como punto de partida la idea de que la original concepción de la receptación y su plasmación legal en función de aquella ha desaparecido, la receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo y a que el autor del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido. La receptación hoy, según la actual configuración normativa de la sociedad, lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los *efectos* que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico. De este modo, las diferentes exigencias que el legislador ha incorporado al tipo de receptación y no al de blanqueo, se explican en función de ser estos delitos prohibiciones concretas de la legitimación de bienes cuya procedencia sea un delito y no para diferenciar el concreto ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación.

G) **Sobre la distinción entre efectos y bienes:** cuando se define el objeto material en el delito de receptación ya no a partir de la teoría del mantenimiento sino precisamente a partir de la autonomía del tipo porque el delito protege un bien jurídico distinto que el del delito previo, se acepta la posibilidad de la receptación sustitutiva. En este sentido, no existe problemas en afirmar que se da una coincidencia o identidad conceptual entre lo que debe entenderse por *bienes* (blanqueo de capitales) y por *efectos* (receptación). De este modo, según esta interpretación, cabría tanto la receptación como el blanqueo sustitutivo, con lo que, a efectos prácticos, el contenido normativo

del término efectos queda absorbido por el contenido normativo del término bienes. Lo importante es resaltar que, en este concepto jurídico-penal de *efectos* de un delito, no se distingue si son los *efectos* inmediatos o mediatos del ilícito. Por lo que están incluidos tanto los *producta sceleris*, es decir, aquellos objetos que son producidos por el delito, como el *fructus sceleris*, es decir las ganancias generadas por el delito (cuando los instrumentos del delito integren la ganancia del delito, también aquellos serán considerados efectos, pero no en su calidad de instrumentos sino precisamente en su calidad de ganancia). De este modo, aunque conceptualmente el concepto jurídico de *bienes* sea un concepto más abarcativo, desde la perspectiva jurídico-penal, que es la que al caso interesa, queda reducido al concepto de *efectos*. Porque si por *bien* entendemos en un sentido jurídico penal a todo aquello económicamente evaluable con independencia de cuál sea su valor, siempre que pueda ser incorporado a un derecho transmisible y que pueda ser objeto de derecho, susceptible del tráfico mercantil de carácter lícito, más con las restricciones que hemos planteado cuando se traten de instrumentos del delito, así como respecto de la ganancia y los efectos; debemos entonces concluir, que los bienes jurídico-penalmente relevantes del delito previo del cual deben proceder u originarse los bienes respecto de los que se realizaran las conductas de blanqueo de capitales, son sólo los reconducibles al concepto jurídico-penal de efectos de un delito. En definitiva, aunque el concepto de bienes sea uno de mayor envergadura, y aunque sea correcta la afirmación de que los *bienes* como concepto contienen dentro de sí, a los *efectos* como concepto; desde la perspectiva jurídico-penal expuesta, también es correcto afirmar que los *bienes* a los que se refiere el tipo penal del art. 301 CP son los *efectos* del delito previo. Con lo que, la posible y en algunos casos mentada diferenciación, no existe respecto del art. 298 CP.

H) Sobre la exigencia de que el autor del delito de receptación no participe en el delito previo: en el ámbito del delito de blanqueo de capitales, el legislador ha reservado este grupo de supuestos para el propio ámbito del delito de blanqueo de capitales, tanto porque el sujeto activo del delito puede ser el propio blanqueador de conformidad al art. 301. 1 CP, como porque según art. 301.2 CP directamente se conmina con pena el ocultamiento o

encubrimiento de la verdadera naturaleza de los bienes, es decir de bienes (cuyo origen sea un delito) que se encuentran ya legitimados. De este modo, el blanqueo de un blanqueo realizado por el mismo sujeto, confirma la tesis de la delimitación sistemática del ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación; y,

I) Sobre la exigencia de que el autor del delito de receptación obre con ánimo de lucro: aunque se sostenga que lo que diferencia al delito de receptación del delito de blanqueo de capitales es el concreto ánimo de lucro propio, lo que sucede es realmente lo contrario. Si se parte de que el ánimo de lucro en el delito de receptación, para la doctrina y la jurisprudencia, consistirá en que el receptor adquiere los objetos provenientes de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a precio de ganga (precio vil, precio muy por debajo del valor de la cosa, que podrá ser también un sólido indicio del conocimiento del origen ilícito de los efectos); se debe también interpretar de manera obligada que el dolo en el delito de receptación incluye el ánimo de lucro propio o aprovechamiento propio (el *aprovecharse* al que se refiere el tipo se entiende como la obtención de un provecho económicamente valorable por la aceptación de la cosa, así el ánimo de lucro propio sería la obtención o aprovechamiento para sí de los efectos del delito previo). De este modo, difícilmente esto puede diferenciar al delito de receptación, un delito doloso, del delito doloso de blanqueo de capitales, porque en este ámbito, la doctrina parece afirmar algo parecido. En efecto, respecto del blanqueo la doctrina y jurisprudencia afirman que, aunque no se requiere por el tipo un concreto ánimo de lucro, las conductas dolosas de blanqueo por su propia naturaleza no se realizan sin estar implícito el ánimo de lucro. Por lo que también, en el ámbito del delito de blanqueo de capitales doloso, el ánimo de lucro es inherente a la conducta.

De la doctrina del Tribunal Supremo para acreditar la prueba de dolo en el delito de blanqueo de capitales no es difícil inferir, aunque textualmente no se lo señale, que se entiende que a las conductas dolosas de blanqueo de capitales es también inseparable el ánimo de lucro. De los indicios extraídos de casos dolosos de blanqueo de capitales conocidos por el Tribunal Supremo,

se puede inferir que los sujetos están relacionados a conductas tales en las que es indiscutible e innegable un concreto ánimo de lucro, porque en todos los casos concurre el incremento patrimonial del sujeto imputado. A partir de ahí, surge la necesidad de corroborar los otros indicios: manejo de ingentes cantidades de dinero (bienes) cuyo origen no se puede explicar ante la ausencia de negocios lícitos manejados por el imputado, etc.

Lo que aquí se quiere resaltar es que, a efectos del delito de blanqueo de capitales doloso, es indiferente pero no excluyente la exigencia de un concreto ánimo de lucro. Es decir que, aunque no se precise acreditar este elemento a efectos probatorios, de las exigencias jurisprudenciales y de la práctica concreta en materia de prueba en el delito doloso de blanqueo de capitales, se deduce como necesario una construcción de la conducta de tal modo que, por todos lados, en los hechos probados se infiere un ánimo de lucro. Ningún blanqueador doloso blanqueó por altruismo o por filantropía, o lo hace porque espera conseguir algo para sí o para terceros, o no nos encontramos ante supuestos de blanqueo de capitales doloso. De este modo, en el ámbito doloso de los delitos de blanqueo de capitales y del delito de receptación, la concreta exigencia para el segundo del ánimo de lucro, no constituye elemento diferenciador del ámbito de aplicación en estos delitos. El ánimo de lucro es más bien un elemento que los integra y permite que de ellos se hable como tipos penales que prohíben la legitimación dolosa de bienes, el blanqueo doloso de bienes-efectos cuyo origen es delictivo.

Así, se deberá entender implícito, normativamente, el ánimo de lucro en el delito de receptación cuando el receptor ha adquirido el bien-efecto con conocimiento de que aquel tiene su origen en una actividad delictiva contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Esto basta para configurar normativamente el ánimo de lucro en el delito de receptación. Esta interpretación es suficiente para mantener lo que sostenemos: que en los delitos dolosos de los arts. 298 y 301 CP, el ánimo de lucro no es criterio suficiente para delimitar el ámbito de aplicación. Sin embargo, nuestra postura avanza un paso más. Porque lo que realmente sucede es lo siguiente. En efecto, podría incluso señalarse que dadas las formas de las conductas del art. 298 CP, el dolo

abarcaría por sí solo este concepto de ventaja patrimonial, por lo que el ánimo de lucro no se requeriría porque no añadiría nada. O, dicho de otro modo, el ánimo de lucro está implícito en las conductas de receptación; el ánimo de lucro en el art. 298 CP no es un elemento subjetivo del injusto en toda regla, porque tiene un sustrato de referencia al tipo objetivo, por lo que aquí no agregaría nada que el dolo no haya completado. Recordemos que en los tipos penales en los que por la naturaleza de las conductas el especial elemento del tipo subjetivo esté referido directamente al tipo objetivo o su fin sea la realización del tipo, el especial elemento subjetivo no caracterizaría de manera especial a la acción, porque no añade algo a la conducta que el dolo haya ya previamente abarcado. Esto es lo que precisamente sucede respecto del art. 298 CP, el ánimo de lucro no es un motivo o razón especial del autor para comportarse típicamente, sino que las conductas del delito del art. 298 CP están abarcadas totalmente por este conocimiento. El autor conoce que los bienes proceden de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y por eso, los recepta/adquiere, porque ese es el dolo de la conducta, adquirirlos a precio inferior al de mercado, para beneficiarse o aprovecharse de los bienes-efectos.

J) Sobre la aplicación jurisprudencial del art. 301 CP: aquí interesa constatar que la aplicación jurisprudencial del art. 301 CP ha establecido sin que ese sea su cometido, sino propiamente en función de la estrategia político-criminal del delito de blanqueo de capitales, una restricción del ámbito de aplicación de este delito. Esta limitación se ha realizado en función del delito del cual provengan los bienes-efectos a blanquear. Por lo que la referencia típica del art. 301 CP a cualquier *actividad delictiva* en la práctica ha sido casi nula, porque no es precisamente *cualquier* actividad delictiva que origine o de la que se espere procedan bienes-efectos una referencia adecuada dentro de un tipo penal, dentro del art. 301 CP. No sólo porque la exigencia de la vigencia del principio de determinación (legalidad) sea criterio suficiente para rechazar este tipo de tipificaciones sino porque precisamente no tienen relación con lo que se prohíbe y de este modo con lo que se quiere proteger. De este modo, se constata que el 94,20% de imputados tiene como fundamento de la imputación bienes-efectos que provienen del delito de tráfico de drogas que, sumado a los

otros delitos graves, que no son de aquellos que se encuentran en el título XIII, quedaría un total de 95,38%.

K) Hemos ofrecido también, una propuesta de *lege ferenda* para delimitar el ámbito de aplicación entre los arts. 298 y 301 CP. Antes habíamos señalado que para introducir o reformar una norma jurídico-penal deben cumplirse cuatro condiciones: 1) adecuada trasposición de la voluntad legislativa; 2) esta trasposición debe realizarse con auxilio de la dogmática jurídico penal; 3) debe existir racionalidad jurídica; y, 4) debe existir racionalidad lingüística. Estos dos últimos requisitos están relacionados a su vez con el nivel de racionalidad exigido por la dogmática jurídico-penal. De este modo, en coherencia, ofrecimos varias propuestas: 1) establecer una cláusula de referencia taxativa o cerrada de delitos de los cuáles deben provenir los bienes-efectos en el art. 301 CP. Y señalamos que lo problemático de seguir esta indicación es que precisamente anula el hecho de que la receptación es también prohibición de legalizar bienes de origen ilícito, con lo que no se sabe cuál es el criterio rector a la hora de seleccionar los tipos para un ámbito y para otro; 2) mantener la referencia a una *actividad delictiva* previa y en relación a los delitos del título XIII del CP, establecer cuál de aquellos quedan en el ámbito de aplicación del art. 301 CP y no del art. 298 CP. La misma crítica que al anterior método, se debe imputar a éste, sin olvidar que mantener la referencia genérica a *una actividad delictiva*, tendría reparos por su indeterminación; y, 3) consistiría en establecer: a) por un lado, un catálogo cerrado de delitos en los que se incluyan también algunos de los delitos del título XIII; y, b) por otro lado, establecer un límite o cuantía para que, a partir de ese límite, el blanqueo de bienes se juzgue por las reglas del art. 301 CP.

Como esta opción tiene como fundamento la finalidad objetiva de la ley, así como del bien jurídico que nosotros consideramos se protege desde diversas estrategias político-criminales tanto por el art. 298 CP como por el 301 CP, a saber: limitar la legitimación o blanqueo de bienes de origen delictivo, la propuesta debe mantener esta coherencia. Así, no toda legitimación o blanqueo de bienes es típica, en el sentido de que no todo revestimiento de licitud de bienes-efectos que provengan de un delito superan

el riesgo permitido o configuran el riesgo prohibido jurídico-penal o vulneran la prohibición o comprometen seriamente la confianza general en el respeto por la norma jurídico-penal o si se quiere también la de la norma de determinación. En este sentido, en la primera parte de la solución entendemos que los criterios de insignificancia deben operar no sólo cuando se aplique el tipo penal sino también al momento de configurarlo. De todas maneras, no se debe perder de vista que también existe en el ordenamiento la norma administrativa de prevención del blanqueo que impone severas sanciones. Por otro lado, la segunda parte de la solución contempla en el ámbito de los delitos patrimoniales y socioeconómicos que cuando estemos debajo de ese límite, el blanqueo de bienes-efectos se debe juzgar por las reglas del art. 298 CP. En estos ámbitos, las reglas de la imputación objetiva, así como el principio de insignificancia son importantes para excluir de la persecución penal comportamientos no típicos. De este modo, estaríamos dotando de una clara determinación de los supuestos susceptibles de blanqueo y receptación, con lo que la norma se vuelve desde esta perspectiva, previsible y también estaríamos dando seguridad jurídica. Esta solución, además, permite la vigencia sin confusión de los arts. 298 y 301 CP. Es importante que se tenga en cuenta que a esta solución sólo ha sido posible llegar luego de constatar que según lo establecido en el CP vigente, los bienes-efectos que tengan su origen en un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico solo se pueden juzgar por las reglas del art. 298 CP.

L) Finalmente, de la explicación ofrecida respecto del concurso aparente de leyes y la extensa fundamentación de los previos apartados, se extrae que en un supuesto de blanqueo de bienes-efectos de procedencia delictiva, cuando los delitos previos sean delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, se deberá aplicar el art. 298 CP. La relación que existe en estos supuestos, es una relación jurídica de especialidad. El legislador ha decidido que cuando el blanqueo de capitales de bienes ilícitos se realice respecto de delitos que atacan el patrimonio o el orden socioeconómico, la punibilidad que rige es la del art. 298 CP. El legislador ha considerado necesario segregar de un tipo penal formulado en términos relativamente

generales, algunos grupos de casos que muestran un contenido de ilícito o de culpabilidad esencialmente distinto, regulándolos de modo autónomo. El legislador ha querido delimitar de la constelación de supuestos de blanqueo de bienes, aquellos que proceden de un delito patrimonial o económico, porque el contenido de ilícito es radicalmente distinto. El art. 301 CP debe estar reservado para el blanqueo de bienes cuyos delitos previos constituyan los más graves ataques contra el ordenamiento jurídico y que a su vez, constituyan formas delictivas con una gran capacidad para generar rendimientos económicos: tráfico de drogas, tráfico de armas, trata de seres humanos, tráfico de órganos, etc. El delito de receptación del art. 298 CP ha reservado para sí los supuestos en los que los bienes provengan de un delito patrimonial o económico; el contenido de injusto es distinto, de eso no hay duda. Por tal razón, la regulación específica tiene precisamente el objetivo de excluir la ley general, y, por tanto, debe tener carácter preferente.

A partir de todas estas soluciones estamos en condiciones de cumplir con la finalidad perseguida por esta segunda parte de la investigación. Mostrar que los supuestos del mulero o *phisher mule* son punibles porque son supuestos de receptación y no porque se trate de supuestos de blanqueo imprudente. El próximo apartado servirá para aplicar las conclusiones alcanzadas por esta investigación.

V. EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO O *PHISHER MULE* PUNIBLE COMO RECEPCIÓN Y NO COMO BLANQUEO IMPRUDENTE

Hemos escogido de entre las diferentes sentencias del Tribunal Supremo en materia de blanqueo de capitales, varias en las que el problema fundamental se encuentra referido al ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales, el delito de receptación y el delito de estafa informática, este último un delito patrimonial. La circunstancia de que se discuta si es un delito patrimonial ayuda mucho para la explicación de lo que aquí se sostiene, lo veremos luego. De este modo, a nivel jurisprudencial en estos supuestos, se discute sobre la calificación del delito, entre un delito de blanqueo de capitales (imprudente) y la participación en el delito (previo) de estafa informática. Las razones por las cuales he decidido escoger estos supuestos están referidos a varias finalidades: a) la metodología problemática de la que esta tesis hace uso para exponer sus resultados; y, b) una exposición de contenidos comprensible y esquemática de los problemas que se resuelven. Esta última finalidad nos permitirá conducir la solución de todos los problemas que la tesis resuelve de modo ordenado. Explicar la postura que aquí se adopta para solucionar el problema de la delimitación del ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales y el delito de receptación: delimitación que surge de una interpretación sistemática y teleológica que conecta con razones de política criminal.

1. EL PROBLEMA: ¿EN QUÉ TIPO PENAL SE DEBE ENCAJAR EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO O *PHISHER-MULE*?

En la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre, se reclama contra la sentencia que condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave. Todo gira alrededor de un comportamiento fraudulento que tiene su inicio en el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la *web*, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática (banca on line) a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta

de la original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. El autor *pesca* (phishing) las claves bancarias, que permiten el acceso a las cuentas del incauto para poder realizar una disposición patrimonial no autorizada. En los antecedentes de la antes referida sentencia, que resuelve un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palencia de fecha 3 de noviembre de 2011, por delitos de estafa y blanqueo de capitales, se mencionan como hechos probados (que interesan para el desarrollo de este apartado) los siguientes:

a) Que la entidad denominada Colon Collection, mediante el envío de correos electrónicos y bajo la apariencia de actuar como una entidad bancaria y utilizando un falso duplicado de su página web, obtuvo de forma encubierta e ilegítima y sin consentimiento alguno de su titular, la clave de su cuenta bancaria;

b) Con las claves fraudulentamente obtenidas, ingresaron a la cuenta vía web, retirando después de la cuenta online las cantidades de dinero;

c) Que la acusada recibió en su cuenta de correo electrónico una propuesta laboral, en la que se indicaba que necesitaban representantes en España para recibir pagos de clientes y proveedores, siendo requisito fundamental para trabajar ser operador de un computador personal. Los deberes y responsabilidades que el empleado asumía con la empresa eran, entre otros, la suma y transmisión de órdenes de clientes asignados del área a las jefaturas de la compañía y la suma de pagos en órdenes satisfechas de clientes asignados del área a la cuenta bancaria del empleado y de su transferencia a las jefaturas de la compañía o a otra cuenta bancaria señalada. Las transacciones del dinero se deben conducir a través de Western Unión. Como salario a recibir por el empleado, en dicho contrato se dice que, recibirá 250 euros libres de gastos e impuestos por cada operación satisfactoria, pagados el mismo día de trabajo en forma y tiempo;

d) Aceptando la propuesta de trabajo, se afirma que la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió a aperturar la cuenta corriente. El día 17 de mayo de 2007, recibió una llamada telefónica en nombre de la empresa contratante, mediante la que se le comunicó que se iba a realizar una primera transferencia. Ese mismo día, la acusada recibió en su cuenta corriente una transferencia por importe de 3.074 euros, procedentes de la cuenta bancaria cuyas claves fueron fraudulentamente obtenidas, luego procedió a retirar esa misma cantidad en la ventanilla del banco citado y a remitir a Moldavia la cantidad de 2.630 euros a favor de Gracia, a través de Western Union, quedándose ella con una comisión de 350 euros.

Luego bajo el mismo procedimiento, se realizaron otras dos transferencias adicionales por importe de 3.126,43 y 2.849,12 euros, procedentes de la misma cuenta bancaria cuyas claves fueron fraudulentamente obtenidas. Volviendo a retirar el dinero, y a enviar por Western Union a la cantidad de 2.509,50 y 2.778 euros quedándose con la cuantía de 688,05 euros en concepto de comisión.

Se señala que la Audiencia condenó a la acusada como autora responsable de un delito de blanqueo de capitales (por imprudencia) a la pena de quince meses de prisión y multa de diez mil euros (10.000 euros), con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión.

