

# Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial.

Edición Especial  
para el Perú

Isidoro Blanco Cordero  
Eduardo Fabián Caparrós  
Víctor Prado Saldarriaga  
Javier Zaragoza Aguado



Organización de los  
Estados Americanos



# Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial.

## Edición Especial para el Perú

**Isidoro Blanco Cordero**

**Eduardo Fabián Caparrós**

**Víctor Prado Saldarriaga**

**Javier Zaragoza Aguado**



Organización de los  
Estados Americanos



ISBN: 978-0-8270-5186-7

Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial.  
Edición Especial para el Perú

**Autores**

Isidoro Blanco Cordero  
Eduardo Fabián Caparrós  
Víctor Prado Saldarriaga  
Javier Zaragoza Aguado

Organización de los Estados Americanos – OEA  
Consejo Interamericano para el Control del Abuso de Drogas - CICAD  
Banco Interamericano de Desarrollo – BID  
Tercera Edición  
1889 F Street, N.W., Washington, D.C. 20006, USA  
Telf.: 1-202.458-6917  
Fax.: 1-202-458-3658

Diseño de caratula y Diagramación  
Raúl C. Tello Antúnez

**Tiraje**

xxxx ejemplares  
Depósito Legal Nº IF 25320073402961  
ISBN: 978-0-8270-5186-7  
Impresión  
[www.artec.pe](http://www.artec.pe)

Portada: Vitral en representación de la Justicia que se encuentra en el  
Palacio de Justicia del Poder Judicial del Perú.  
Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, cualquiera  
fuese el medio a emplearse sin la autorización escrita de los autores.

# Plan de Temas

## Pagina

### Capítulo I

La Fenomenología del Lavado de Dinero, sus Efectos sobre la Economía y el Bien Jurídico Protegido. Por: Eduardo Fabián Caparrós

13

### Subíndice

14

### Capítulo II

Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos. Por: Isidoro Blanco Cordero

91

### Subíndice

92

### Capítulo III

El Delito de Lavado de Activos en la Legislación Penal Peruana. Por: Víctor Prado Saldarriaga

225

### Subíndice

226

### Capítulo IV

La Nueva regulación del Decomiso de Bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado. Por: Javier-Alberto Zaragoza Aguado

333

### Subíndice

334



## PRÓLOGO

En los últimos años venimos siendo testigos del incremento de actividades ilícitas en América Latina. El avance del narcotráfico y el asentamiento de organizaciones criminales en nuestros países han generado no solo una estela de violencia inusitada, sino que han venido a complicar el crecimiento de las economías al incorporar dinero sucio al mercado.

El lavado de activos se convierte así en una seria amenaza, pues no solo origina gran parte de la violencia en nuestras sociedades, sino que además contamina la economía y afecta a la gobernabilidad al fomentar la corrupción. Requerimos frente a todo ello decisión, fuerza e inteligencia para enfrentar al lavado como un grave problema.

En el Perú lo entendimos como un reto. La lucha contra el lavado de activos durante la administración del presidente Ollanta Humala fue colocada en la agenda pública al más alto nivel, desplegándose una estrategia normativa y operativa. En cuanto a lo primero se aprobó la nueva ley de lavado de activos, precursora en la región al no requerir la existencia de un delito preexistente para poderse investigar el desbalance patrimonial. Se trata de una innovación importante, pues al ser un delito de segundo grado el énfasis en la sanción siempre se ponía en el delito original y no en el lavado mismo. Del mismo modo, se fortaleció la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) en sus atribuciones y en la creación de un cuerpo de peritos que operarían como “máscara” de la UIF para sostener sus reportes ante la autoridad fiscal y judicial, protegiendo la identidad de los agentes del sistema. Además, se estableció que los reportes de la UIF tendrían carácter de pericia a nivel judicial, lo que elevó su peso como prueba incriminatoria.

Otra norma importante emitida fue la nueva ley de pérdida de dominio, enfocada en la persecución del patrimonio ilícito a través de mejores normas procesales y de un nuevo sistema de administración de bienes incautados a organizaciones criminales y bandas de narcotráfico, corrupción, minería ilegal, tala ilegal, defraudación tributaria, extorsión, secuestro y, en general, todo delito de agravio al Estado y que genere ganancias y bienes de origen ilícito. Completa este circuito normativo la novísima ley de crimen organizado, que brinda un tratamiento especial a determinados delitos de alta incidencia para configurar herramientas eficaces de persecución a la autoridad judicial, fiscal y policial. Está pendiente una iniciativa ante el Congreso de la República para que la UIF acceda a la información protegida por el secreto bancario y reserva tributaria.