El recurso de casación fue planteado por la representación legal de la acusación particular de la entidad bancaria (Banesto S.A.), y lo realiza entre otros motivos, por infracción de ley por aplicación indebida del art. 301.1 y 3 del CP, y por inaplicación de los arts. 248.2, 249 y 74 del mismo texto legal. En efecto, dice el Tribunal Supremo que, del recurso de casación, se deduce que para la acusación particular *“los hechos, tal y como han sido descritos,*

deberían ser subsumidos en el tipo de la estafa informática previsto en el art. 248.2 del CP, en el que se castiga a aquellos que "... con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro". Con cita de la jurisprudencia de esta Sala -SSTS 12 de junio de 2007 y 16 de marzo de 2009-, considera que el conocimiento puntual que la acusada Leticia tenía de su participación en los hechos, le hacía cooperadora necesaria de un plan estratégico en el que su colaboración resultaba indispensable para una defraudación a gran escala, valiéndose de las posibilidades tecnológicas que ofrecen Internet y las comunicaciones telemáticas. Ella sabía, al fin y al cabo, el dinero que pasaba por sus manos, habiendo reconocido en el juicio que todo le pareció un poco "raro". Haciendo suyas las palabras de esta misma Sala en el primero de los precedentes apuntados, concluye que "... se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta".

Sin embargo, el Tribunal Supremo no acoge el motivo y lo desestima argumentando en el fundamento jurídico segundo, numeral 5, literal B, *"que el estado actual de la jurisprudencia del TEDH y del TC, descartan la posibilidad al alcance del Tribunal Supremo de convertir lo imprudente en doloso y hacerlo, además, por la vía del art. 849.1 de la LECrim y sin oír al encausado"*. Más, los hechos en sí, son importantes para entender la cuestión que en este apartado se plantea, porque parece que el Tribunal Supremo piensa que la calificación realizada por el tribunal *a quo*, ha sido errónea. Así, el Tribunal Supremo afirma que *"el juicio histórico, es cierto, describe dos secuencias claramente diferenciadas"*, por un lado se declara probado la obtención fraudulenta de las claves de acceso a la cuenta bancaria; y por otro, un acuerdo o contrato de trabajo por el que la acusada, a cambio de *"un porcentaje de dinero"*, una comisión, abriría *"una cuenta corriente a la que le serían remitidas distintas remesas"* de dinero, luego de lo cual las extraería para

“girarlas, a través de Western Union a personas residentes en el extranjero”. Así, la acusada “recibió tres transferencias por importe respectivo de 3.074, 3.126,43 y 2.849,12 euros. Una vez obtenidas esas cantidades, fueron transferidas”.

Pero lo fundamental para entender la opinión del Tribunal Supremo es la siguiente afirmación: *“esa doble secuencia, si bien se mira, forma parte de una estrategia única. Se trata de obtener dinero mediante el fraudulento acceso a las claves bancarias de confiados usuarios de Internet y, a partir de ahí, buscar una fórmula que permita colocar esos remanentes dinerarios en un país seguro, a nombre de personas de difícil identificación por los agentes de policía del Estado en cuyo territorio se efectúan el acceso in consentido a las cuentas de la víctima y las transferencias a terceros países. Estamos, por tanto, en presencia de una actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática -banca on line- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad.”* Y califica la conducta, en el sentido en que habitualmente la doctrina lo hace respecto de la estafa informática cuando afirma que *“de forma gráfica se dice que el autor “pesca los datos protegidos” -de ahí la denominación phishing-, que permiten el libre acceso a las cuentas de los particulares y, a partir de ahí, el desapoderamiento”.*

De los hechos probados en la sentencia que estamos analizando, se dan tres momentos o secuencias muy diferenciados entre sí: 1) el primero, consiste en la obtención fraudulenta de claves; 2) el segundo, en la ejecución o realización de la disposición patrimonial no consentida; y, 3) una nueva disposición patrimonial, mediante el retiro y envío de dinero al exterior. No queda duda que de las referidas *secuencias* históricas, entre la primera y la segunda, encajan de manera perfecta con el tipo penal del art. 248.2.a, con lo que cabe una pregunta: ¿se requiere que para la configuración del tipo penal de

la estafa informática del art. 248.2.a, se realice otra transferencia distinta de la no consentida por el titular del activo patrimonial? o mejor, ¿el tipo penal del art. 248.2.a, se alcanza con la transferencia (no consentida) de cualquier activo patrimonial? En los hechos probados de la sentencia analizada existen dos transferencias: la primera es la realizada por quien obtiene ilegalmente las claves bancarias a favor de quien realiza la segunda transferencia. Entonces, ¿cuándo queda colmado el tipo?, ¿con la primera transferencia o con las dos? Responder esta cuestión es fundamental, porque si delimitamos el tipo penal de la estafa informática, podremos saber cuándo una persona podrá ser imputada como autor o partícipe en el ámbito de este delito.

2. PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS DE LA ESTAFA INFORMÁTICA: ¿QUÉ ES EL *PHISHING*?

Importante será, aclarar brevemente qué es el *phishing*⁸⁵⁶ como modalidad delictiva. Así, diremos primeramente que es una expresión utilizada para identificar a la compleja manifestación delictiva de fraude bancario⁸⁵⁷. Una forma delictiva caracterizada por el uso de la tecnología informática, de este modo, nos encontramos ante un nuevo y moderno fenómeno

⁸⁵⁶ Esta investigación, no intenta resolver todo el problema de la delincuencia patrimonial asociada modalidades tecnológicas, sino simplemente entender el fenómeno en su conjunto, y en lo que atañe a la solución propuesta de los hechos puestos a conocimiento del TS, por lo que tan sólo nos limitaremos a explicar directamente qué se entiende por la modalidad delictiva *phishing*, para saber si es acorde con las construcciones doctrinales, la solución jurisprudencial y la nuestra. De todas maneras, sobre esta cuestión, se ha revisado entre otra mucha, la siguiente bibliografía: CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Fraude informático y estafa por computación», en *CDJ*, núm. 10, 2001; FERNÁNDEZ TERUELO, J.: «Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de red», en *RDPC*, núm. 19, 2007; VELASCO NÚÑEZ, E.: «Fraudes informáticos en Red: del *phishing* al *pharming*», en *La Ley*, núm. 37, año IV, abril 2007; FARALDO CABANA, P.: *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; FLOR, R.: «Phishing y delitos relacionados con el fraude de identidad: un World Wide Problem en el World Wide», en *Robo de identidad y protección de datos*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010; FLORES PRADA, I.: *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; MIRÓ LLINARES, F.: *El cibercrimen*, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012; MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal al cibercrimen. Especial atención a la responsabilidad penal de los muleros del *phishing*», en *RECPC*, 15-12, 2013; FLORES MENDOZA, F.: «Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de *phishing* bancario», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

⁸⁵⁷ FLORES MENDOZA, F.: «Respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 302.

delincuencial⁸⁵⁸. Un sector de la doctrina sostiene que se desarrolla en tres fases⁸⁵⁹: a) la primera tiene por objeto la obtención ilícita de datos confidenciales para el control de las cuentas bancarias de los sujetos pasivos del delito mediante diversas modalidades⁸⁶⁰; b) la segunda fase, consiste en el traspaso o transferencia patrimonial en línea a otras cuentas bancarias, mediante el no consentido uso de las claves obtenidas ilícitamente; y, c) la tercera fase consiste en el retiro inmediato de las cantidades transferidas y su posterior envío, a través de sociedades dedicadas al envío y recepción de dinero, generalmente hacia otros Estados⁸⁶¹.

Detengámonos un poco en el análisis de la conducta típica del art. 248.2.a CP, que contiene la denominada estafa informática y que tendría en su ámbito de aplicación los comportamientos típicos de *phishing*, para reconocer o descartar estos tres momentos o fases del fenómeno. Así, el tipo establece que *“los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”*. Así, en general, se ha interpretado que los elementos del delito son semejantes a los del delito de estafa⁸⁶². De este modo: a) se requiere un concreto ánimo de lucro; b) la

⁸⁵⁸ FLOR, R.: «Phishing y delitos relacionados...», *ob. cit.*, pág. 77.

⁸⁵⁹ Por todos, FLORES MENDOZA, F.: «Respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 303 y ss.

⁸⁶⁰ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 9 y ss. Entre las modalidades se encuentran: a) el phishing (deriva del verbo en inglés pescar, conjugado en presente progresivo *ishing* -pescando-), que es la que da nombre a todo el fenómeno delictivo, consiste en el envío masivo e indiscriminado de correos a usuarios de la red solicitando las claves y números secretos de cuentas bancarias, tarjetas, etc., aparentando proceder de bancos, cajas de ahorro u organismos oficiales, y alegando motivos de seguridad, mantenimiento, mejora del servicio, etc.; b) el pharming (deriva del sustantivo en inglés granja -farm-) más sofisticada y peligrosa, mediante esta técnica se utiliza la Red para acceder al servidor *Domain Name System* DNS y modificar las direcciones *uniform resource locator* URL e *Internet Protocol* IPs ahí contenidas, para modificar la configuración del servidor DNS del sistema, alterando las direcciones URL e IPs contenidas en el archivo hosts o alterando la configuración DNS del sistema, dirigiéndolo a un servidor DNS controlado por los atacantes. Así se dirige a la víctima a páginas electrónicas falsas, creadas expresamente por los delincuentes, en las que aquélla dejara constancia de sus claves de acceso y de operaciones electrónicas.

⁸⁶¹ Sobre las fases, POVEDA RODA, M., «Descripción y “modus operandi” en la realización de fraudes mediante internet», en *Fraude electrónico: entidades financieras y usuarios de banca. Problemas y soluciones*, coord. SANCHÍS, C., edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 80 y ss.

⁸⁶² GONZÁLEZ RUS, J.: «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», en *RECPC*, 14 de enero de 1999 (sin paginación).

manipulación informática o el artificio semejante, equivale (en sentido funcional y no material) al engaño bastante y al error⁸⁶³; y, c) la transferencia no consentida es el acto de disposición que provoca el perjuicio para otro. Sin olvidarnos de la necesaria relación causal entre la manipulación informática, la transferencia electrónica y el perjuicio. La referencia a *alguna manipulación informática o artificio semejante* es capaz de acoger todos los casos posibles mediante los que se efectúa una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de otro y ha sido definida por el Tribunal Supremo como la actuación de la maquina informática que se explica *por los impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos*⁸⁶⁴. Así, manipular significaría usar o utilizar un sistema informático, sin embargo, el riesgo típico no se concreta en el mero uso del sistema, sino en que su utilización se hace para lograr una disposición (transferencia no autorizada) patrimonial. Por otro lado, la referencia a una *transferencia no consentida*, deberá entenderse como orden de cargo realizada sobre activos patrimoniales ajenos sin que exista derecho alguno para realizar tal disposición⁸⁶⁵, por lo que no se podrá interpretar lo no consentido como si se tratase de la existencia de un acto concreto de voluntad contrario a la transferencia, simplemente porque fácticamente no existirá, lo importante es determinar que la transferencia realizada por el sujeto activo o un tercero, es una transferencia o disposición patrimonial no autorizada.

⁸⁶³ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 12 y 29. Contrario a aceptar como necesario una equiparación material de la manipulación informática al engaño de la estafa, sino que más bien la manipulación informática o el artificio semejante, se convierten en una fórmula amplia que permite integrar en el ámbito típico de la estafa informática, cualquier transferencia patrimonial que se haya obtenido mediante la utilización de técnicas o sistemas informáticos.

⁸⁶⁴ Revisar las sentencias del TS núm. 2175/2001, de 20 de noviembre de 2001; y, núm. 692/2006, de 26 de junio de 2006. Sobre la interpretación de este elemento del tipo, véase, por ejemplo: MATA Y MARTÍN, R.: *Delincuencia informática y Derecho penal*, edit. Edisofer, Madrid, 2001, pág. 45 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A.: «El robo de identidad: aproximación a una nueva y difusa conducta», en *Robo de identidad y protección de datos*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 175-176.

⁸⁶⁵ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 13 y 29. No se exige que sea el propio sujeto pasivo el que realice el acto de disposición patrimonial, sino que, más bien a la inversa, debe ser el propio sujeto activo el que transfiera dinero a su cuenta.

3. EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO PUNIBLE DESDE LA ESTAFA INFORMÁTICA: UNA TESIS JURISPRUDENCIAL

Ahora, ya para resolver la cuestión planteada sobre ¿cuándo queda colmado el tipo, con la primera transferencia o disposición patrimonial o con la segunda?, debemos advertir que, si seguimos el criterio de una determinada jurisprudencia que, en varias sentencias tanto a nivel de Audiencias Provinciales como del propio Tribunal Supremo, se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo. Así, el injusto no ha sido cubierto hasta que intervenga la conducta del mulero por eso una de las sentencias que en las páginas siguientes citaremos llega a afirmar que el comportamiento del mulero se debe entender como *“una conducta integradora de la acción típica descrita en el art. 248.2 del Código Penal”*.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo 556/2009 de 16 de marzo, que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, que condena a una mujer como autora de un delito consumado de estafa, ante la alegación de que la imputada no podría ser considerada autora o inductora de un delito de estafa puesto que quien ideó, puso en marcha y ejecutó el plan delictivo fue un tercero, y tampoco cooperadora necesaria, pues no participó en el mecanismo por el que se consiguieron las claves de acceso bancarias, que permitieron el posterior acceso a las cuentas para realizar la disposición patrimonial no autorizada, y sostiene que *“aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta una participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante”*, por lo que debe inferirse que el comportamiento del mulero es típico de la estafa informática, porque de no concretarse aquel, no se configuraría el tipo. Por nuestra parte, nosotros diremos que se observan varios defectos. Aquí, el juzgador, por una parte, no supo dilucidar adecuadamente la diferenciación

entre los distintos tipos estafa, la estafa tradicional y la estafa informática, ya vigente al momento de la resolución y, por otro lado, tampoco supo determinar cuándo o bajo qué circunstancias se completa el tipo penal de la estafa tradicional o informática o lo que es peor, agrega al tipo de manera arbitraria un comportamiento que el tipo no exige para su configuración, con la intención o finalidad de imputar y no dejar impune lo que a su juicio debe castigarse. Porque, aun en el supuesto de que no contara con más tipo penal que el 248.1 CP, es difícil sostener que la conducta de la condenada era un supuesto de estafa continuada⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶ Una cuestión a destacar de estos tipos de comportamientos que deberá ser observada en los supuestos en los que quepa, es la referida a la adecuada determinación del aporte de la víctima. Son casos en los que también se observa cierto "descuido" de la víctima, y en los que tendrá que determinarse si se debe el resultado en exclusiva al comportamiento del autor. Considero que es una cuestión interesante que debe estudiarse de manera autónoma. Sin embargo, es preciso anotar que la doctrina sí se ha encargado de establecer los contornos de este concreto criterio de imputación. Revisar al respecto entre otros, JAKOBS, G.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 288 y ss.; CANCIO MELIÁ, M.: «Conducta de la víctima e imputación objetiva», en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, núm. 42, 1997, pág. 31-48; CANCIO MELIÁ, M.: «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")», en *Revista de derecho penal y criminología ICADE*, núm. 2, 1998, pág. 49-100; CANCIO MELIÁ, M.: *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 19, 145 y ss., 177 y ss., 254 y ss., *passim*; TAMARIT SUMALLA, J.: *La víctima en derecho penal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 34 y ss., 75 y ss., 99 y ss., *passim*; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 158 y ss., 290 y ss., 324 y ss., *passim*; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, núm. 5, 2000, pág. 290 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 243 y ss., 271 y ss., 277, *passim*; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *Estudios Penales en Recuerdo del PROFESOR RUIZ ANTÓN*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 431-457; SALVADOR CODERCH, P., GAROUPA, N., GÓMEZ LIGÜERRE, C.: «El círculo de responsables (La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva)», en *InDret*, octubre de 2005, pág. 23 y ss., este trabajo es interesante e importante porque es una propuesta para el ámbito de la responsabilidad civil; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Imputación objetiva y conducta de la víctima», en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, pág. 733 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva», en *CDJ*, núm. 7, 2006, pág. 93-108; MACHADO RODRÍGUEZ, C.: «La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)», en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 31, núm. 90, 2010, pág. 96 y ss.; MACHADO RODRÍGUEZ, C.: «El consentimiento en materia penal», en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 33, núm. 95, 2012, pág. 45 y ss.; ROXIN, C.: «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida (Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal)», en *InDret*, Barcelona, enero de 2013, pág. 14 y ss.; MIR PUIG, S.: «Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, pág. 17 y ss.

Otro ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de junio, en la que se dice: “*consta que recibieron cada uno en sus cuentas... diversas transferencia por importantes cantidades*”, más de 250.000 euros, “*habiendo dispuesto de gran parte de ese dinero, estando acreditada en la prueba practicada, la realidad de la transferencia, el envío a ellos como titulares de las cuentas <favorecidas> de los correspondientes extractos bancarios de los movimientos y demás variaciones de tales cuentas*”, por lo que se puede afirmar, “*tuvieron un conocimiento puntual del dinero que pasaba por sus cuentas y del que disponían íntegramente, bien fuese para ellos mismos, bien para entregar a un tercero*”. Así, “*vía prueba de indicios se puede... concluir que ellos estaban al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a ellos se refería se concretaba en: a) apertura de cuenta, b) recepción de transferencias por personas desconocidas, c) origen de tales fondos de auténticas cuentas de otros titulares a los que personas desconocidas, en Estados Unidos habían accedido mediante el acceso fraudulento de las claves necesarias, hecho que ha quedado acreditado en la denuncia inicial y declaración de los representantes del banco y d) otro dato a tener en cuenta es la <explicación> dada por los otros condenados por una operativa idéntica, explicación que consistía en cobrar una cantidad por este <servicio> entregando el resto a otras personas desconocidas. [...] En esta situación construir un juicio de inferencia que partiendo de estos hechos acreditados permite arribar a la conclusión de que los recurrentes participaron y estaban al corriente, en lo necesario, de todo el operativo, es conclusión que en este control casacional se ofrece como plausible, que fluye por sí sola de los indicios expuestos y que no es contraria a las máximas de experiencia no siendo arbitraria*”; por lo que, cabe preguntar si para el tribunal y cierta doctrina que asume esto como forma plausible de explicar estos problemas jurídico-penales, ¿la dificultad de dilucidar la cuestión de la imputación por la estafa informática, vendría entonces dada, por la posibilidad de que estas personas que realizan la segunda transferencia, la doctrina los denomina muleros o *phisher-mule*, puedan ser o no parte de la organización criminal que realiza las primeras dos fases? En caso de que se pruebe o infiera mediante indicios que esto es así, ¿eso configura el tipo penal de estafa

(informática)? Porque cuando se verifique la *asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas*, ¿existe también de parte de quienes *conocen* sin realizar comportamiento alguno referido a esta conducta, también responsabilidad por estafa patrimonial?

La tesis del Tribunal Supremo en esta sentencia es que, si se comprueba aquello, es indudable que los sujetos se comportaron típicamente en el sentido del art. 248 CP (y también del actual art. 248.2.a CP). Porque la sentencia *a quo*, condenó como cooperadores necesarios de un delito continuado de estafa según los arts. 248.2, 250.6º y 74 CP y el Tribunal Supremo lo confirmó rechazando la casación, esta decisión es fundamental porque es la base de la aplicación general (aunque no total) de este tipo de supuestos en los demás casos conocidos por los diferentes tribunales españoles.