El Perú cuenta con un Plan contra el Lavado desde el 2011, y las diversas agencias del Estado relacionadas con esta materia conforman la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (CONTRALAFT), que opera desde la Presidencia del Consejo de Ministros, es decir, desde la instancia más alta del gobierno.

Además, se considera un paso importante que el Ministerio Público haya acabado de crear una subespecialidad en el delito de lavado de activos. Las fiscalías especializadas tratarán los casos de pérdida de dominio. Un aspecto simbólico de la creación de estas fiscalías es que se han financiado íntegramente con bienes incautados a personas condenadas por delitos de corrupción y tráfico ilícito de drogas. Opera también en el país una muy activa procuraduría en lavado de activos que lamentablemente es blanco de las organizaciones criminales que investiga, utilizando el propio sistema legal para menoscabar su trabajo, lo que plantea un reto para blindar jurídicamente a los funcionarios contra esta tendencia que utilizan los abogados de tales organizaciones.

Hay que señalar que a lo normativo se suma el afianzamiento de una política consistente desde el Ejecutivo, desde la UIF y de las agencias de control penal, para asegurar que estos ilícitos no queden impunes y detengan su camino de contaminación de nuestra economía, sociedad y política y se genere un modo inteligente para luchar contra las organizaciones criminales de alta incidencia de violencia, como las que operan en el norte del país. Es el caso de la desarticulación de la banda del viejo Paco y la organización del cabecilla subversivo de Sendero Luminoso Victor Quispe Palomino, que implicó un monto superior a los 100 millones de dólares y que fue conocido como el caso Bokassa. A eso se suma un cúmulo de casos que no sé si calificar de alentador lo que ocurre hoy, pero tenemos en el Perú más de mil investigaciones por lavado, casi duplicando lo que existía en 2011. Eso nos da idea de la dimensión del problema. Sin dudas, las nuevas herramientas legales han fomentado esta tendencia y existe interés de la autoridad en abordar el problema.

Este enorme interés del gobierno peruano en un tema tan sensible será visto en perspectiva y su éxito se evaluará cuando se muestren los resultados judiciales. De momento seguimos construyendo, y buscamos, además, ser un referente, pues el fenómeno criminal es transnacional y requiere que exista una mayor conexión y cooperación judicial internacional, pues el dinero se mueve en circuitos. Por ello nuestra incidencia en el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y en particular en el GAFISUD.

Es importante, así, considerar este esfuerzo editorial titulado “El Combate al Lavado de Activos desde la Legislación Penal Peruana”, que constituye un importante estudio orientado a exponer de forma concreta y clara los alcances y dinámicas que subsisten al fenómeno social, económico y jurídico del lavado de activos. Es importante, en el contexto actual, difundir lo que venimos haciendo como país serio, constructor de una sociedad inclusiva y una economía competitiva.

La propuesta contenida en la presente publicación atiende, en primer lugar, a la textura abierta del fenómeno, para luego explicitar razonamientos que permitan entender mejor las medidas que en el escenario internacional, y de modo específico en el caso peruano, se han tomado y se vienen implementando.

El desafío de la lucha contra la criminalidad organizada ha impulsado a académicos y a funcionarios de Estados, a nivel regional y mundial, a plantear nuevos enfoques y renovar los mecanismos interinstitucionales para combatir este flagelo; al mismo tiempo ha avivado la discusión de la dogmática penal respecto a los nuevos tipos penales en el marco de una nueva política criminal de tendencia global que los países han tenido que incorporar a sus legislaciones internas. La misma dinámica existe en nuestro país y es bueno que se dé a conocer por medio de esta publicación que tengo el honor de prologar.

El presente esfuerzo editorial nos permite acercarnos y comprender, de manera integral, el delito de lavado de activos desde sus planteamientos iniciales a nivel internacional, regional y a nivel del sistema peruano, aproximación realizada desde la óptica de política criminal y dogmática penal, considerando el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico de Drogas y Otros Delitos Graves, de la CICAD, así como las convenciones internacionales sobre la materia.

Los autores que participan de esta edición merecen nuestro reconocimiento no solo por su trayectoria académica y jurisdiccional, sino por el rigor con el que abordan la temática en cuestión, planteando la política criminal que subyace a la criminalización del lavado de activos y sus manifestaciones socio económicas, así como el planteamiento y análisis dogmático respecto al tipo penal del lavado de activos, su autonomía, problemática e importancia para el combate a la criminalidad organizada, que impacta nocivamente en forma de inseguridad y violencia, que afectan al desarrollo y progreso de nuestras sociedades.