Pero la sentencia del Tribunal Supremo 533/2007, da un paso por delante y sostiene que, aunque “*se argumenta que los recurrentes no conocían el resto de la red de implicados*”, esto es indiferente a efectos del tipo del art. 248, porque “*no le era necesario ese conocimiento*” sin embargo, aunque se afirme que no era necesario este conocimiento, y es este uno de los fundamentos para argumentar sobre el dolo, la afirmación carece de sentido o tiene un sentido contrario al que en efecto el juzgador otorga a tal conocimiento. Pero, lo más importante de toda la antijurídica decisión se observa cuando añade que sobre la inexistencia del engaño alegado que “*dada la estructura de la estafa informática..., no es preciso la concurrencia de engaño alguno por el estafador*”, así, “*la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal*”, expresiones y definiciones que son un avance interpretativo sobre lo que se debe entender por la estafa informática y en general pueden ser plausibles y también discutibles si se quiere, sin embargo, lo que definitivamente es censurable es que a pesar de definir en el sentido expuesto, en qué consiste la estafa informática, y ante la ausencia de comprobación respecto de los imputados de *la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas*, el Tribunal Supremo,

mantiene la condena. Esto es censurable porque en efecto, los imputados no realizan la disposición patrimonial no autorizada, no existe por parte de los condenados el comportamiento típico o un comportamiento que realice el riesgo prohibido, porque cuando ellos disponen de los bienes-efectos, del dinero, ya se había configurado el tipo penal de la estafa informática. Nuevamente, nos encontramos con la dificultad del juzgador para determinar adecuadamente cuándo se ve colmado el tipo de la estafa informática, si con la transferencia mediante el uso de las claves previamente obtenidas de modo fraudulento o si se requiere que se realice una segunda disposición por terceros ajenos o no a los primeros comportamientos.

Considero incluso que en determinadas decisiones está implícito un razonamiento que en otras resoluciones se muestra explícito, sobre una toma de postura interpretativa de estas cuestiones, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia núm. 355/2006, de 9 de mayo de 2006, condenó como autor de un delito de estafa informática a un sujeto que abrió a su nombre cuatro diferentes cuentas bancarias desde las que transfería el dinero que recibía fruto del *phishing*, y razona el tribunal que *“la conducta típica no se agota en el descubrimiento de las claves que identifican al cliente y en su utilización haciéndose pasar por tal, sino que también es preciso disponer de cuentas a beneficio de las cuales ordenar las transferencias, de manera que posibilite el cobro del importe defraudado”*. Desde esta explícita perspectiva o toma de postura, se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo, el injusto no ha sido cubierto hasta la conducta del mulero por eso la sentencia afirma que este comportamiento se debe entender como *“una conducta integradora de la acción típica descrita en el art. 248.2 del Código Penal”*.

4. EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO COMO BLANQUEO DOLOSO O IMPRUDENTE: UNA TESIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Si seguimos el criterio de FLORES MENDOZA, MIRÓ LLINARES, BLANCO CORDERO, entre otros, criterio que parece ser es el escogido por la

jurisprudencia, esta conducta (la primera transferencia) constituye una estafa informática, según el art. 248.2.a CP, que se completa con la actuación de los denominados *muleros* (segunda transferencia), que daría lugar a una responsabilidad por blanqueo de capitales (doloso o imprudente) en concurso real con una estafa informática, esta última a título de participación. Los autores de la estafa informática podrían responder como autores mediatos o inductores del blanqueo de capitales llevado a cabo por los intermediarios o muleros⁸⁶⁷. La utilización no consentida de las claves bancarias constituiría la manipulación informática o, al menos, el artificio semejante a aquella, que vienen exigidos por el tipo penal. Esta postura entiende por manipulación informática o artificio semejante toda maquinación o maniobra, truco o ardid sobre un sistema informático o mecánico que permita un traspaso patrimonial no consentido⁸⁶⁸. Aquí, es preciso siempre tener en cuenta, que no se trata de un concepto equivalente materialmente al engaño de la estafa tradicional sino uno funcional al engaño, de este modo, muy diferente al que la doctrina tradicional sostiene⁸⁶⁹. En general esta discusión tiene como trasfondo la cuestión de si cabe o no la estafa tradicional, en eso no nos introduciremos porque considero que la discusión es estéril dado que la estafa tradicional requiere una disposición patrimonial ejecutada por parte de la víctima, cuando

⁸⁶⁷ FLORES MENDOZA, F.: «Respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 309; FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal del denominado mulero o phisher-mule en los fraudes de banca electrónica», en *Cuadernos de Política Criminal* (110), 2013, pág. 160 y ss.; según, VELASCO NÚÑEZ, «Fraudes informáticos en la red: del phishing al pharming», en *La Ley Penal*, 2007, pág. 62 y ss., la primera fase que se correspondería con la obtención fraudulenta de las claves, sería punible a través de los nuevos tipos del art. 570 bis CP.

⁸⁶⁸ FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal...», *ob. cit.*, pág. 160; también MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 12. Citando ambos, a varios autores que asumen esta interpretación, entre los que destacan: REY RUIDOBRO, «La estafa informática: relevancia penal de phishing y el pharming», en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013, pág. 6; FERNÁNDEZ TERUELO, J.: «Estafas», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., GONZÁLEZ CUSSAC, J., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 280 y ss., sustituyendo su anterior posición; FARALDO CABANA, P.: «Algunas reflexiones sobre las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en *Estudios Jurídicos*, 2009, pág. 88 y ss., entre otros.

⁸⁶⁹ Véase, por ejemplo, ROMEO CASABONA, C.: *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho Penal ante las nuevas tecnologías de la información*, edit. Fundesco, Madrid, 1988, pág. 47; sobre los diferentes conceptos utilizados por la doctrina, MATA Y MARTÍN, R.: «Medios electrónicos de pago y delitos de estafa», en *Los medios electrónicos de pago. Problemas Jurídicos*, dir. MATA Y MARTÍN, R., edit. Comares, Granada, 2007, pág. 343 y ss.

la disposición patrimonial se ejecute, estando los demás elementos del tipo de la estafa presentes, no hay duda, es una estafa.

Así, en lo que respecta al comportamiento del mulero, ellos sostienen que éste debe encajarse en las conductas del art. 301 CP⁸⁷⁰. El comportamiento típico consistiría en transmitir bienes con el conocimiento de su origen delictivo (sobre la discusión de las conductas típicas y si se debe o no enlazar las finalidades de ocultar o encubrir el origen delictivo a ellas o si se deben entender como autónomas, como no repercute en el análisis que en este momento se está realizando, no lo trataré, sin embargo, sugiero revisar lo que sobre esto afirmo en el cap. II, sobre las conductas típicas del blanqueo de capitales además sobre la discusión de en qué comportamientos cabe la imprudencia), por lo que, la conducta del mulero se ajustaría al tipo del art. 301.1 CP, dado que transmite bienes de origen delictivo de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos⁸⁷¹, otra postura entiende que el tipo de blanqueo se configura desde el momento en que se realiza la primera transferencia a favor del mulero, porque *posee* en su poder los bienes de origen delictivo⁸⁷² y susceptible de ser cometido en la modalidad imprudente⁸⁷³. Todo con independencia de que haya participado en el delito de estafa informática (segunda fase) o en el de pertenencia a una organización criminal (primera fase) o en todas.

Esta solución, es compartida por la jurisprudencia, en efecto, la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre, con la que empezamos la discusión de este apartado, condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave y

⁸⁷⁰FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal...», *ob. cit.*, pág. 175; también MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 36 y ss., 42; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 715 y ss.; REY RUIDOBRO, «La estafa informática...», *ob. cit.*, pág. 13 y ss.

⁸⁷¹FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal...», *ob. cit.*, pág. 183, aunque admite la comisión imprudente, se muestra crítica, su fundamento está en que son conductas dolosas; también MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 36 y ss.; REY RUIDOBRO, «La estafa informática...», *ob. cit.*, pág. 13 y ss.

⁸⁷²BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 718.

⁸⁷³BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 718; REY RUIDOBRO, «La estafa informática...», *ob. cit.*, pág. 13 y ss.

lo fundamentan en que aceptando la propuesta de trabajo, *“la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió...”*, a realizar la apertura de la cuenta, en la cual se recibió la transferencia y *“procedió a retirar”* el dinero y a remitirlos al exterior a través de empresas de giro monetario. Así ocurre, también, en forma más explícita, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 263/2010 de 21 de junio, que absuelve del delito de estafa a dos personas que ponen a disposición de un tercero, sus propias cuentas corrientes para que éste, realice unos determinados ingresos de dinero, que luego son transferidos a otras cuentas, percibiendo a tal efecto, una comisión por cada transacción efectuada. La razón que aduce la sentencia radica en que efectivamente, *“los acusados no participan en la manipulación informática, base de dicha defraudación, en ninguna de sus fases porque los actos del mismo consuman el delito cuando se apoderan de las cantidades de dinero de la cuenta del tercero ajeno, de modo que, realmente, los acusados participan en una operación posterior que tiene como base dicho fraude o estafa que ya se ha cometido, porque el perjuicio ya que se ha causado a través del artificio informático, operación que consiste en la ocultación de dicho dinero y su transferencia a un lugar del que no se puede recuperar”*, ahora, una vez rechazada la imputación por el delito de estafa, no se descarta la punición de estos comportamientos, porque en efecto, tampoco es aceptable que los acusados consideren creíble que una empresa otorgue beneficios lícitos de una manera tan extraña a lo que sucede normalmente y necesitando a su vez intermediarios, así, la actitud de los imputados de no *“querer plantearse (con deliberada ignorancia), qué trascendencia puede tener el trabajo realizado ni el origen de las sumas de dinero que van a transferir, y de hecho transfieren, a Kiev”*, debe interpretarse como imprudente y punible porque el resultado es *“que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencias o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo”* desde el tipo del art. 301 CP.

Se ha dicho⁸⁷⁴ en contra de este tipo de resoluciones que la condena por imprudencia resulta cuestionable, porque los indicios generalmente utilizados para la afirmación del dolo al menos eventual, están presentes en estos supuestos: a) elevada comisión (5%-10%) a cambio de tareas burdas y simples (facilitar un número de cuenta corriente y realizar remesas de dinero); b) dudosa necesidad de la actividad laboral (porque puede ser llevada a cabo por quienes realizan la transferencia o por cualquier trabajador de la supuesta sociedad); c) utilización injustificada de medios diversos en la recepción y en el envío del dinero, transferencia bancaria en el primer caso, empresa de envío de dinero en el segundo; d) envío del dinero a países diferentes a aquel en el que se encuentra la sede de la empresa internacional; e) actividad laboral de gestión que no requiere supervisión de operaciones, clientes, etc., sin alta en la Seguridad Social y sin previa selección o entrevista personal; f) puesta a disposición de grandes sumas de dinero a una persona recién contratada; g) precaución del sujeto al abrir una cuenta bancaria destinada exclusivamente a estas operaciones; h) diligencia en el cumplimiento del envío del dinero, siempre en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de la transferencia; i) condición injustificada de que el dinero fuese girado antes de ese plazo al extranjero; etc. Todo un cúmulo de indicios que son indicadores del dolo (al menos eventual) del sujeto activo (la realización de las transferencias de importantes cantidades de dinero sin siquiera preguntarse si tal actividad es o no legal y a cambio de importantes comisiones, parece superar los márgenes del actuar imprudente, pero no llegar al dolo si se entiende como conocimiento y voluntad del hecho típico en este caso⁸⁷⁵), según esta postura, de un delito de blanqueo de capitales, por lo que no se entendería que se aplique el tipo imprudente.

Además, MIRÓ LLINARES sostiene que antes de la reforma al CP del 2010, no era posible interpretar en el ámbito de aplicación del art. 301 CP, las conductas del mulero, entre las razones que se proponían tenemos que el tipo del art. 301, exigía que los bienes que se transmitían tuviesen origen en un

⁸⁷⁴ FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal...», *ob. cit.*, pág. 185-186.

⁸⁷⁵ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 32.

delito, o bien que se realizasen actos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero o para evitar que quien cometiese el delito sufriese las consecuencias jurídicas por ello. Así, lo lógico era entender que el mulero no actúa ni *“para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”*, ni *“para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”*, sino para favorecer la comisión del delito que, sin su intervención, no puede llevarse a cabo⁸⁷⁶. Se propone como ejemplo de este entendimiento lo que se resuelve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 271/2008, de 26 de mayo de 2008, que absuelve del blanqueo de capitales a quien no había sido imputada por delito de estafa informática, arguyendo que *“cuando el precepto indicado (blanqueo de capitales) habla de bienes no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente, sino de aquéllos que tienen su origen en el mismo, poniendo el ejemplo del delito de tráfico de drogas, en el que el bien a blanquear no es la sustancia estupefaciente, sino el dinero o bienes entregados a cambio de aquélla. Y en el caso de autos resulta que estamos ante un tipo de estafa informática denominada phishing en el que el "bien" supuestamente blanqueado es el objeto material del delito, pues el objeto de la estafa es el dinero que recibió la acusada en su cuenta bancaria. Ello determinaría que no pudiera hablarse en el caso de autos de un delito de blanqueo de capitales, sino de un delito de estafa, tal y como estableció la STS 533/2007 de 12 de junio de 2007 que confirmó una sentencia en la que se condenaba como autores de un delito de estafa a varias personas que habían desarrollado una conducta idéntica a la de la acusada en la presente causa”*.

Así, según esta crítica y postura, sólo a partir de la reforma del CP del 2010, mediante la que se modifica el art. 301 del CP, en el sentido de que el tipo penal ya no se refiere al delito sino a la actividad delictiva, de modo que podría entenderse que ya no es necesario que el dinero provenga de un delito consumado, sino que puede provenir de una actividad delictiva en la que también podría estar participando el propio autor del blanqueo. Esta reforma del blanqueo entiende esta postura, modifica la tradicional forma de entender

⁸⁷⁶ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 36.

el objeto material del blanqueo de capitales, y permitiría la punición de los comportamientos del mulero. Así, se concluye que el mulero posee y transmite bienes, y aquello que habría que demostrarse, para la aplicación del tipo doloso, es que el sujeto sabe que el dinero que recibe tiene su origen en una actividad delictiva indeterminada. Ya no sería necesario que el delito del que deriva el dinero estuviese consumado, sino que al referirse ahora el tipo a “*actividad delictiva*” podría entenderse que también hay blanqueo cuando se está transmitiendo una cantidad económica que se está generando por la propia conducta delictiva en la que, además, podría estar implicado el propio autor del blanqueo y se agrega además que en caso de no imputar dicho conocimiento quedaría, además, la posibilidad de sancionar los hechos por el tipo imprudente del art. 301.3.

5. EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO COMO PARTE DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DELITO DE RECEPCIÓN: TESIS DOCTRINAL

Por último, tenemos la opinión de VELASCO NÚÑEZ, para quien, la conducta de los muleros está más cerca del delito de receptación, descartando la posibilidad de incluirla en el ámbito de aplicación del delito de estafa informática. Directamente señala que parece penalmente más correcta la calificación de su conducta como blanqueo, dado que se recepta dinero y no objetos, sin embargo, entiende que esta conducta debe estar subsumida finalmente en la receptación. Las razones que aduce son las siguientes: a) por ser el previo un delito contra el patrimonio; b) el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo; y, c) de manera fundamental, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada que la del blanqueo, a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa⁸⁷⁷. Las críticas que se han planteado a esta posibilidad son las siguientes: a) si se manifiesta que el sujeto ha tenido conocimiento de la comisión de un delito, como exige el tipo, entonces difícilmente podrá decirse que no es cómplice del

⁸⁷⁷ VELASCO NÚÑEZ, E.: «Fraudes informáticos...», *ob. cit.*, pág. 65

mismo, y entonces no habría receptación⁸⁷⁸; b) aparentemente, cuando el mulero actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos de éste; sin embargo, el delito en cuestión no está aún consumado, sino que, precisamente, la recepción por parte del mulero es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial derivado de la disposición patrimonial)⁸⁷⁹.

6. POSICIÓN PERSONAL: EL COMPORTAMIENTO DEL MULERO ES PARTE DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 298 CP

A nuestro juicio, el tipo objetivo de la estafa informática es alcanzado con las dos primeras fases (y en sentido estricto, en la segunda fase, porque en la primera fase, ya se podría imputar por un delito de pertenencia a una organización criminal), porque es ahí en donde se realiza la disposición patrimonial no autorizada a través del uso de claves obtenidas fraudulentamente, en esto existe coincidencia con la tesis de FLORES MENDOZA, MIRÓ LLINARES, REY RUIDROBO, VELASCO NÚÑEZ, BLANCO CORDERO, entre otros, por lo que el comportamiento del mulero o sujeto que realiza la segunda disposición patrimonial, en sentido estricto no es necesario para rellenar el injusto de la estafa informática, el injusto ya está completado. Desde esta perspectiva hay que rechazar la postura que entiende el comportamiento del mulero como parte del ámbito de aplicación del delito de estafa informática⁸⁸⁰. La sentencia 556/2009 de 16 de marzo y muchas otras que juzgan análogamente, son erróneas, porque califican como cooperación necesaria, el comportamiento del mulero, cuando en efecto ese comportamiento no se

⁸⁷⁸ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 33.

⁸⁷⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.: «Derecho penal e Internet...», *ob. cit.*, pág. 39 y 40.

⁸⁸⁰ La sentencia 556/2009 de 16 de marzo afirma que “*aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta una participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante*”.

requiere para producir la tipicidad. El problema está en la inadecuada delimitación de los caracteres diferenciadores de los distintos tipos de estafa y la no determinación de los requisitos que completan el tipo objetivo en la estafa informática⁸⁸¹. Por estas mismas razones, habrá que rechazar aquella postura que entiende que nos encontramos ante un delito de estafa tradicional⁸⁸².

Para nosotros, el comportamiento del mulero o sujeto que realiza la segunda disposición patrimonial, en sentido estricto no es necesario para rellenar el injusto de la estafa informática, el injusto ya está completado, tanto en los supuestos en los que se infiera por parte del *mulero*, un conocimiento (dolo) de la situación antijurídica de la que proceden los bienes-efectos, que incluya una finalidad de aprovechamiento patrimonial (Sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre), y aun en los supuestos en los que se determine que objetivamente pertenecen a la organización que realizan la primera y segunda fase (Sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de

⁸⁸¹ En realidad, de lo que se trata es algo cuya gravedad es mucho mayor, porque, se agrega al tipo de manera arbitraria un comportamiento que el delito no exige para su configuración, con la intención o finalidad de imputar y no dejar impune lo que a su juicio debe castigarse. Porque, aun en el supuesto de que no contara con más tipo penal que el 248.1 CP, en el caso de la sentencia 556/2009 de 16 de marzo es difícil sostener que la conducta de la condenada era un supuesto de estafa continuada. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia núm. 355/2006, de 9 de mayo de 2006, condenó como autor de un delito de estafa informática a un sujeto que abrió a su nombre cuatro diferentes cuentas bancarias desde las que transfería el dinero que recibía fruto del *phishing*, y razona el tribunal que *"la conducta típica no se agota en el descubrimiento de las claves que identifican al cliente y en su utilización haciéndose pasar por tal, sino que también es preciso disponer de cuentas a beneficio de las cuales ordenar las transferencias, de manera que posibilite el cobro del importe defraudado"*. Desde esta explícita perspectiva o toma de postura, se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo, el injusto no ha sido cubierto hasta la conducta del mulero por eso la sentencia afirma que este comportamiento se debe entender como *"una conducta integradora de la acción típica descrita en el art. 248.2 del Código Penal"*.

⁸⁸² Como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de junio, sin embargo, como el tribunal y cierta doctrina asumen esto como forma plausible de explicar estos problemas jurídico-penales, caben las preguntas que hemos formulado previamente. Recordemos las preguntas: ¿la dificultad de dilucidar la cuestión de la imputación por la estafa informática, vendría entonces dada, por la posibilidad de que estas personas que realizan la segunda transferencia, la doctrina los denomina muleros o *phisher-mule*, puedan ser o no parte de la organización criminal que realiza las primeras dos fases? En caso de que se pruebe o infiera mediante indicios que esto es así, ¿eso configura el tipo penal de estafa (informática)? Porque cuando se verifique la *acechancia a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas*, ¿existe también de parte de quienes *conocen* sin realizar comportamiento alguno referido a esta conducta, también responsabilidad por estafa patrimonial?

junio). Son tres distintos comportamientos y que reciben en el ordenamiento jurídico-penal español una respuesta distinta. A partir de aquí es donde surgen las diferencias con los distintos autores. Porque, la cuestión no es argumentar en torno al dolo del sujeto mulero, sino en función del comportamiento desplegado por aquel⁸⁸³, aunque el mulero conozca e incluso quiera que se realice el fraude a través de la estafa informática, este conocimiento y voluntad de que se realice el hecho, no es criterio suficiente para imputar un resultado prohibido, antes de imputar por el tipo subjetivo, es preciso imputar al tipo objetivo la realización de las conductas que describe el tipo, de lo contrario se imputa por conocimientos o intenciones si se quiere, pero no se imputa objetivamente. La conducta del mulero no es punible vía del art. 248.a o incluso de la estafa tradicional, no porque no haya conocimiento, sino porque no realiza el tipo objetivo. Por esta razón, no nos introduciremos en las discusiones que se derivan de entender si existió o no dolo o si basta o no ignorancia deliberada. Si existe dolo o no, es un examen posterior a si existe o no comportamiento típico. Si no existe comportamiento típico no se precisa realizar mayor análisis sobre el tipo subjetivo. Hay que reconocer que así resuelven los tribunales esta cuestión, cosa que es rechazable más en ningún sentido, emulable.

De una u otra manera, hasta aquí, con las previsiones antes señaladas, se coincide con las posturas de FLORES MENDOZA, MIRÓ LLINARES, REY RUIDROBO, BLANCO CORDERO, sin embargo, cuando aquellos asumen que se trata de un delito de blanqueo de capitales, no se han percatado que la prohibición a la que se refiere tanto el art. 298 CP como la del art. 301 CP, se refieren a la misma materia: prohibir la ilícita circulación de bienes-efectos, pero desde diversas estrategias político-criminales, así, cuando se blanquee

⁸⁸³ Así lo hacen FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal...», *ob. cit.*, pág. 168; también MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 36; BLANCO CORDERO, I.: *El delito de...*, *ob. cit.*, pág. 716, quien asume que cuando exista *connivencia* entre mulero y estafadores, debe hacerse responder al primero como partícipe del comportamiento del segundo. Si la *connivencia* es simplemente tolerancia de los comportamientos ajenos, es absurdo que se haga partícipe a alguien de un comportamiento ajeno. La responsabilidad tiene como fundamento un hecho y culpabilidad propios, no ajenos, por lo que se debe rechazar también esta ambigua interpretación.

bienes-efectos y estos provengan de un delito contenido en el título XIII del CP, deberá imputarse conforme a las reglas del art. 298 CP.

Revisemos detalladamente su postura, para ir a la vez construyendo la nuestra. Esta postura afirma que, el comportamiento típico consistiría en transmitir o poseer bienes con el conocimiento de su origen delictivo, por lo que, la conducta del mulero se ajustaría al tipo del art. 301.1 CP, dado que transmite bienes de origen delictivo de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos. Sin embargo, nada obsta para que este comportamiento quede reconducido también a través de la recepción, ayuda u ocultamiento, constantes en el art. 298 CP. *Con lo que incluso, las mismas finalidades se pueden predicar: de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos.* Por lo que hasta aquí, no se define si el comportamiento del mulero es receptación o es blanqueo.

Por otro lado, se sostuvo respecto del blanqueo y se sostiene respecto de la receptación, que antes de la reforma al CP del 2010, no era posible interpretar en el ámbito de aplicación del art. 301 CP, las conductas del mulero, entre las razones que se proponían tenemos que el tipo del art. 301, exigía que los bienes que se transmitían tuviesen *origen en un delito*, o bien que se realizasen actos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero o para evitar que quien cometiese el delito sufriese las consecuencias jurídicas por ello. Así, lo lógico era entender que el mulero no actúa ni *“para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”*, ni *“para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”*, sino para favorecer la comisión del delito que, sin su intervención, no puede llevarse a cabo⁸⁸⁴.

El problema de esta interpretación es precisamente la incapacidad para desligarse del fenómeno de la estafa informática o mejor del *phishing* como fenómeno desde una perspectiva criminológica. El *phishing* en su conjunto,

⁸⁸⁴ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal...», *ob. cit.*, pág. 36.

desde una perspectiva criminológica requiere para lograr su finalidad, cual es obtener beneficio, provecho, utilidad por vías ajenas a lo lícito, efectivamente de que se cumplan con tres fases. El problema es que desde una perspectiva jurídica y jurídico-penal, esto no es muy relevante, el fenómeno y su entendimiento desde la perspectiva criminológica deben ser siempre considerados más su consideración a efectos interpretativos, está limitada o condicionada por lo que establezca el tipo penal que se quiere aplicar a un caso concreto. Así, aunque el comportamiento del mulero desde una perspectiva criminológica es interpretable como necesario para cumplir con la finalidad delictiva, desde la perspectiva jurídico-penal del art. 248.2.a, es innecesaria para configurar el tipo, porque es un comportamiento que excede el tipo objetivo o que el tipo objetivo no lo requiere para configurarse. Aceptar esto es como querer, en el sentido de los elementos subjetivos del injusto, incorporar un determinado elemento al tipo objetivo, lo cual es en toda regla una interpretación no cubierta por el ordenamiento jurídico⁸⁸⁵.

Por otro lado, esto también es consecuencia de una inadecuada argumentación. Es erróneo sostener que, sin la conducta del mulero, sin su intervención, no pueda llevarse a cabo el comportamiento típico de la estafa informática. En el supuesto de que esto sea así, de que efectivamente se es partícipe en un delito previo, tendrá que juzgarse según las reglas del delito previo. Mas esto, no es argumento para descartar que el comportamiento del mulero esté incluido en el ámbito de aplicación del art. 298. La referencia al conocimiento que tenía el imputado en una determinada causa de su actuar que, al ser comparados con la norma jurídica de que se trate, van a ser valorados en la fundamentación jurídica como delito, es una afirmación válida siempre y cuando se haya alcanzado el tipo objetivo⁸⁸⁶. Se imputan conocimientos a un

⁸⁸⁵ Aunque requiere un análisis pormenorizado y mucho más específico, me atrevería a decir que, si se practica por la autoridad correspondiente, el acto ingresa al ámbito de la infracción de deberes para juzgar. En estos casos, el núcleo del comportamiento está en tomar por arbitrio propio la declaración de la ley que sólo corresponde al legislador, de este modo su actuación es crear derecho injusto y por tanto, sería una decisión ilegítima.

⁸⁸⁶ Así, equivocadamente argumenta MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta...», *ob. cit.*, pág. 42.

determinado sujeto cuando con su comportamiento ha superado el riesgo prohibido, de lo contrario se juzgarían intenciones.

También sería erróneo partir de la apreciación de que “*el delito de blanqueo de capitales esté configurado como la tipificación expresa de formas de intervención específica en determinados delitos*”, porque el blanqueo de capitales y la receptación no son formas de intervención específica en un delito previo, son conductas posteriores muy diferenciadas de las anteriores. Es obvio que este autor sigue pensando en la teoría del mantenimiento, así como en la antigua construcción de la receptación como una forma de la participación, cuestión superada por la dogmática y la ley, que han sabido reconocer que son comportamientos distintos. No es de extrañar que, si se parte de esta idea, se sostenga que “*la delimitación entre la responsabilidad por esta figura delictiva y la cooperación necesaria o la complicidad por el*” delito previo, “*vayan a depender únicamente del conocimiento que se pueda atribuir que tiene el sujeto que realiza la concreta aportación*”. El análisis del conocimiento no determina lo objetivo. Aunque es cierto que el dolo de la acción la explica, no se puede analizar si en una determinada acción existe dolo hasta que se compruebe que esa acción es en efecto típica y en este sentido superadora del riesgo. Así, también es errónea la conclusión de que la responsabilidad de los “*muleros del phishing, sea como partícipes de una estafa o como autores de un blanqueo dependerá del conocimiento que se impute que tenía el mulero en el momento de realizar una conducta*”⁸⁸⁷. La responsabilidad jurídico-penal depende primeramente de la imputación objetiva y luego de la subjetiva. Suponer lo contrario, lleva al absurdo de imponer cargas o deberes jurídico-penales inexistentes así, se debe imputar al mulero que conoce, que obra con dolo, aunque no realice comportamiento antijurídico alguno según el art. 248.2.a CP, porque “*permite con su actuar la consumación del delito al no existir disponibilidad sobre el mismo hasta que no se da tal transferencia*”, nos encontraríamos ante una comisión por omisión. También es errónea la afirmación de que “*la intervención del mulero es casi insustituible como forma*

⁸⁸⁷ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta...», *ob. cit.*, pág. 42.

de lograr el perjuicio patrimonial por medio de la estafa informática”⁸⁸⁸, el perjuicio patrimonial ya ha sido configurado desde el momento en que se realiza la primera disposición, porque el injusto se cumple con la disposición patrimonial no consentida. Pensar de otra manera equivale a incorporar en todos aquellos tipos penales en los que el motivo para realizar el tipo sea un aprovechamiento, incluir el comportamiento final que coadyuva a su realización. Un ejemplo burdo, para mostrar que detrás de la naturaleza patrimonial de los tipos penales analizados se esconde una falacia: una persona roba un Picasso valorado en 200 millones de euros, si se sigue los presupuestos de esta teoría, el perjuicio patrimonial no estaría configurado hasta que un tercero adquiriera o reciba el Picasso, y entregue al autor del delito de robo el dinero del Picasso. Jurídico-penalmente el tercero que adquiere o recibe el cuadro del afamado pintor español sería partícipe del delito de robo porque sin su intervención no se habría logrado el perjuicio patrimonial. La argumentación se cae por sí sola.

La solución de este problema está en la interpretación que en esta investigación se realiza de la receptación como un delito autónomo, la original concepción de la receptación y su creación legal en función de aquella ha desaparecido, la receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo y a que el autor del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido, al igual que el delito de blanqueo de capitales, la receptación hoy, según la actual configuración de la sociedad, lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía, con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico. La conducta del mulero es típica según lo que se establece en el art. 298 CP.

Por otro lado, resulta curioso y extraño, que se describa la conducta del mulero de este modo: *“el mulero que recibe importantes ingresos y los transfiere por los medios que le han ordenado, realiza un comportamiento cuyo*

⁸⁸⁸ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta...», *ob. cit.*, pág. 44.

*único sentido social es, a todas luces, hacer posible a otros sujetos, determinados o indeterminados, la consumación final del delito*⁸⁸⁹, y aun a pesar de esto, se sostenga que es una participación en un delito de estafa informática cuando, realmente se describe el comportamiento típico de una receptación: a) recibir un bien-efecto de un delito previo contra el patrimonio; b) no participar en el delito previo; y, c) actuar con ánimo de lucro propio y/o para ayudar a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo.

Por otro lado, sobre la cuestión del objeto material como criterio para limitar la imputación de los comportamientos del mulero vía receptación y/o blanqueo, cuando los bienes a los que se refiere el blanqueo serían los que tienen su origen en el delito, debiendo descartarse aquellos que sean objeto material del delito previo, argumento usado por doctrina⁸⁹⁰ y jurisprudencia, como por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 271/2008, de 26 de mayo de 2008, que absuelve del blanqueo de capitales a quien no había sido imputada por delito de estafa informática, arguyendo que *“cuando el precepto indicado (blanqueo de capitales) habla de bienes no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente, sino de aquéllos que tienen su origen en el mismo, poniendo el ejemplo del delito de tráfico de drogas, en el que el bien a blanquear no es la sustancia estupefaciente, sino el dinero o bienes entregados a cambio de aquélla. Y en el caso de autos resulta que estamos ante un tipo de estafa informática denominada phishing en el que el “bien” supuestamente blanqueado es el objeto material del delito, pues el objeto de la estafa es el dinero que recibió la acusada en su cuenta bancaria. Ello determinaría que no pudiera hablarse en el caso de autos de un delito de blanqueo de capitales, sino de un delito de estafa, tal y como estableció la STS 533/2007 de 12 de junio de 2007 que confirmó una sentencia en la que se condenaba como autores de un delito de estafa a varias personas que habían desarrollado una conducta idéntica a la de la acusada en la presente causa”*. Esta aseveración parte de un error, cual es no diferenciar o entender que se debe apreciar una identidad normativa entre

⁸⁸⁹ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta...», *ob. cit.*, pág. 43.

⁸⁹⁰ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta...», *ob. cit.*, pág. 36.

los conceptos de bienes y efectos en el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales. En este sentido, si por efectos de un delito debe entenderse, cualquier bien (mercancía legal o ilegal en cuanto a su tenencia, posesión, goce y puesta en circulación) obtenido (explicada, causada) mediante el cometimiento de un delito o una actividad delictiva, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o valor de cambio), o sea, que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor, sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito, el objeto material del delito previo, podrá estar incluido siempre que no se trate de aquellos objetos materiales que la conducta típica deja totalmente inalterados, así como aquellos que por su naturaleza no son susceptibles de ser incluido en las actividades de comercio (en general tráfico de bienes y sustancias ilegales: drogas, órganos, armas, etc.). Mas en los casos de estafa informática, el objeto material no queda inalterado, por tanto, es reconducible, por ejemplo, al concepto de efecto o al concepto de ganancia. Porque precisamente el objeto material en la estafa es a su vez la finalidad por la cual el autor decide comportarse típicamente, con lo que esta crítica también queda superada.

Por último, sobre la consideración de los comportamientos como un delito de blanqueo de capitales culposo por imprudencia grave, solución que es acogida y compartida por la jurisprudencia⁸⁹¹, como se ha puesto de manifiesto,

⁸⁹¹ En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre, con la que empezamos la discusión de este apartado, condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave y lo fundamentan en que aceptando la propuesta de trabajo, *“la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió...”*, a realizar la apertura de la cuenta, en la cual se recibió la transferencia y *“procedió a retirar”* el dinero y a remitirlos al exterior a través de empresas de giro monetario. Así ocurre, también, en forma más explícita, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 263/2010 de 21 de junio, que absuelve del delito de estafa a dos personas que ponen a disposición de un tercero, sus propias cuentas corrientes para que éste, realice unos determinados ingresos de dinero, que luego son transferidos a otras cuentas, percibiendo a tal efecto, una comisión por cada transacción efectuada. La razón, aduce la sentencia, radica en que efectivamente, *“los acusados no participan en la manipulación informática, base de dicha defraudación, en ninguna de sus fases porque los actos del mismo consuman el delito cuando se apoderan de las cantidades de dinero de la cuenta del tercero ajeno, de modo que, realmente, los acusados participan en una operación posterior que tiene como base dicho fraude o estafa que ya se ha cometido, porque el perjuicio ya que se ha causado a través del artificio informático, operación que consiste en la ocultación de dicho dinero y su transferencia*

hay voces que se alzan⁸⁹² en contra de este tipo de resoluciones (nos sumamos a estas críticas), porque la condena por imprudencia resulta cuestionable, porque los indicios generalmente utilizados para la afirmación del dolo al menos eventual, están presentes en estos supuestos⁸⁹³. Se trata de todo un cúmulo de indicios que son indicadores del dolo (al menos eventual) del sujeto activo (la realización de las transferencias de importantes cantidades de dinero sin siquiera preguntarse si tal actividad es o no legal y a cambio de importantes comisiones, parece superar los márgenes del actuar imprudente, pero no llegar al dolo si se entiende como conocimiento y voluntad del hecho típico en este caso⁸⁹⁴), según esta criticada y errónea postura, de un delito de blanqueo de capitales, por lo que no se entendería que se aplique el tipo imprudente.

Todo lo que se ha sostenido respecto de que no es factible descartar la imputación del comportamiento de los muleros por la vía del art. 298 CP, sumado a la anterior crítica que entiende que los comportamientos del mulero al menos exigen que se comporte con dolo eventual, nos permiten inferir que, esta conclusión, completa el extremo de que no existe dificultad alguna para

a un lugar del que no se puede recuperar", ahora, una vez rechazada la imputación por el delito de estafa, no se descarta la punición de estos comportamientos, porque en efecto, tampoco es aceptable que los acusados consideren creíble que una empresa otorgue beneficios lícitos de una manera tan extraña a lo que sucede normalmente y necesitando a su vez, intermediarios, así, la actitud de los imputados de no "querer plantearse (con deliberada ignorancia), qué trascendencia puede tener el trabajo realizado ni el origen de las sumas de dinero que van a transferir, y de hecho transfieren, a Kiev", debe interpretarse como imprudente y punible porque el resultado es "que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencias o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo" desde el tipo del art. 301 CP.

⁸⁹² FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal..., *ob. cit.*, pág. 185-186.

⁸⁹³ Recordemos lo que afirmamos al respecto: : a) elevada comisión (5%-10%) a cambio de tareas burdas y simples (facilitar un número de cuenta corriente y realizar remesas de dinero); b) dudosa necesidad de la actividad laboral (porque puede ser llevada a cabo por quienes realizan la transferencia o por cualquier trabajador de la supuesta sociedad); c) utilización injustificada de medios diversos en la recepción y en el envío del dinero, transferencia bancaria en el primer caso, empresa de envío de dinero en el segundo; d) envío del dinero a países diferentes a aquel en el que se encuentra la sede de la empresa internacional; e) actividad laboral de gestión que no requiere supervisión de operaciones, clientes, etc., sin alta en la Seguridad Social y sin previa selección o entrevista personal; f) puesta a disposición de grandes sumas de dinero a una persona recién contratada; g) precaución del sujeto al abrir una cuenta bancaria destinada exclusivamente a estas operaciones; h) diligencia en el cumplimiento del envío del dinero, siempre en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de la transferencia; i) condición injustificada de que el dinero fuese girado antes de ese plazo al extranjero; etc.

⁸⁹⁴ MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal..., *ob. cit.*, pág. 32.

interpretar que hasta este nivel de análisis, las conductas o comportamientos del mulero pueden ser subsumidas tanto en el ámbito de aplicación del art. 298 CP como en el del art. 301 CP en sus modalidades dolosas, entonces, ¿cuál sería el punto de quiebre para afirmar que las conductas del mulero se deben perseguir según lo establecido en el delito de receptación? La postura de VELASCO NÚÑEZ, es un indicio importante de las razones, sin embargo, los resultados de esta parte de la investigación nos dan los argumentos definitivos. En efecto, la conducta de los muleros está más cerca del delito de receptación, descartando la posibilidad de incluirla en el ámbito de aplicación del delito de estafa informática por las razones previamente expuestas. Por otro lado, pareciera más correcto afirmar que son comportamientos de blanqueo según el art. 301 CP, y aquí surge la primera duda de VELASCO NÚÑEZ, porque dado que se recepta dinero y no objetos, se debiera entender el comportamiento como de blanqueo y no de receptación. Sin embargo, ya hemos solucionado este problema mediante la equivalencia normativa entre bienes y efectos de un delito, por lo que bien cabe hablar de receptación de dinero, porque el dinero es un bien, y en el caso de la estafa informática el dinero que es el objeto material del delito, es también o el efecto o si se quiere la ganancia del delito por lo que no es objetable la recepción de dinero para desvincular el ámbito de aplicación del art. 298 CP.

En este sentido, debemos concluir que, nos encontramos ante una receptación porque: a) el delito previo, la estafa informática, es un delito contra el patrimonio; b) el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo; y, c) de manera fundamental, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada que la del blanqueo, a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa, se debe preferir su aplicación⁸⁹⁵. Las críticas que se han planteado a esta posibilidad ya han sido suficientemente superadas porque se refieren al supuesto conocimiento sin comportamiento como argumento para imputar por participación; y, por otro lado, se dice que cuando el mulero actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de

⁸⁹⁵ En sentido parecido, VELASCO NÚÑEZ, E.: «Fraudes informáticos...», *ob. cit.*, pág. 65

los efectos de éste; sin embargo, el delito en cuestión no está aún consumado, sino que, precisamente, la recepción por parte del mulero es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial derivado de la disposición patrimonial). Crítica que también hemos superado al confirmar que con la primera disposición patrimonial se alcanza el tipo, el comportamiento del mulero no agrega nada al tipo objetivo del delito de estafa informática, porque el art. 248.2.a, no requiere otro acto distinto que la disposición patrimonial no consentida.

La solución aquí aportada es corroborada además por los datos empíricos, porque para nosotros el comportamiento del mulero debe resolverse según las reglas del art. 298 CP, porque el delito previo es uno contra el patrimonio. Así, el argumento de la pena a imponer es también importante, porque se comprueba que más del 44 % de las penas impuestas por blanqueo de capitales no superan los dos años llegando a más de 55 % las penas que no superan los tres años⁸⁹⁶. Por lo que, en el ámbito de los comportamientos del mulero, un comportamiento objetivamente menos grave que muchos otros comportamientos que agreden gravemente la lícita circulación de bienes en la economía, el marco penológico del art. 298 CP es mucho más adecuado que el que establece el art. 301 CP. Pero, aunque parezca que la decisión respondería a un capricho sobre qué tipo escoger, porque en efecto, caben a nivel de imputación objetiva y subjetiva tanto en el delito del art. 298 CP como en el del art. 301 CP, el marco penal también es un indicio de que esto no es un antojo interpretativo, sino que está referido a una diferente estrategia político-criminal para proteger a la sociedad en su conjunto de la ilícita circulación de bienes.

Así, en la sentencia propuesta como problema a solucionar, no se debió confirmar la condena como autora responsable a la imputada por un delito de blanqueo de capitales (por imprudencia). La sentencia del Tribunal *a quo* debió primeramente imputar por un delito de receptación. Como no lo hizo, el Tribunal Supremo tuvo que absolver, porque el recurso planteó esta

⁸⁹⁶ Revisar apartado 9.5 sobre las estadísticas jurisprudenciales.

posibilidad. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre⁸⁹⁷, en la que se confirma la condena a un abogado por blanqueo de capitales doloso también se puede apreciar esta solución, porque el delito del cual se originó el dinero blanqueado era un delito de estafa (y cometido fuera de España) por lo que no nos encontramos ante una aplicación del art. 301 CP, sino que se debió aplicar el art. 298 CP, claro que a diferencia de la resolución comentada, aquí no se propuso entender la conducta como una típica según el delito de receptación.

⁸⁹⁷ En la STS 1501/2003 de 19 de diciembre.

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

CONCLUSIONES FINALES Y COROLARIOS

PRIMERA PARTE

A) En función de la construcción del tipo imprudente y sus presupuestos se han analizado determinados supuestos de blanqueo conocidos por el Tribunal Supremo y se ha demostrado respecto de la imputación, que el tipo objetivo del delito de blanqueo imprudente al igual que sucede en el tipo doloso se supera con la creación de un riesgo jurídico desaprobado que se concreta en la introducción en el tráfico de bienes cuyo origen es delictivo. El tipo imprudente de blanqueo no es un tipo menos determinado que el tipo doloso de blanqueo, el autor debe deducir el comportamiento permitido y/o prohibido directamente de la prohibición de causar y no en relación a lo que establezca el juez en cada caso. El art. 301 CP motiva y/o contramotiva la actuación de los destinatarios de la prohibición penal; por esta razón, se puede afirmar que el blanqueo imprudente no es un tipo penal en blanco que requiera una determinación con ayuda de una norma de referencia.

B) Después de comprobar la presencia de un riesgo típico, debe realizarse el examen de la imputación subjetiva. La diferencia entre tipo doloso y tipo culposo de blanqueo de capitales está en el tipo subjetivo. Se debe apreciar imprudencia en un delito de blanqueo de capitales cuando la introducción en el tráfico lícito de bienes de origen delictivo (resultado prohibido del art. 301 CP) es objetivamente imputable al autor porque ha tenido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer sobre la producción de ese riesgo. Es indiferente (porque la ley no realiza ninguna distinción) que la imprudencia sea previsible o no previsible, con

conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionan el comportamiento típico (previsible) o sin conocimiento pleno de las circunstancias previas que condicionarán el comportamiento típico (no previsible). Lo importante está en apreciar que la previsibilidad, los conocimientos previos, estaban referidos al peligro o riesgo de introducción de bienes de origen delictivo en el tráfico lícito, y que, aun así, el sujeto decidió comportarse como se comportó. En esto radica la gravedad de la imprudencia en el blanqueo, en que el sujeto no se interesa en absoluto por lo que se debe inferir de los conocimientos previos, porque resulta obvio que de haberse interesado hubiera inferido que su comportamiento provocaría un resultado típico del art. 301 CP.

C) El tipo doloso de blanqueo se caracteriza porque el sujeto conoce que lo que está realizando es una introducción en la economía de bienes de carácter delictivo, porque los bienes son de origen delictivo. Conoce la acción que realiza, porque sabe que el origen de los bienes introducidos en el tráfico está en un delito, pero precisamente por eso la realiza. Sin embargo, no se debe confundir el conocimiento de la acción con el conocimiento del origen del objeto de la acción. En el tipo doloso parece no ser necesaria esta distinción, sin embargo, en el tipo imprudente es fundamental. La imprudencia en el blanqueo (como en todos los delitos) se podría explicar afirmando que el sujeto no conoce la acción que realiza y tampoco conoce las consecuencias de aquella. Por lo que es fundamental entender que el *sabiendo o a sabiendas* al que se refiere el tipo penal hace referencia a un elemento de la tipicidad objetiva: el origen ilícito de los bienes y no a la entera tipicidad. Tanto en la modalidad dolosa (aunque no interesa mucho su análisis, pero es perfectamente posible su apreciación) como en la imprudente el *sabiendo o a sabiendas* se debe interpretar como *advertir o no-advertir* que, en efecto, el origen de los bienes es ilícito, es delictivo. En la modalidad dolosa, el autor ha advertido con relativa seguridad que el origen de los bienes es delictivo y también conoce que lo que realiza es típico según el art. 301 CP, por eso responde por un delito doloso de blanqueo. En la modalidad imprudente, el autor puede advertir (culpa previsible) o no advertir (culpa no previsible) que el origen de los bienes es

delictivo, sin embargo, la motivación de la conducta no está en la realización de la tipicidad, porque no conoce que lo que realiza es un delito de blanqueo y, sin embargo, debe responder por blanqueo imprudente porque ha superado el riesgo prohibido del art. 301 CP a pesar de la posibilidad de conocer sobre la producción de ese riesgo.

D) En la forma en que se encuentra construido el tipo penal de blanqueo de capitales constituye principalmente una prohibición de no dañar. Un delito que encuentra justificada su punición en la institución negativa *neminem laede* por lo que dentro del rol de persona se incluye como deber uno cuyo cumplimiento repercute en la protección del orden socioeconómico y que se concreta en la incolumidad del tráfico económico y jurídico, exigiendo que el ciudadano común no organice absolutamente nada cuando los bienes sean de origen delictivo. Esto cabe en la modalidad dolosa y la modalidad imprudente. En los delitos de dominio o de organización lo importante será apreciar que el sujeto tiene dominio del hecho. De este modo el art. 301 CP, se articularía del siguiente modo: está prohibido con carácter general para todos los ciudadanos (personas físicas o jurídicas, en este último caso se trataría de un ciudadano empresarial o societario) el blanqueo o legitimación de bienes-efectos cuyo origen se encuentre en una actividad delictiva porque ese hecho en sí provoca o constituye un ataque contra el concreto aspecto del orden económico instituido a través del art. 38 CE y que se concretaría en la lícita circulación de bienes en la economía.

E) En los comportamientos dolosos o imprudentes típicos de blanqueo de capitales en los que el autor del delito sea un sujeto especialmente obligado, el sujeto tiene un deber positivo de protección del bien jurídico que implica no sólo no dañar el bien jurídico, sino que se trata sobre todo de ayudar a garantizar que el mismo, el bien jurídico, no se vea sometido a ataques prohibidos. En estos supuestos, el comportamiento típico doloso o imprudente de blanqueo de capitales es un delito de infracción de deber no positivado. En estos delitos, si el sujeto interviniente en la producción del resultado prohibido es un obligado especial o un garante en virtud de una institución, los delitos de dominio (comunes) se convierten en delitos de infracción de deber. En

consecuencia, independientemente de la importancia que revista su contribución al hecho que produce el resultado (grados de organización o de dominio); el resultado y sus consecuencias jurídicas alcanzan al sujeto especialmente obligado en calidad de autor del hecho, por la infracción del deber positivo que le impone ser garante de una concreta institución. Lo importante no es el tipo codificado: no es trascendental la estructura gramatical que ha servido de soporte para construir el tipo penal como prohibición o como mandato. Lo fundamental es el tipo de interpretación: si en el supuesto concreto nos encontramos ante la infracción del deber negativo o ante la infracción de unos deberes positivos. Siempre que el delito de blanqueo de capitales se configure como consecuencia de la infracción de unos concretos deberes especiales o positivos que tenía a su cargo una determinada persona, se deberá responder como autor. En este nivel da lo mismo que la infracción se realice por acción u omisión. Cabe aclarar, sin embargo, que el art. 301.3 CP no es un tipo penal en blanco que remite de manera implícita a las normas administrativas de prevención del blanqueo de capitales. El sujeto especialmente obligado se encuentra vinculado al tipo penal no porque el art. 301 CP haga punibles las infracciones de los especiales deberes de la normativa de referencia, sino porque de esos especiales deberes, se derivan unos concretos (deberes) respecto de la protección de la incolumidad del tráfico de bienes en la economía. La infracción de estos deberes vinculados estrechamente con la norma de determinación del tipo penal del art. 301 CP (que prohíbe introducir en el tráfico lícito bienes-efectos de procedencia delictiva) es la que produce la tipicidad y la responsabilidad.

SEGUNDA PARTE

F) Hemos revisado y analizado en el marco de la investigación, otros supuestos que la doctrina y el Tribunal Supremo consideran como comportamientos de blanqueo imprudente. Se tratan de los comúnmente denominados comportamientos del mulero o *phisher mule*. Nosotros detectamos que el problema práctico tenía en su base una dificultad material: diferenciar adecuadamente el ámbito de aplicación entre el delito de receptación y el delito de blanqueo de capitales. Hemos tomado como punto de partida (metodológico) para la solución del problema el establecimiento de la prohibición y lo que aquella protege, señalando que, si la norma es idéntica o es subsumible por otro tipo penal, aunque la *ratio legis* sea distinta el objeto de protección será el mismo. Esto es lo que sucede respecto de los delitos de receptación y blanqueo de capitales, porque, aunque las razones de la incriminación han sido muy diferentes y han respondido a momentos culturales distintos; sin embargo, los textos punitivos recogen conductas que son reconducibles a cualquiera de los dos tipos penales, por lo que se puede sostener que ambos tipos penales protegen el mismo bien jurídico. Se trata de una prohibición que indicaría lo siguiente: con carácter general está prohibido respecto de todos los ciudadanos organizar algo cuando esa organización implique la introducción en el tráfico lícito de aquellos bienes cuya procedencia es delictiva. En este sentido, la concreción de la esfera de protección del delito blanqueo de capitales y el delito de receptación la encontramos en la necesidad de mantener indemne el tráfico de bienes, porque sólo garantizando la circulación de capitales (bienes-efectos) cuyas fuentes sean legítimas puede mantenerse el modelo de sistema económico impuesto constitucionalmente. El bien jurídico protegido en los delitos de blanqueo de capitales es el tráfico lícito de bienes. Este es el aspecto del orden socioeconómico que resulta inmediatamente afectado por este tipo de comportamientos.

G) Con estos resultados, emprendimos la tarea delimitadora empezando por la definición y delimitación del concepto de objeto material, porque para nosotros, a partir de una interpretación sistemática y teleológica se desprende

que el delito de receptación tiene un ámbito de aplicación distinto del propio ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales, aunque los dos tipos penales prohíban el blanqueo de bienes cuyo origen sea un delito. La diferenciación no se explica ni por la concreta diferenciación de las conductas típicas, ni por lo distinto del bien jurídico protegido, sino porque se encuentran sistemáticamente delimitados: el delito de receptación se configura para prohibir y limitar el blanqueo de *bienes* que constituyan *efectos* de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y el delito de blanqueo de capitales se configura para prohibir y limitar el blanqueo de *bienes* que procedan de todo delito cuyo ámbito de aplicación no esté comprendido por el delito de receptación. Las pautas directoras de este entendimiento son las siguientes: a) aunque el concepto de bienes sea uno de mayor envergadura, y aunque sea correcta la afirmación de que los *bienes* como concepto contienen dentro de sí a los *efectos* como concepto; desde la perspectiva jurídico-penal desarrollada, también es correcto afirmar que los *bienes* a los que se refiere el tipo penal del art. 301 CP son los *efectos* del delito previo; b) sobre la exigencia de que el autor del delito de receptación no participe en el delito previo: en el ámbito del delito de blanqueo de capitales, el legislador ha reservado este grupo de supuestos para el propio ámbito del delito de blanqueo de capitales; c) sobre la exigencia de que el autor del delito de receptación obre con ánimo de lucro: aunque se sostenga que lo que diferencia al delito de receptación del delito de blanqueo de capitales es el concreto ánimo de lucro propio, lo que sucede es realmente lo contrario, porque el ánimo de lucro en la receptación está incluido en el dolo de la conducta; d) la aplicación jurisprudencial del art. 301 CP corrobora la tesis de la delimitación sistemática, porque se constata que el 94,20% de imputados tiene como fundamento de la imputación, bienes-efectos que provienen del delito de tráfico de drogas que sumado a los otros delitos graves, que no son de aquellos que se encuentran en el título XIII, quedaría un total de 95,38% de delitos que no poseen una naturaleza económica. Con todos estos elementos, se propuso unos criterios para la reforma de *lege ferenda* de los tipos penales de blanqueo de capitales. Por último, e) en relación al concurso aparente de leyes, se dedujo que la relación concursal que existe entre estos delitos es de especialidad. Se constata que el legislador ha decidido que

cuando el blanqueo de capitales de bienes ilícitos se realice respecto de delitos que atacan el patrimonio o el orden socioeconómico, la punibilidad que rige es la del art. 298 CP. El art. 301 CP debe estar reservado para el blanqueo de bienes cuyos delitos previos constituyan los más graves ataques contra el ordenamiento jurídico y que a su vez, constituyan formas delictivas con una gran capacidad para generar rendimientos económicos: tráfico de drogas, tráfico de armas, trata de seres humanos, tráfico de órganos, etc.

H) A partir de estas fundamentaciones, se demuestra que los supuestos del mulero o *phisher mule* son punibles porque son supuestos de receptación y no porque se trate de supuestos de blanqueo imprudente. En este sentido, a nuestro juicio, el tipo objetivo de la estafa informática es alcanzado con las dos primeras fases del *phishing* (y en sentido estricto, en la segunda fase, porque en la primera fase ya se podría imputar por un delito de pertenencia a una organización criminal), porque es ahí en donde se realiza la disposición patrimonial no autorizada a través del uso de las claves obtenidas fraudulentamente, en esto existe coincidencia con la tesis de la doctrina mayoritaria. Por lo que el comportamiento del mulero o sujeto que realiza la segunda disposición patrimonial, en sentido estricto, no es necesario para rellenar el injusto de la estafa informática, el injusto ya está completado. Por otro lado, la cuestión no está en argumentar en torno al dolo del sujeto mulero, sino en función del comportamiento desplegado por aquel, porque aunque el mulero conozca e incluso quiera que se realice el fraude a través de la estafa informática, este conocimiento y voluntad de que se realice no es criterio suficiente para imputar un resultado prohibido, antes de imputar por el tipo subjetivo, es preciso imputar al tipo objetivo la realización de las conductas que describe el tipo, de lo contrario se imputa por conocimientos o intenciones si se quiere, pero no se imputa objetivamente.

Por tanto, la conducta del mulero no es punible mediante el art. 248.a CP o incluso de la estafa tradicional, no porque no haya conocimiento, sino porque no realiza el tipo objetivo. Sobre la discusión de si se trata de un blanqueo imprudente, la doctrina no se ha percatado que la prohibición a la que se refiere tanto el art. 298 CP como la del art. 301 CP, se refieren a la misma

materia: prohibir la circulación de bienes-efectos de origen delictivo, pero desde diversas estrategias político-criminales, así, cuando se blanquee bienes-efectos y estos provengan de un delito contenido en el título XIII del CP, deberá imputarse conforme a las reglas del art. 298 CP. En definitiva, en los casos del mulero o *phisher mule*, nos encontramos ante una receptación porque el delito previo, la estafa informática, es un delito contra el patrimonio; y, además, porque el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo. Además, se corrobora que la penalidad de la receptación es más adecuada, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada (si observamos la del blanqueo) a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa.

**THE CRIME OF MONEY LAUNDERING:
PROBLEMS AROUND RECKLESSNESS AND RECEIVING**

FINAL CONCLUSIONS AND COROLLARIES

FIRST PART

A) Based on the construction of the reckless type and their budget, it has been analyzed certain laundering cases known by the Supreme Court and has been shown regarding the imputation, that the purpose of laundering by recklessness crime, as it happens in intentional crime, is overcome with the creation of a legal risk disapproved as embodied in the introduction in traffic of goods whose origin is criminal. The reckless type of laundering is no less certain type than the intentional type of laundering, the author must deduct the allowable behavior and/or prohibited direct cause of the ban and not in relation to what is established by the judge in each case. The art. 301 CP motivates the performance of recipients of the criminal prohibition; for this reason, it can be said that the reckless laundering is not an empty offense that requires a determination using a reference standard.

B) After checking the presence of a typical risk, the subjective imputation test must be performed. The difference between intentional and negligent type of money laundering is in the subjective type. It should be appreciated recklessness in a crime of money laundering when introducing the legal trade of Criminal Assets (result prohibited Art. 301 CP) is objectively attributable to the author because he had an error on the risk of production despite the opportunity to learn about the production of that risk. It does not matter (because the law makes no distinction) that recklessness is foreseeable or unforeseeable, with full knowledge of previous circumstances that determine the typical behavior (foreseeable) or without full knowledge of the prior circumstances that will affect the typical behavior (not foreseeable). The

important thing is to appreciate that the predictability and prior knowledge were referred to the danger or risk of introduction of criminal assets in the legal trade, and yet the subject decided to behave as he behaved. Herein lies the severity of recklessness in laundering, in which the subject is not interested at all about what to infer from previous knowledge, because it is obvious that becoming interested inferred that his behavior would cause a typical result of art. 301 CP.

C) The intentional type of laundering is characterized in that the subject knows that what he is doing is an introduction to the real economy of a criminal nature, because the goods are of criminal origin. He knows the action he performs, because he knows that the origin of the goods brought in traffic is a crime, but that is exactly why he performs the action. However, it should not be confused knowledge of the action with the knowledge of the origin of the object of the action. In the intentional type this distinction seems to be necessary, however, in the reckless type is essential. Recklessness in laundering (as in all crimes) could be explained by stating that the subject does not know the action he performs, nor know the consequences of that action. So it is crucial to understand that the awareness to which the offense relates, it refers to an element of criminality objective: the illicit origin of the goods and not to the entire criminality. Both intentional mode (although it doesn't matter much it's analysis, but it is perfectly possible it's appreciation) as in the recklessness the awareness should be interpreted as no-notice or warning that indeed the origin of goods is illegal, is criminal. In intentional mode, the author warned in relative safety that the origin of the goods is criminal and he knows that what he does is typical according to art. 301 CP, so accounts for an intentional crime of laundering. In the reckless mode, the author can warn (foreseeable fault) or not warn (no foreseeable fault) that the origin of the goods is criminal, however, the motivation of behavior is not in the realization of criminality, because the subject does not know what makes it a crime of laundering, however, he must answer for reckless laundering because it exceeded the forbidden risk of art. 301 CP despite the opportunity to learn about the production of that risk.

D) On the way is built the money laundering crime constitutes a primarily prohibition of not damage. A crime that is justified their punishment in the negative *neminem laede* institution so in the role of person is included as one of which must comply consequences for the protection of the socio-economic order, which are specified in the sanctity of the economic and legal transactions, requiring ordinary citizens to organize absolutely nothing when the goods are of criminal origin. This mode fits in the intentional mode and in the reckless mode. In crimes domain or organizational, the important thing is to appreciate that the individual has control over the act. Thus art. 301 CP, is articulated as follows: it is forbidden in general for all citizens (natural or legal persons, the latter would be a business or corporate citizen) laundering or legitimization of goods-effects whose origin is in criminal activity because of the act itself causes or constitutes an attack on the particular aspect of the economic order established through art. 38 CE and that would build on the lawful movement of goods in the economy.

E) In typical intentional or reckless behavior of money laundering, in which the offender is a particularly obligor, the subject has a positive duty to protect the legal right which implies not only not too damage it, but to help ensure that the legal right, is not under prohibited attacks. In these cases, the typical intentional or reckless behavior of money laundering is a crime of violation of duty unrevealed. In these crimes, if the involved subject in producing the prohibited result is a special obligation or a guarantor under an institution, crimes domain (common) become a crime of violation of duty. Accordingly, regardless of the importance of their contribution to the fact that produced the result (degree of organization or domain); the outcome and their legal consequences special obligation reach the subject specially forced in author character of the fact, for the violation of positive duty which imposes to be guarantor of a particular institution. What matters is not the encoded type: transcendental is not the grammatical structure that has served to build support as the criminal prohibition or mandate. The key is the type of interpretation: if we are dealing with a violation of a negative duty or a violation of to a positives duty. Provided that the money laundering crime is configured as a result of the

infringement of a particular special or positive duties was responsible for a particular person, it should be responded as an author. At this level it does not matter that the infringement is made by action or omission. It should be noted however, that art. 301.3 CP is not a blank criminal implicitly refers to administrative regulations for the prevention of money laundering manner. The obligor is especially linked to the crime not because the art. CP 301 make punishable the violations of special duties of the reference standards, but because of those special duties, are derived some concrete (duties) concerning the protection of the sanctity of the traffic of goods in the economy. The violation of these duties linked closely with the rule for the offense of art. 301 CP (which prohibits enter the legal trade in goods-effects of criminal origin) is the one that produces the typical and responsibility.

SECOND PART

F) It have been reviewed and analyzed in the framework of the investigation, other cases that the doctrine and the Supreme Court considered reckless behavior laundering. They deal with behaviors commonly known as phisher mule. We detected that the practical problem at its base was a physical difficulty in differentiating between the scope of the crime of receiving and crime of money laundering. We have taken as a starting point (methodological) to solve the problem the establishment of the ban and what that protects, noting that if the rule is identical or subsumed by other criminal even though the *ratio legis* is different, the object of protection will be the same. This is what happens regarding to the offenses of receiving and money laundering, for although the reasons for the indictment have been very different and have responded to different cultural moments; however, punitive texts collect behaviors that are reconcilable to either criminal types, so it can be argued that both offenses protect the same legal asset. This is a ban that would indicate the following: generally, is prohibited on all citizens to organize something when that organization implies introduction into the legal trade of those goods whose provenance is criminal. In this sense, the realization of the sphere of protection of the crime of money laundering and the crime of receiving found in the need to hold harmless goods traffic, because only guaranteeing the movement of capital (goods-effects) whose sources are legitimate you can keep the model of economic system constitutionally imposed. The legally protected in the crimes of money laundering is the legal trade of goods. This is the aspect of socio-economic order that is immediately affected by such behavior.

G) With these results, we set the boundary task starting with the definition and delimitation of the concept of material object, because for us, from a systematic and teleological interpretation, it is shown that the crime of fencing has a scope than the sphere itself of Application of money laundering crime, although the two offenses prohibit the laundering of assets whose origin is a crime. The differentiation cannot be explained either by the specific

differentiation of typical behaviors, nor to the different from legally right protected, but because they are consistently defined: the crime of fencing is configured to prohibit and restrict the laundering of assets constituting effects of a crime against property or socioeconomic order and the crime of money laundering is configured to prohibit and restrict the laundering of assets originating from any crime whose scope is not understood by the crime of receiving. Guidelines directors of this understanding are: a) although the concept of goods is one of the largest, and although it is correct to state that the property as a concept containing within itself the effects as concept; from developed criminal legal perspective, it is also correct to say that the goods to which the offense relates to art. CP 301 are the effects of the predicate offense; b) regarding the requirement that the author of the fencing offense is not involved in the predicate offense: within the scope of the crime of money laundering, the legislature has reserved for this group of cases the scope of the crime of money laundering itself; c) regarding the requirement that the perpetrator of fencing offense act with profit: even if it is hold that what distinguishes the crime of fencing between the crime of money laundering is particularly the profit itself, what happens is really conversely, because the profit in fencing is included on intentional behavior; d) the jurisprudential application of art. 301 CP supports the thesis of systematic delineation, because it is found that 94.20% of defendants has as basis for the imputation goods-effects that come from the crime of drug trafficking in addition to other serious crimes, non- those found in Title XIII, would be a total of 95.38% of crimes that don't have an economic nature. With all these elements, criteria for *lege ferenda* reform of the criminal offenses of money laundering is proposed. Finally, e) in relation to the apparent competition laws, it appeared that the insolvency relationship between these offenses is specialty. It is noted that the legislature has decided that when money laundering of illicit goods is made in relation to offenses that attack the heritage or socioeconomic order, punishable governing is the art. 298 CP. The art. 301 CP must be reserved for the laundering of assets whose previous offenses are the most serious attacks against the law and that in turn constitute criminal forms with a great capacity

to generate economic returns: drug trafficking, arms trafficking, trafficking human beings, trafficking in organs, etc.

H) From these foundations, it is shown that the assumptions of phisher mule are punishable because they are suspected of fencing and not because it is reckless assumptions laundering. In this sense, in our view, the goal of computer fraud type is reached with the first two phases of *phishing* (and strictly speaking, in the second phase, because in the first phase it could impute a crime of belonging to a criminal organization), because that's where the asset is made available through the unauthorized use of keys obtained fraudulently, in that there is agreement with the thesis of the majority doctrine. So the behavior of mule or subject performs the second asset disposal, strictly speaking, it is not necessary to fill the unfairness of computer fraud, unfair is already completed. On the other hand, the question is not to argue about the intention of the subject mule, but in terms of behavior displayed by that, because although the mule know and even want the computer fraud to be performed, this knowledge and will of performing is not a enough criteria to impute about the subjective type, it is necessary to impute the objective of the realization of behaviors that are described by the type, otherwise it is imputed by knowledge or intentions if it is wanted, but it is not imputing objectively.

Therefore, the behavior of mule is not punishable by art. 248.a CP or even traditional scam, not because there isn't knowledge, but because it is not made by the objective type. On the discussion of whether it is a reckless laundering, the doctrine has not realized that the prohibition referred to both art. 298 CP as art. 301 CP, refer to the same subject: prohibiting illicit traffic in goods-effects but from different political-criminal strategies and, when goods-effects are laundered and these come from an offense content in Title XIII of the CP bleach, it should be imputed according to the rules of art. 298 CP. In short, in the phisher mule cases, we are facing a fencing because the predicate offense, the computer fraud is a crime against property; and also because the mule is neither author nor accomplice of the predicate offense. In addition, it is confirmed that the penalty of fencing is appropriate, as the

penalty provided for this offense more (if we observe the laundering) to the less serious mule behavior compared with the author of the scam.

**EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN**

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁZQUEZ, M.: «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, publicado en el Libro-Homenaje a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, coord. URQUIZO, J., 2006.
- ABEL SOUTO, M.: «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español», en *I congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, edit. Tirant lo Blanch, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., Valencia, 2009.
- ABEL SOUTO, M.: «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 79, 2011.
- ABEL SOUTO, M.: «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coord. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, ponencia del congreso celebrado en Barcelona, noviembre de 2010.
- ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, edit. Bosch, Barcelona, 2005.
- ALBALADEJO, M.: *Compendio de Derecho civil*, edit. Edisofer, décimo cuarta ed., Madrid, 2011.
- ALCACER GUIRAO, R.: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, edit. Atelier, Barcelona, 2003.

- ALCALÁ DÍAZ, M.: «La acción individual de responsabilidad frente a los administradores (Comentario a la STS de 21 de mayo de 1992, RJ 1992, 4274)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1993.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Cumplimiento normativo y responsabilidad de la empresa por la comisión de ilícitos por los empleados (I)», en <https://www.derechomercantilesmana.blogspot.com.es>, de 24 de abril de 2013.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», en *InDret*, marzo de 2002.
- ALIAGA MÉNDEZ, J.: «Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información», en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, dir. ZARAGOZA AGUADO J., núm. 28, Madrid, 2000.
- ALIMENA, F.: *La colpa nella teoria generale del reato*, edit. Priulla, Palermo, 1947.
- ALONSO ÁLAMO, M.: «Bien Jurídico Penal: más allá del Constitucionalismo de los Derechos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009.
- ALONSO ESPINOSA, F.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- ALONSO PÉREZ, F., PRIETO ANDRÉS, E., CARRIÓN GUILLÉN, L.: *Manual de Derecho penal para fuerzas y cuerpos de seguridad*, edit. Dykinson, Madrid, 1998.
- ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1990.

- ÁLVAREZ PASTOR, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *Prevención del Blanqueo de Capitales*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Delito de Blanqueo de Capitales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ARIAS HOLGUÍN, P.: *Aspectos Político-Criminales y Dogmáticos del tipo de comisión doloso de Blanqueo de Capitales (Art. 301 CP)*, edit. Iustel, Madrid, 2011.
- ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, edit. Centro de Estudios Constitucionales, edición bilingüe, trad. ARAUJO, M, MARÍAS, J., introducción y notas de MARÍAS, J., Madrid, 1981.
- ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, edit. Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: «Argumentación y legislación», en *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, coords. DÍEZ RIPOLLÉS, J., PRIETO DEL PINO, A., SOTO NAVARRO, S., edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 2005.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, edit. Civitas, Madrid, 1997.
- BACIGALUPO SAGESSE, S.: *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BACIGALUPO SAGESSE, S., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, edit. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en *Curso de Derecho Penal*

Económico, dir. BACIGALUPO ZAPATER, E., edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Problemas actuales del dolo», en *Homenaje al PROF. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.*, coord. ALONSO ÁLAMO, M., edit. Civitas, Madrid, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Derecho penal*, Parte General, edit. Hammurabi, segunda ed., Buenos Aires, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Manual de Derecho Penal*, edit. Temis, Bogotá, 1996.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal*, Parte General, edit. Akal, Madrid, 1998.
- BACIGALUPO, E.: *Lineamientos de la Teoría del Delito*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
- BACIGALUPO, E.: *Teoría y Práctica del Derecho penal*, t. I, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- BADOSA COLL, F.: «Comentarios al art. 1103 CC» en *Comentario del Código Civil*, t. II., dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., edit. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, edit. Ramón Areces, segunda ed., Madrid, 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, edit. Ramón Areces, Madrid, 2001.

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1975.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Concepto de Derecho penal económico», en *Diccionario de Derecho Penal económico*, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., edit. Iustel, Madrid, 2008.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN, Universidad Autónoma de Madrid del 14 al 17 de octubre de 1992, publicado en el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en *Política criminal y blanqueo de capitales*, editores: BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., edit. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en *Homenaje a JUAN DEL ROSAL, Política criminal y reforma penal*, edit. Edersa, Madrid, 1993.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Los delitos de estafa en el Código penal*, edit. Ramón Areces, Madrid, 2004.
- BARATTA, A.: «Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica», en *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985.
- BARRAGÁN, A.: *Derechos reales*, edit. Temis, Bogotá, 1971.
- BAUMAN, J.: *Derecho Procesal Penal*, Conceptos Fundamentales y Principios Procesales, traducción de la tercera edición alemana de 1979 por CONRADO FINZI, edit. Depalma, Buenos Aires, 1986.

- BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, edit. Paidós, Barcelona, 2006.
- BENLLOCH IBARRA, E., TEJEDOR CAMPOMANES, C.: *Filosofía*, edit. Ediciones SM, Madrid, 1966.
- BERMEJO, M., AGUSTINA SANLLEHÍ, J.: «El delito de blanqueo de capitales», en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, edit. La Ley, dir. SILVA SÁNCHEZ, J., Madrid, 2012.
- BERMEJO, M.: *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010.
- *BIBLIA DE JERUSALÉN*, edit. Descleé de Brouwer, Bilbao, 1998.
- BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales, edit. Comares, Granada, 1999.
- BLANCO CORDERO, I.: «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-01, 2011.
- BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, edit. Aranzadi, tercera edición, 2012.
- BLANCO LOZANO, C.: «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en *Comentarios a la legislación penal*, t. XVII, dir. COBO DEL ROSAL, M., coord. BAJO FERNÁNDEZ, M., edit. Edersa, Madrid, 1996.
- BOLAÑOS, A.: «Hacienda recauda 1.200 millones gracias a la amnistía fiscal, la mitad del objetivo», en *El País*, 3 de diciembre de 2012.

- BONESANA, C. '*MARQUÉS DE BECCARIA*': *Tratado de los Delitos y de las Penas*, edit. Heliasta, Libro de Edición Argentina, Buenos Aires, 1993.
- BOTTKE, W. «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania», en *Revista Penal*, núm. 2, 1998.
- BOTTKE, W.: «Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coords. MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., edit. Bosch, Barcelona, 1996.
- BOUZA VIDAL, N.: «Comentario al art. 10 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- BRAMONT ARIAS, L.: «Algunas precisiones referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos», en *L.H. al PROF. BRAMONT ARIAS, L.* edit. San Marcos, Lima, 2003.
- BRICOLA, F.: «Teoría generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, edit. Utet, dir. AZARA, A., EULA, E., t. XIX, 1974.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Control Social y Sistema Penal*, edit. PPU, Barcelona, 1987.
- CABANELLAS, G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, edit. Heliasta, Argentina, 1981.
- CALBACHO LOSADA, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CALDERÓN CEREZO, Á., SAAVEDRA RUIZ, J.: *Delitos contra el orden socioeconómico*, edit. La Ley, Madrid, 2008.

- CALDERÓN CEREZO, A.: «Capítulo 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (V)», en *Derecho penal Parte Especial*, t. II, Madrid, 2005.
- CANCIO MELIÁ, M.: «Conducta de la víctima e imputación objetiva», en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, núm. 42, 1997.
- CANCIO MELIÁ, M.: «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")», en *Revista de derecho penal y criminología ICADE*, núm. 2, 1998.
- CANCIO MELIÁ, M.: *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1998.
- CARDONA TORRES, J.: *Derecho penal, Parte Especial*, edit. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 335; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J.: *Código penal comentado, Con concordancias y jurisprudencia*, t. I., edit. Bosch, tercera ed., dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Barcelona, 2012.
- CARO JHON, J.: «Imputación subjetiva», en *Derecho penal y sociedad, estudios sobre las obras de GÜNTHER JAKOBS y CLAUS ROXIN, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, coord. MONTEALEGRE LYNETT, t. I., edit. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, 2010.
- CARO JHON, J.: «Imputación subjetiva», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 7, 2006.
- CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, edit. Temis, Bogotá, 1986.
- CARRARA, F.: *Programa de Derecho criminal, Parte General*, edit. Temis, Bogotá, 1977.

- CARRARA, F.: *Programma del Corso di Diritto criminale*, Parte General I, décimo primera ed., 1924.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español*, vol. I, edit. Reus, décimo cuarta ed., Madrid, 1994.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, edit. Reus, Madrid, 1950.
- CASTRO MORENO, A.: «Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales», en *Libro Homenaje al PROF. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS*, edit. Tirant lo Blanch, coords. ÁLVAREZ GARCÍA, F., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A., Valencia, 2013.
- CASTRO MORENO, A.: «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008», en *La Ley*, núm. 7277, 2009.
- CASTRO SÁENZ, A.: «Posesión y proceso, acto y rito, en la génesis de los derechos», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999.
- CEREZO MIR, J.: «El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos» en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XXXVI, fasc. III, septiembre-diciembre 1983.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*, Parte General., t. I., edit. Ariel, Barcelona, 1984.
- CICERÓN, *De legibus*, en www.thelatinlibrary.com/, escrita alrededor del año 52 AC.
- COBO DEL ROSAL, J, VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal*”, Parte General, segunda edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.

- COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal*, Parte General, edit. Tirant lo Blanch, quinta edición, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: *Blanqueo de Capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, edit. CESEJ, 2005.
- COELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español*, edit. Dykinson, tercera ed., Madrid, 2002.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J.: *Código penal comentado*, Con concordancias y jurisprudencia, t. I., edit. Bosch, segunda edición, dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Barcelona, 2004.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, M.: «Comentario al art. 546 bis f)», en *Código penal comentado*, edit. Akal, coord. LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Madrid, 1990.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, edit. PPU, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, edit. B de F, Buenos Aires, 2005.
- COX LEIXELARD, J.: *Delitos de posesión*, edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.
- CUELLO CONTRERAS, J.: *Culpabilidad e imprudencia: de la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, edit. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Fraude informático y estafa por computación», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2001.

- CHOCLÁN MONTALVO, J.: *Deber de cuidado y delito imprudente*, edit. Bosch, Barcelona, 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.: *El delito de estafa*, edit. Bosch, Barcelona, 2000.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, edit. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1952.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.: «El marco normativo de las drogas en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, septiembre 1987.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: *Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento*, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, edit. PPU, Barcelona 1994.
- DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1872.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: «El Homicidio y sus formas en el Código penal de 1995», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al PROFESOR DOCTOR DON ÁNGEL TORÍO LÓPEZ*, editores: CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R., BERISTAIN IPIÑA, A., ROMEO CASABONA, C., edit. Comares, Granada, 1999.
- DELGADO MARTÍN, J.: *Criminalidad Organizada*, edit. Bosch, Barcelona, 2001.

- DEMETRIO CRESPO, E.: «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas», en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, dir. SERRANO-PIEDECASAS, J., DEMETRIO CRESPO, E., edit. Colex, Madrid, 2010.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Blanqueo de bienes», en *Enciclopedia penal básica*, dir. LUZÓN PEÑA, D., edit. Comares, Granada, 2002.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales», en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DÍAZ-ARANDA, E.: *Dolo*, edit. Porrúa, sexta ed. (primera 1999), México DF, 2007.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Capítulo XIX. El Blanqueo de Capitales», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero, Estudios y Comentarios de Legislación*, edit. Civitas, Madrid, 2011.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, edit. Dykinson, Madrid, 1999.
- Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, edición 22, versión en línea, página web <http://www.rae.es/rae.html>.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «El Blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La receptación de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria, Cuadernos de Derecho judicial*, dir. MARTÍNEZ ARRIETA A., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *Actualidad Penal* (AP), núm. 32, 1994.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.: «La nueva política criminal española», en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, edit. Cuadernos penales LIDÓN, J., Bilbao, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, edit. Trotta, Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. III, edit. Tecnos, séptima edición, Madrid, 2001, quinta reimpresión 2005.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GUILLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, edit. Tecnos, décimo segunda edición, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, edit. Civitas, Madrid, 1999.
- *Doctrina Jurisprudencial de la Sala de lo Penal año judicial 2006-2007*, preparado por el Gabinete Técnico, 2007.
- DORADO MONTERO, P.: *El derecho protector de los criminales*, edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M.: *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, t. II, vol. II, segunda parte, trad. PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J., edit. Bosch, tercera edición, Barcelona, 1966.
- ESCUDERO MORATALLA, J., FRIGOLA VALLINA, J., GANZENMÜLLER ROIG, C.: *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda pública*, edit. Bosch, Barcelona, 1998.
- ESPASA, Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana.

- ESTEBAN VELASCO, G.: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1995.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», en *La responsabilidad de los administradores*, dir. ROJO y BELTRÁN, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción individual de responsabilidad», en *La responsabilidad de los administradores*, dir. ROJO y BELTRÁN, segunda edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital», en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, dir. BOLAS, Estudios de Derecho Judicial, 2000.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. II, mayo-agosto de 1993.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. II, mayo-agosto de 1993.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.: «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011.

- FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo de capitales*”, edit. Colex, Madrid, 1998.
- FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos (EPC)*, XXI, 1998.
- FARALDO CABANA, P.: «Algunas reflexiones sobre las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en *Estudios Jurídicos*, 2009.
- FARALDO CABANA, P.: *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FARÍA COSTA, J.: «El Blanqueo de Capitales (Algunas reflexiones a la luz del Derecho penal y de la política criminal)», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN, Universidad Autónoma de Madrid del 14 al 17 de octubre de 1992, publicado en el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, núm. 5, 2000.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», en *InDret*, Barcelona, mayo de 2009.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», en *InDret*, 2/2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, edit. Reus, Madrid, 2007.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Resultado lesivo e imprudencia*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, S.: «Concepto de Bien Jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985», en *GÓMEZ HERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DE FRUTOS*, web: www.ecua.eu, Madrid, septiembre de 2003.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.: «Estafas», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F., GONZÁLEZ CUSSAC, J., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.: «Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de red», en *RDPC*, núm. 19, 2007.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, trad. A. IBÁÑEZ, A. RUIZ, J. BAYÓN, J. TERRADILLOS, R. CANTARERO, edit. Trotta, Madrid, 1995.
- FERRATER MORA, J.: *Diccionario de Filosofía*, compilado por PRISCILLA COHN, edit. Alianza Editorial, Madrid, 2006.
- FERRÉ OLIVÉ, J.: «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, eds. FERRÉ OLIVÉ, J., ANARTE BORRALLO, E., edit. Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- FERRI, E.: *Principios de Derecho criminal*, trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J., edit. Reus, Madrid, 1953.
- FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale, Parte General*, edit. Zanichelli, Bolonia, 1985.

- FLOR, R.: «Phishing y delitos relacionados con el fraude de identidad: un World Wide Problem en el World Wide», en *Robo de identidad y protección de datos*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- FLORES MENDOZA, F.: «La responsabilidad penal del denominado mulero o phisher-mule en los fraudes de banca electrónica», en *Cuadernos de Política Criminal* (110), 2013.
- FLORES MENDOZA, F.: «Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de phishing bancario», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- FLORES PRADA, I.: *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- FRISCH, W.: «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordinadores MIR PUIG, S., LUZÓN PEÑA, D., edit. Bosch, Barcelona, 1996.
- GALÁN MUÑOZ, A.: «El robo de identidad: aproximación a una nueva y difusa conducta», en *Robo de identidad y protección de datos*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal*, dir. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M., edit. Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M.: *El delito de hurto*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

- GARCÍA CAVERO, P.: «La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía», en *Libro Homenaje al PROF. DR. RODRÍGUEZ MOURULLO*, coord. ALONSO ÁLAMO, edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho penal práctico*, Parte Especial, edit. Ramón Areces, Madrid, 1999.
- GARRIDO FALLA, F.: «Comentario a los artículos 338 a 345 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M., dir., t. I, Jaén, 1980.
- GARZÓN REAL, B.: «Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea», en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, dir. ZARAGOZA AGUADO, J., núm. 28, Madrid, 2000.
- GIL GIL, A.: *El delito imprudente*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de un Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, edit. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Regularización o amnistía fiscal?», en *Otras Voces*, Tribuna, Política, Económica, Diario El MUNDO, 18 de abril de 2012.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas con la imputación objetiva, la participación y el Derecho penal de la culpabilidad», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXVI, 2013.

- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, edit. Civitas, Madrid, 1981.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El delito de omisión impropia», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 4, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Imputación objetiva y conducta de la víctima», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LVIII, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *Estudios Penales en Recuerdo del PROFESOR RUIZ ANTÓN*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. L, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en Libro Homenaje al PROF. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. LIV, 2001.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Presentación», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edit. Marcial Pons, edición española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M., ORTIZ DE URBINA, I., Madrid-Barcelona, 2007.

- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, edit. Sección de Publicaciones e Intercambio, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, edit. Ramón Areces, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.
- GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades Anónimas*, edit. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.: *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, edit. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.
- GÓMEZ INIESTA, D.: *El Delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, edit. Cedecs, Barcelona 1996.
- GÓMEZ PAVÓN, P.: «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.
- GÓMEZ-BENÍTEZ, J.: «El delito previo al delito de blanqueo de capitales y a vueltas con el delito fiscal», en *Análisis GA&P*, mayo del 2014.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J., VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios al Código penal de 1995*, t. II, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, 1992.
- GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho Penal Español*, Parte Especial, edit.

Dykinson, segunda edición, coord. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 2005.

- GONZÁLEZ RUS, J.: «Delitos contra la propiedad», en *Curso de Derecho penal español*, Parte Especial, I, dir. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, edit. Edersa, 1992.
- GONZÁLEZ RUS, J.: «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», en *Revista electrónica de Ciencias penales y Criminología*, 14 de enero de 1999.
- GONZÁLEZ RUS, J.: *Sistema de Derecho penal español*, Parte Especial, edit. Dykinson, coord. MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ, Á.: *Diccionario de filosofía*, edit. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2010.
- GÖSSEL, K.: «Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia (“Fahrlässigeitslehre”))», en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, edit. Temis, dir. AMBOS, K., coord. BÖHM, M., Bogotá, 2012.
- GRACIA MARTÍN, L.: «La comisión por omisión en el derecho penal español», en *Actualidad Penal*, 1995.
- GRACIA MARTÍN, L.: *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en el derecho penal*, edit. Trivium, Madrid, 1990.
- GUALLART Y DE VIALA, A.: «La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho penal español», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XXXII, fasc. III, septiembre–diciembre de 1979.
- HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

- HASSEMER, W.: «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edit. Marcial Pons, ed. española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M., ORTIZ DE URBINA, I., Madrid-Barcelona, 2007.
- HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. MUÑOZ CONDE F., ARROYO ZAPATERO L., edit. Bosch, Barcelona, 1984.
- HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia inconsciente*, edit. Comares, Granada, 2002.
- HEFENDEHL, R.: «El Bien Jurídico como eje material de la Norma Penal», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edit. Marcial Pons, ed. española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M., ORTIZ DE URBINA, I., Madrid-Barcelona, 2007.
- HEGEL, G.: *Fenomenología del Espíritu*, edit. Fondo de Cultura Económica, primera ed. en español, 1966, sexta reimpresión, trad. WENCESLAO ROCES con la colaboración de RICARDO GUERRA, Madrid, 1985.
- HEINE, G.: «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, 119, 1, 2001.
- HILGENDORF, E.: «Relación de causalidad e imputación objetiva a través de ejemplo de la responsabilidad penal por el producto», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LV, 2002.
- HILGENDORF, E.: *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, edit. Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

- HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: «Imputación Objetiva y Principio de Lesividad», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al PROFESOR DOCTOR DON ÁNGEL TORÍO LÓPEZ*, editores: CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R., BERISTAIN IPIÑA, A., ROMEO CASABONA, C., edit. Comares, Granada, 1999.
- HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, edit. PPU, Barcelona, 1991.
- HUERTA TOCILDO, S.: «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.
- HURTADO POZO, J.: *Manual de Derecho Penal*, edit. Eddili, segunda ed., Lima, 1987.
- HUSSERL, E.: *Meditaciones cartesianas*, edit. Fondo de Cultura Económico, México, 1996.
- IGLESIAS CUBRÍA, M.: «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión», en *Revista de Derecho Privado*, 1949.
- IHERING, R.: *Ueber den Grund des Besitzesschutzes: Eine Revision d. Lehre vom Besitz*, 1869.
- ISIDORO DE SEVILLA: *Etimologías*, edit. BAC, Madrid, 2004.
- JAKOBS, G.: «El delito imprudente (1974)» en *JAKOBS, G.: Estudios de Derecho penal*, traducción y Estudio Preliminar por PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G.: «La competencia por organización en el delito omisivo», en *Estudios de Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997.

- JAKOBS, G.: *Derecho penal*, Parte General, trad. CUELLO CONTRERAS, J., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., edit. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 384.
- JAKOBS, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la Sociedad*, edit. Civitas, primera edición, Madrid, 2004.
- JAKOBS, G.: *Falsedad documental*, Revisión de un delito de engaño, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.
- JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, M., BAE, edit. Grijley, Lima, 1998.
- JAKOBS, G.: *La imputación penal de la acción y la omisión*, edit. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., Bogotá, 1996.
- JAKOBS, G.: *Sobre la Teoría de la Pena*, edit. Centro de Investigaciones de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, trad. CANCIO MELIÁ, M., primera edición, Bogotá, 1998.
- JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. CANCIO MELIÁ, M., FEIJÓO SÁNCHEZ, B., edit. Civitas, primera edición, 1996, segunda reimpresión, Madrid, 2000.
- JESCHECK, H., WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. OLMEDO CARDENETE, M., edit. Comares, quinta edición, Granada, 2002.
- JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cuarta edición, trad. MANZANARES SAMANIEGO, J., edit. Comares, Granada, 1993.
- JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. y adiciones de derecho español por MIR PUIG, S., MUÑOZ CONDE, F., edit. Bosch, vol. I, Barcelona, 1981.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1958.
- JUANATEY DORADO, C.: «Responsabilidad omisiva del fabricante o productor de los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, 2004.
- KAHLO, M.: «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edit. Marcial Pons, ed. española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M., ORTIZ DE URBINA, I., Madrid-Barcelona, 2007.
- KINDHÁUSER, U.: «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LIX, 2006.
- LACRUZ BERDEJO, J., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Parte General del Derecho civil*, vol. III, edit. Bosch, Barcelona, 1990.
- LACRUZ BERDEJO, J.: *Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al Derecho*, edit. Dykinson, séptima edición, Madrid, 2012.
- LALANDE, A.: *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, revisado por los miembros de la Sociedad Francesa de Filosofía y publicado con sus correcciones y observaciones, traducción española de la quinta ed., bajo la dirección de LUIS ALFONSO, edit. El Ateneo, Buenos Aires, 1953.
- LAMARCA PÉREZ, C., ALONSO DE ESCAMILLA, A., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., MESTRE DELGADO, E., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: *Derecho penal*, Parte Especial, edit. Colex, sexta edición, coord. LAMARCA PÉREZ, C., Madrid, 2011.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.: «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN, Universidad Autónoma de Madrid del 14 al 17 de octubre de 1992, publicado en el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho penal*, edit. Civitas, Pamplona, 2010.
- LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J.: «El delito imprudente en el Código penal español de 1995», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, dir. DEL ROSAL BLASCO, B., Valencia, 1997.
- LORENZO SALGADO, J.: «El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas», en *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LUZÓN PEÑA, D.: *Curso de Derecho penal*, Parte Genral, vol. I, edit. Universitas, Madrid, 1996.
- MACHADO RODRÍGUEZ, C.: «El consentimiento en materia penal», en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 33, núm. 95, 2012.
- MACHADO RODRÍGUEZ, C.: «La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)», en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 31, núm. 90, 2010.

- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: «Comentario al art. 467 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: «Comentario al art. 468 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.: «Comentario al art. 469 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- MANSO PORTO, T., «El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXXI, 2011.
- MARAVER GÓMEZ, M.: *El principio de confianza en Derecho penal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2009.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, tercera ed., 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., coord. BACIGALUPO SAGGESE, S., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., edit. Ramón Areces, 2007.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte General, segunda edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal Económico*, Parte Especial, Valencia, edit. Tirant lo Blanch, 1999.
- MATA Y MARTÍN, R.: «Medios electrónicos de pago y delitos de estafa», en *Los medios electrónicos de pago. Problemas Jurídicos*, dir. MATA Y MARTÍN, R., edit. Comares, Granada, 2007.
- MATA Y MARTÍN, R.: *Delincuencia informática y Derecho penal*, edit. Edisofer, Madrid, 2001.
- MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de Derecho español por, CÓRDOBA RODA, J., edit. Ariel, Barcelona, 1962.
- MAZZOCCO, F.: «La nueva disciplina antiriciclaggio», en *Rivista trimestrale di Dirritto penale dell'economia*, 1993.
- MEINI, I.: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MERKEL, A.: *Derecho penal*, Parte General, trad. DORADO MONTERO, P., edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- MERLE, R., VITU, A.: *Traité de droit criminel*, edit. Cujas, Paris, 1967.
- MEZGER, E.: *Derecho penal*, Libro de Estudio, Parte General, traducción de NÚÑEZ, R., edit. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
- MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, Parte General, t. II., edit. Revista de Derecho Privado, traducción de la segunda edición alemana de 1933 por RODRÍGUEZ MUÑOZ, J., puesta al día por QUINTANO RIPOLLÉS, A., Madrid, 1957.
- MIR PUIG, S.: «Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003.

- MIR PUIG, S.: «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fasc. III, septiembre-diciembre de 1988.
- MIR PUIG, S.: «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-02, 2004.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, Parte General, edit. Reppertor, novena edición, Barcelona, 2011.
- MIRAT HERNÁNDEZ, P.: *Detenciones Ilegales: Artículo 163 del Código penal*, edit. Edersa, Madrid, 2001.
- MIRÓ LLINARES, F.: «La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad penal de los muleros del phishing», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 de diciembre de 2013.
- MIRÓ LLINARES, F.: *El cibercrimen*, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012.
- MOLINA MANSILLA, M.: «El delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal», en *La Ley Penal*, núm. 42, octubre del 2007.
- MOMMSEN, T.: *Derecho penal romano*, edit. La España Moderna, Madrid, 1905.
- MONTES PENADES, V.: «Comentario al art. 348 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- MORENO CÁNOVES, A., RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal*, edit. Edijus, Zaragoza, 1996.

- MUÑOZ CONDE, F., AUNION ACOSTA, B.: «Drogas y Derecho Penal», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 5, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F.: «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», en *Revista Penal*, núm. 9, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, décimo novena ed., Valencia, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito*, edit. Temis, Bogotá, 1984.
- MÜSSIG, B.: «Aspectos teórico-jurídicos y teóricos-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LIX, 2006.
- NAVARRO FRÍAS, I.: «Técnica legislativa y Derecho penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010.
- NAVAS, J.: «La amnistía afloró 40.000 millones, pero Hacienda recaudó sólo el 3%», en *El Mundo*, 23 de enero de 2013.
- NÚÑEZ BARBERO, R.: «La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XXVII, fasc. I, enero-abril 1974.
- NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito culposo*, Su estructuración jurídica en la dogmática actual, edit. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1975.

- NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Responsabilidad penal de la empresa*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- NÚÑEZ PAZ, M.: «El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos», en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coords. ABEL SOUTO, M., SÁNCHEZ STEWART, N., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., PEDREIRA ANDRADE, A.: *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, edit. Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 1996.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal*, Parte General, Teoría Jurídica del Delito, t. I., edit. Rafael Castellanos, segunda ed., Madrid, 1986.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. I, Madrid, 1990.
- OMEBA, Biblioteca Jurídica.
- ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas*, edit. Orbis, Barcelona, 1983.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: *Teoría de la legislación y derecho penal: la aprobación del Código penal de 1995 y la relación entre dogmática y política criminal desde el punto vista de la teoría de la legislación*, trabajo de investigación inédito, disponible en el Campus Global de la Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho.
- PALMA HERRERA, J.: *Los delitos de Blanqueo de Capitales*, edit. Edersa, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.

- PALOMO DEL ARCO, A.: «Receptación y conductas afines» en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, 1996.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, edit. Ramón Areces, Madrid, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al art. 1.902 CC», en *Comentario al Código Civil*, t. II, Madrid, edit. Ministerio de Justicia, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentarios al art. 1902 CC» en *Comentario del Código Civil*, t. II., dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., edit. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.: «Responsabilidad penal y división del trabajo en la actividad productiva», en *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, PAREDES CASTAÑÓN, J., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Comentario art. 38 CE», en *Comentarios a la Constitución Española*, dir. CASAS BAAMONDE, M., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., coord. PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I., edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- PECORELLA, G.: «Circolazione del denaro e riciclaggio», en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1991.
- PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ.: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS», en *JAKOBS, G.: Estudios de Derecho penal*, trad. PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., edit. Civitas, Madrid, 1997.

- PÉREZ CEPEDA, A.: «Criminalidad de la empresa: problemas de autoría y participación», en *Revista Penal*, núm. 9, 2002.
- PÉREZ CEPEDA, A.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de atribución*, edit. Cedecs, Barcelona 1997.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: «El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 1, El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero, Madrid, 1994.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia en el Derecho penal*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: *La imprudencia en el Derecho penal*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- PÉREZ MANZANO, M.: *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, edit. Civitas, Madrid, 1999.
- PETIT, E.: *Tratado elemental de derecho romano*, trad. FERRÁNDEZ GONZÁLEZ, J., edit. Edinal, México DF, 1963.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *Derecho Penal, Parte General, t. I., Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, edit. Bosch, cuarta ed., Barcelona, 2001.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, número 19, 1974.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, edit. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972.
- POMARES CINTAS, E.: *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, edit. Comares, Granada, 2004.

- POVEDA RODA, M., «Descripción y “modus operandi” en la realización de fraudes mediante internet», en *Fraude electrónico: entidades financieras y usuarios de banca. Problemas y soluciones*, coord. SANCHÍS, C., edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. I, edit. Bosch, tercera ed., Barcelona, 1989.
- PUPPE, I.: *La imputación objetiva*, edit. Comares, trad. GARCÍA CAVERO, P., Granada, 2001.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 96, 8 de abril 1993.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, edit. Atelier, quinta edición, Barcelona, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, edit. Atelier, cuarta edición, Barcelona, 2008.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*, Parte Especial, sexta ed., edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica», Doctrina de la culpa penal, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Sección Doctrinal, t. VII, fasc. I., 1954.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho penal de la culpa*, edit. Bosch, Barcelona, 1958.
- QUINTERO OLIVARES, G.: «La reforma del comiso, art. 127 CP», en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, dir. QUINTERO OLIVARES, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

- QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., edit. Aranzadi, Pamplona, quinta ed., 2005.
- RAGUÉS I VALLÉS, R.: «Lavado de Activos y Negocios Standard», en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, en Homenaje al PROF. CLAUS ROXIN, edit. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001.
- RAGUÉS I VALLÉS, R.: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1999.
- RAMS ALBESA, J.: «Comentario al art. 524 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- RAMS ALBESA, J.: «Comentario al art. 525 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- RAMS ALBESA, J.: «Comentario al art. 528 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- REQUEJO PAGÉS, J.: «Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español», en *Revista de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001.
- REY RUIDOBRO, «La estafa informática: relevancia penal de phishing y el pharming», en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013.
- RIBAS FERRER, V.: *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, edit. La Ley, Madrid, 2010.
- RIERA AISA, L.: voz «Adquisición», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. II, SEIX, F., Barcelona, 1983.

- ROBLES PLANAS, R., PASTOR MUÑOZ, N.: *Lecciones de Derecho penal*, Parte Especial, edit. Atelier, tercera edición, dir. SILVA SÁNCHEZ, J., Barcelona, 2011.
- ROBLES PLANAS, R., PASTOR MUÑOZ, N.: *Lecciones de Derecho penal*, Parte Especial, edit. Atelier, segunda ed., dir. SILVA SÁNCHEZ, J., Barcelona, 2009.
- ROCA SASTRE, R., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, t. II, edit. Bosch, séptima ed., Barcelona, 1979.
- ROCA SASTRE, R.: «La concepción del usufructo como pars fominii y sus reflejos en la legislación del impuesto de derechos reales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, segundo semestre, 1942.
- ROCCO, A.: *El Objeto del Delito y de la tutela Jurídica penal*, trad. GERÓNIMO SEMINARA, edit. B de F, Montevideo, 2001.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho penal español*, Parte General, quinta edición, Madrid, 1976.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*, edit. Ariel, Barcelona, 1978.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho penal*, Parte General, t. I., edit. Civitas, 1978.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., COLINA OQUENDO, P., FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A., GIL DE LA FUENTE, J., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G.: *Código penal*, Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L., edit. La Ley, segunda ed., Madrid, 2007.

- RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D.: «Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas», en *La Ley*, núm. 7156/2009.
- ROMEO CASABONA, C.: «Los delitos culposos en la reforma penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, fasc. II, mayo-agosto 1990.
- ROMEO CASABONA, C.: *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, edit. Comares, Granada, 2005.
- ROMEO CASABONA, C.: *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho Penal ante las nuevas tecnologías de la información*, edit. Fundesco, Madrid, 1988.
- ROMERAL MORALEDA, A., GARCÍA BLÁZQUEZ, M.: *Tráfico y consumo de drogas, Aspectos legales y médico forenses*, edit. Comares, Granada, 1993.
- ROXIN, C.: «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, trad. CANCIO MELIÁ, M., Madrid, 2012.
- ROXIN, C.: «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida (Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal)», en *InDret*, Barcelona, enero de 2013.
- ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la séptima ed. alemana 1999, por CUELLO CONTRERAS, J. Y, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- ROXIN, C.: *Derecho Penal, Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la segunda edición

alemana y notas por: LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., edit. Civitas, Madrid, 1997.

- ROXIN, C.: *Derecho Penal*, Parte General, t. II, Especiales formas de aparición del delito, traducción de la primera edición alemana (2003) y notas por LUZÓN PEÑA, D. (director), PAREDES CASTAÑÓN, J., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., y otros, edit. Civitas, 2014.
- ROXIN, C.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, primera ed., 1963.
- RUIZ VADILLO, E.: «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992.
- SALDAÑA VILLOLDO, B.: *La acción individual de responsabilidad*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- SALVADOR CODERCH, P., GAROUPA, N., GÓMEZ LIGÜERRE, C.: «El círculo de responsables (La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva)», en *InDret*, octubre de 2005.
- SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RUIZ GARCÍA, J., RUBÍ PUIG, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., «Respondeat Superior I», en *InDret*, Barcelona, marzo de 2002.
- SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C.: «Respondeat Superior II», en *InDret*, Barcelona, julio de 2002.
- SALVAT, Diccionario Enciclopédico.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F.: «¿Cómo se elabora una propuesta de lege ferenda? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», en *RDPC*, 2005.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Creación de Valor, Interés Social y Responsabilidad Social Corporativa», en *Derecho de sociedades*

anónimas cotizadas, t. II, coords. RODRÍGUEZ ARTIGAS y otros, edit. Aranzadi, 2006.

- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: «¿Tienen todos derecho a la vida?», Bases para un concepto constitucional de persona, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-11, 2009.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición 1995, primera reimpresión 1997.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en *Libro Homenaje al PROF. DR. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 71, 2000.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía», en *InDret*, Barcelona, enero de 2008.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía», en *InDret*, Barcelona, enero de 2008.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva», en *Blanqueo de Capitales*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Núm. 37, septiembre de 2007.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, dir. SILVA SÁNCHEZ, J., MIRÓ LLINARES, F., edit. La Ley, primera ed., 2013.

- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 68, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Una lectura crítica de la Ley de Indulto», en *InDret*, abril de 2008.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Atribuciones normativas en Derecho penal*, edit. Grijley, Lima, 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SANTANA VEGA, D.: «IX. Encubrimiento. Diferencias con receptación y blanqueo», en *Derecho penal*, Parte Especial, t. I., edit. Tirant lo Blanch, dir. CORCOY BIDASOLO, M., Valencia, 2011.
- SANTANA VEGA, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, edit. Dykinson, Madrid, 2000.
- SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: *Dolo e imprudencia en el Código penal español*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SAVIGNY, F.: *Das recht des Besilzes: Eine civilistische Abhandlung*, 1803.
- SCHÄFER, H., OTT, C.: *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. VON CARSTENN-LICHTERFELDE, M., edit. Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHUMANN, H.: «Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la Sentencia Erdal del Tribunal Supremo Federal alemán», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coord. MIR PUIG., S., LUZÓN PEÑA, D., edit. Bosch, 1996.
- SCHÜNEMANN, B.: «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en *Anuario*

de Derecho penal y Ciencias Penales, trad. BRÜCKNER, D, LASCURAIN SÁNCHEZ, J., t. XLI, fasc. II, 1988.

- SCHÜNEMANN, B.: «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», en *Libro Homenaje al PROF. DR. RODRÍGUEZ MOURULLO*, G., trad. SACHER, M., coord. ALONSO ÁLAMO, edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- SCHÜNEMANN, B.: «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, trad. SPÍNOLA TÁRTALO, B., SACHER, M., vol. LV, 2002.
- SEHER, G.: «La legitimación de Normas Penales basada en principios y el concepto de Bien Jurídico», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edit. Marcial Pons, ed. española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M., ORTIZ DE URBINA, I., Madrid-Barcelona, 2007.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F.: «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)» en *La Ley*, núm. 4, Madrid, 2000.
- SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E.: *Manual de Derechos Reales*, edit. Edisofer, segunda ed., Madrid, 2008.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.: *Teoría del delito imprudente*, edit. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal*, dir. COBO DEL ROSAL, J., Ed. Edersa, 1999.

- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Criterios de asignación de responsabilidades en estructuras jerárquicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración», en *Editorial de InDret*, del 29 de abril de 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extranei* hasta la imposición de intereses de demora», en *Estudios penales en homenaje al PROF. COBO DEL ROSAL*, dir. CARBONELL MATEU, J., edit. Dykinson, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Introducción», en *CANCIO MELIÁ, M., SILVA SÁNCHEZ, J.: Delitos de organización*, edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Libro Homenaje a ROXIN, C., edit. Bosch, Barcelona, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: *El delito de omisión*, edit. Bosch, Barcelona, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, edit. Bosch, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del Derecho penal aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, edit. Civitas, primera ed., Madrid, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del Derecho penal aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, edit. Civitas, segunda ed., Madrid, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, edit. Atelier, Barcelona, 2006.

- SILVA SÁNCHEZ, J.: *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- SILVENTE ORTEGA, J.: *Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales en España desde la Jurisprudencia y el Derecho comparado con los países de la Unión Europea*, tesis doctoral, Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2013.
- SOTO NIETO, F., «El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo», en *La Ley*, 1996.
- SOTO NIETO, F.: «Blanqueo de capitales. Nueva aportación jurisprudencial», en *La Ley*, mayo de 2005.
- STIGLITZ, J.: *El malestar en la globalización*, edit. Taurus, Bogotá, 2002.
- STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal*, Parte General, trad. CANCIO MELIÁ, M., SANCINETTI, M., edit. Aranzadi, Navarra, 2005.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 58, 1996.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Insolvencias punibles. Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Receptación y blanqueo de capitales», en *Compendio de Derecho penal*, Parte Especial, vol. II, dir. BAJO FERNÁNDEZ, M., edit. Ramón Areces, Madrid, 1998.
- TAMARIT SUMALLA, J.: *La víctima en derecho penal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- TETTAMANZI, D.: «Prudencia», en *Diccionario de Teología III*, edit. Sígueme, Salamanca, 1982.

- TIEDEMANN, K.: *El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal económico y de delito económico*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 28, Barcelona, 1986.
- TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho Penal Económico*, edit. PPU, Barcelona, 1993.
- TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho Penal Económico*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, edit. Ariel, Barcelona, 1985.
- TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, edit. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España de la Orden de Predicadores, cuarta ed., Madrid, 2001.
- TORIO LÓPEZ, A.: «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XXVII, fasc. I, enero-abril de 1974.
- TVLLI CICERONIS, M.: *De Officiis ad Marcvm Filivm Libri Tres*, en www.thelatinlibrary.com, escrita alrededor del año 44 AC.
- VALMAÑA CABANES, A.: *Las acciones contra la sociedad y su administrador*, edit. Bosch, Barcelona, 2011.
- VALLE MUÑIZ, J.: *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1987.
- VELASCO NÚÑEZ, «Fraudes informáticos en la red: del phishing al pharming», en *La Ley Penal*, 2007.
- VELASCO NÚÑEZ, E.: «Fraudes informáticos en Red: del phishing al pharming», en *La Ley*, núm. 37, año IV, abril 2007.

- VIDALES RODRÍGUEZ, C., «La posesión y utilización de bienes como actos de blanqueo en la legislación penal española», en *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, núm. 6, jul-dez de 2012.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La última reforma del Código penal en materia de drogas. (Novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992)», en *Revista General de Derecho*, abril 1993.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, edit. Centro para la Administración de Justicia, Florida International University, Miami, 1998.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VINCENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, edit. Tirant lo Blanch, tercera ed., t. I, vol. I, Barcelona 1991.
- VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J., GONZÁLEZ CUSSAC, J., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, T.: *Fundamentos del Sistema penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VOGEL, J.: «Los límites constitucionales a la prevención del Derecho penal económico alemán», en *Derecho penal económico*, de ARROYO ZAPATERO, L., TIEDEMANN, K, edit. Universidad de la Mancha, 1994.
- VON BELING, E.: *Esquema de Derecho penal*, edit. El Foro, trad. SOLER, S., de la décimo primera ed. 1930, Buenos Aires, 2002.

- VON HIRSC, A.: «El concepto de Bien Jurídico y el principio del daño», en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edit. Marcial Pons, ed. española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M., ORTIZ DE URBINA, I., Madrid-Barcelona, 2007.
- VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, edit. Valleta, Buenos Aires, 2007.
- VON WEBER, H.: *Lineamientos del Derecho penal alemán*, edit. Ediar, trad. (segunda edición, 1948) BROND, L., revisada por ZAFFARONI, E., Buenos Aires, 2008.
- WELZEL, H.: *Derecho penal alemán*, Parte General, décimo primera ed., edit. Jurídica de Chile, 1970.
- WELZEL, H.: *Derecho penal*, Parte General, trad. FONTÁN BALESTRA, C., con la colaboración de FRIKER, E., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956.
- WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho penal*, edit. B de F, trad. CEREZO MIR, J., Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- WESSELS, J.: *Derecho penal*, Parte General, trad. FINZI, C., sexta ed. alemana 1976, edit. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, E.: *Derecho Penal*, Parte General, edit. Ediar, segunda ed., Buenos Aires, 2002.
- ZARAGOZA AGUADO, J.: «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.
- ZARAGOZA AGUADO, J.: «Receptación y blanqueo de capitales», en *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Manual Teórico-Práctico III, edit. Recoletos, 1996.

- ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su dependiente*, edit. Arazandi, Pamplona, 1995.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1981.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «Bases para una teoría de la imputación de las personas jurídicas», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2001.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XXXIX, fasc. II, mayo-agosto 1986.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.: «La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. XXXVII, fasc. II, mayo-agosto de 1984.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.: *La responsabilidad criminal de los entes colectivos (personas jurídicas y entes sin personalidad) y de sus directivos y representantes. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del CP*, inédito, Granada, 2012.

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN

JURISPRUDENCIA UTILIZADA POR MATERIAS

BLANQUEO IMPRUDENTE:

- SAN sección primera de 1 de junio de 1999 (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 1822/2001 de fecha 10 de octubre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 2545/2001 (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 1746/2003 de 23 de diciembre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 924/2005 de 17 de junio (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 1034/2005 de 14 de septiembre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 94/2006 de 10 de febrero (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 928/2006 de 5 de octubre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 34/2007 de 1 de febrero (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 483/2007 de 4 de junio (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 960/2008 de 26 de diciembre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 16/2009 de 27 de enero (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 1025/2009 de 22 de octubre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 1257/2009 de 2 de diciembre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 28/2010 de 28 de enero (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 522/2011 de 1 de junio (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 7441/2011 de 2 de noviembre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 1137/2011 de 2 de noviembre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 1012/2006 de 19 de octubre (aplicación art. 301.3 CP)
- STS 2175/2001 de 20 de noviembre (interpretación estafa informática)
- STS 692/2006 de 26 de junio (interpretación estafa informática)

- SAP Vizcaya 355/2006 de 9 de mayo de 2006 (condenado por estafa)
- STS 533/2007 de 12 de junio (mulero condena por estafa informática)
- STS 556/2009 de 16 de marzo (mulero condena por estafa informática)
- SAP Madrid 271/2008 de 26 de mayo de 2008 (mulero como receptación)
- STS 834/2012 de 25 de octubre (mulero como blanqueo imprudente)
- SAP Valladolid 263/2010 de 21 de junio (mulero como blanqueo culposo)

BLANQUEO DE CAPITALS CUESTIONES GENERALES:

- STS 755/1997 de 23 de mayo (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 356/1998 de 15 de abril (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1637/1999 de 10 de enero de 2000 (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1842/1999 (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 774/2001 de 9 de mayo (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1277/2001(prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1293/2001 (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1584/2001 de 18 de septiembre (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1704/2001 de 29 de septiembre (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 2410/2001 de 18 de diciembre (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1061/2002 de 6 de junio (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 198/2003 de 10 de febrero (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 575/2003 de 14 de abril (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 113/2004 de 9 de octubre (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1450/2004 de 2 de diciembre (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 233/2005 de 24 de febrero (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 457/2005 de 14 de abril (prueba indiciaria y blanqueo)

- STS 798/2005 de 29 de junio (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1034/2005 de 14 de septiembre (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1426/2005 de 13 de diciembre (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 202/2006 de 2 de marzo (prueba indiciaria y blanqueo)
- STS 1637/1999 de 10 de enero de 2000 (sobre el conocimiento del delito previo)
- STS 157/2003 de 5 de febrero (sobre el conocimiento del delito previo)
- STS 1070/2003 de 22 de julio (sobre el conocimiento del delito previo)
- STS 308/2004 de 12 de marzo (sobre el conocimiento del delito previo)
- STS 1113/2004 de 9 de octubre (sobre el conocimiento del delito previo)
- STS 33/2005 de 19 de enero (sobre el conocimiento del delito previo)
- STS 587/2009 (sobre el conocimiento del delito previo)
- STS 1034/2005 de 14 de septiembre (sobre el conocimiento del delito previo)
- STS 1025/2009 de 22 de octubre (críticas del tipo de blanqueo imprudente)
- STS 1257/2009 de 2 de diciembre (críticas del tipo de blanqueo imprudente)
- STS 522/2011 de 1 de junio (críticas del tipo de blanqueo imprudente)
- STS de 18 de octubre de 1979 (la culpa en relación al daño causado)
- STS de 4 de julio de 2003 (gravedad de la imprudencia)
- STS de 21 de noviembre de 1994 (que el autor no participe en el delito previo)
- STS 1025 de 22 de octubre de 2009 (blanqueo doloso y finalidades típicas)
- STS 1293/2001 de 28 de julio (condena por blanqueo a quien absolvió el tribunal de instancia)
- STS 2410/2001 de 18 de diciembre (sobre las conductas de blanqueo)

RECEPTACIÓN:

- STS de 22 de octubre de 1985 (sobre el *animus lucrandi o lucrando*)
- STS de 17 de enero de 1986 (diferencia entre receptación y encubrimiento)
- STS de 25 de septiembre de 1986 (ánimo de lucro en la receptación)
- STS de 23 de diciembre de 1986 (sobre el *animus lucrandi o lucrando*)
- STS de 11 de octubre de 1991 (ánimo de lucro en la receptación)
- STS de 25 octubre de 1991 (sobre el *animus adiuvandi*)
- STS de 28 de junio de 1991 (sobre el *animus lucrandi o lucrando*)
- STS de 6 de febrero de 1992 (ánimo de lucro en la receptación)
- STS de 5 de julio de 1993 (sobre el *animus adiuvandi*)
- STS de 25 marzo de 1996 (la receptación como delito patrimonial)
- STS de 12 de noviembre de 1997 (prueba indiciaria y receptación)
- STS de 12 de diciembre de 1997 (sobre los elementos de la receptación)
- STS de 15 abril 1998 (ánimo de lucro en la receptación)
- STS de 15 de marzo de 1999 (sobre los elementos de la receptación)
- STS 523/98 de 24 de marzo de 1999 (sobre el ánimo de lucro)
- STS de 20 de abril de 1999 (prueba indiciaria y elementos receptación)
- STS 722/99 de 6 de mayo de 1999 (sobre el ánimo de lucro)
- STS de 6 de octubre del 1999 (prueba indiciaria y elementos receptación)
- STS de 21 de enero de 2000 (prueba indiciaria y elementos receptación)
- STS de 21 de marzo de 2000 (prueba indiciaria y receptación)
- STS de 31 marzo 2000 (ánimo de lucro en la receptación)
- STS del 26 de septiembre de 2000 (prueba indiciaria y receptación)
- STS de 11 de octubre de 2001 (sobre los elementos de la receptación)
- STS de 13 febrero 2002 (ánimo de lucro en la receptación)
- STS de 19 de septiembre de 2002 (prueba indiciaria y receptación)
- STS de 18 de julio de 2002 (prueba indiciaria y receptación)

MATERIA CONSTITUCIONAL:

- STC 53/1985 de 11 de abril (interpretación del TC del art. 15 CE)
- STC 215/1994 (coincidencia entre bien jurídico y bien jurídico constitucional)
- STC 45/2009 (sobre la potestad del legislador para crear delitos)
- STC 5/1981 (bien jurídico)
- STC 62/1982 (bien jurídico)
- STC 64/1982 (bien jurídico)
- STC 62/1983 (bien jurídico)
- STC 103/1983 (bien jurídico)
- STC 75/1984 (bien jurídico)
- STC 110/1984 (bien jurídico)
- STC 113/1984 (bien jurídico)
- STC 140/1985 (bien jurídico)
- STC 53/1986 (bien jurídico)
- STC 104/1986 (bien jurídico)
- STC 126/1987 (bien jurídico)
- STC 160/1987 (bien jurídico)
- STC 196/1987 (bien jurídico)
- STC 104/1989 (bien jurídico)
- STC 24/1990 (bien jurídico)
- STC 43/1990 (bien jurídico)
- STC 55/1990 (bien jurídico)
- STC 105/1990 (bien jurídico)
- STC 120/1990 (bien jurídico)
- STC 171/1990 (bien jurídico)
- STC 60/1991 (bien jurídico)
- STC 150/1991 (bien jurídico)
- STC 192/1991 (bien jurídico)
- STC 214/1991 (bien jurídico)

- STC 20/1992 (bien jurídico)
- STC 206/1992 (bien jurídico)
- STC 111/1993 (bien jurídico)
- STC 206/1993 (bien jurídico)
- STC 286/1993 (bien jurídico)
- STC 371/1993 (bien jurídico)
- STC 372/1993 (bien jurídico)
- STC 53/1994 (bien jurídico)
- STC 126/1994 (bien jurídico)
- STC 205/1994 (bien jurídico)
- STC 325/1994 (bien jurídico)
- STC 139/1995 (bien jurídico)
- STC 36/1996 (bien jurídico)
- STC 129/1996 (bien jurídico)
- STC 157/1996 (bien jurídico)
- STC 214/1996 (bien jurídico)
- STC 216/1996 (bien jurídico)
- STC 116/1997 (bien jurídico)
- STC 151/1997 (bien jurídico)
- STC 233/1997 (bien jurídico)
- STC 120/1998 (bien jurídico)
- STC 156/1998 (bien jurídico)
- STC 197/1998 (bien jurídico)
- STC 290/2000 (bien jurídico)
- STC 13/2001 (bien jurídico)
- STC 81/2001 (bien jurídico)
- STC 102/2001 (bien jurídico)
- STC 156/2001 (bien jurídico)
- STC 53/2002 (bien jurídico)
- STC 54/2002 (bien jurídico)
- STC 235/2002 (bien jurídico)
- STC 55/1996 (principio de proporcionalidad)

- STC 161/1997 (principio de proporcionalidad)
- STC 136/1999 (principio de proporcionalidad)
- STC 60/2010 (principio de proporcionalidad)

CUESTIONES VARIAS:

- STS de 28 de enero de 1983 (interpretación art. 1902 CC)
- STS de 26 de julio de 1985 (interpretación art. 1902 CC)
- STS de 20 de febrero de 1989(interpretación art. 1902 CC)
- STS de 28 de abril de 1989 (interpretación art. 1902 CC)
- STS de 23 de abril de 1992 (sobre la normativización del dolo)
- STS de 2 de julio de 1994 (sobre la normativización del dolo)
- STS del 20 de septiembre de 1990 (sobre la ley penal en blanco)
- STC 127/90 (sobre la ley penal en blanco)
- STS 234/2010 de 11 de marzo (deber de vigilancia recíproca administradores)

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:
PROBLEMAS EN TORNO A LA IMPRUDENCIA Y LA RECEPCIÓN

NORMATIVA DE REFERENCIA

- Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo.
- Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre.
- Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal.
- Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.
- Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- DOCUMENTACIÓN SEPBLAC:
 - Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para remitores de fondos y establecimientos de cambio de moneda.
 - Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para profesionales.

- Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para entidades de crédito.
- Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para entidades aseguradoras.
- Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para personas físicas o jurídicas que ejerzan las actividades relacionadas con el comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades y las actividades de inversión filatélica y numismática.