Las voces de los reconocidos autores españoles, como el profesor Eduardo Fabián Caparrós, Director del Máster “Corrupción y Estado de Derecho” y Coordinador del Programa de Doctorado “Aspectos jurídicos y económicos de la corrupción”, ambos por la Universidad de Salamanca; el profesor de la Universidad de Alicante, Isidoro Blanco Cordero, experto en delincuencia económica y financiera, crimen organizado y corrupción; y del doctor Javier Alberto Zaragoza Aguado, Fiscal de Sala Jefe de la Audiencia Nacional de España, plantean con acierto la problemática de la lucha contra la criminalidad organizada, el lavado de activos y el decomiso de bienes de procedencia ilícita. Para ello, consideran como punto de partida la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el Convenio de Estrasburgo y el Convenio de Varsovia, y merece especial mención el prolijo desarrollo dogmático penal que realizan sobre el delito de lavado de activos y el decomiso desde la normativa internacional, regional y comparada.

Por su parte, el distinguido Magistrado de la Corte Suprema de la República del Perú y profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor Víctor Prado Saldarriaga, nos introduce al estudio y análisis dogmático del delito de lavado de activos desde la óptica de la legislación peruana, y en especial, nos presenta las recientes modificaciones en nuestro sistema penal, que consagran la autonomía del delito de lavado, contemplado en el Decreto Legislativo n° 1106 y la sanción de las personas jurídicas como consecuencias accesorias, además de hacer consideraciones acerca de los antecedentes de la incorporación de este tipo penal en la legislación interna.

Publicaciones como la que ahora nos ocupa son de vital importancia para contribuir para la reflexión sobre los avances y desafíos que tenemos pendientes y que sin duda debemos enfrentar en el marco del Estado constitucional de derecho y de la firme política que busca enfrentar de forma clara y decidida el lavado de activos.

Finalmente, resulta importante recordar, como Alfonso Quiroz en “Historia de la corrupción en el Perú” (IEP, 2013), que: “los sistemas menos desarrollados enfrentan los dilemas interrelacionados de cómo permitir y promover el crecimiento, diseñar y hacer cumplir Constituciones que favorezcan la estabilidad y el desarrollo, distribuir el ingreso de modo más equitativo, democratizar y equilibrar el poder político, establecer el imperio de la ley y educar a los ciudadanos dentro de una sociedad civil vigorosa, que supervise una eficiente administración estatal. Los agentes corruptos minan estos esfuerzos, a veces con consecuencias y costos devastadores.”

Y, además, que: “el fenómeno de la corrupción ha mostrado tanto continuidad como variabilidad desde la aparición de los Estados y civilizaciones más tempranos. Las manipulaciones corruptas del

poder y la justicia tienen, pues, una larguísima historia y presencia en todas las culturas. Algunas sociedades han tenido más éxito que otras en ponerle freno a las corruptelas, pero ninguna ha logrado eliminar por completo este arraigado aspecto de las relaciones humanas.”

En el Perú, el compromiso del gobierno, de empresarios, de partidos políticos y de la sociedad civil en hacer frente a la corrupción en todos sus frentes es firme. En ese ánimo hemos venido trabajando, y en esas mismas coordenadas se inserta esta publicación, que permitirá conocer mejor lo que hemos venido haciendo en esta materia.

*Washington, 15 de febrero de 2014*

*Juan F. Jiménez Mayor  
Embajador del Perú ante la OEA  
Ex Primer Ministro de la República del Perú*

## Agradecimientos

Para todos es muy conocido que el lavado de activos, o blanqueo de capitales, y el crimen organizado son conductas que adquieren una capacidad delictiva cada vez mayor y más compleja y que constituyen una criminalidad con amplias conexiones a nivel global, que actúa con criterios empresariales y que, por supuesto, crea inseguridad, impacta negativamente en la sociedad, genera grave daño comunitario a cualquier nación y afecta indiscutiblemente la economía de nuestros países.

Por ello, su existencia demanda fortalecer las habilidades y competencias de quienes tienen bajo su responsabilidad el prevenir, investigar y sancionar a los responsables de la ejecución de estos delitos y requiere cooperar con las instituciones que controlan y reprimen el delito; cooperar con la actividad profesional e investigativa de los operadores de justicia, para que puedan advertir con mayor claridad dónde se encuentran estos focos de criminalidad; de allí la importancia de brindar el apoyo técnico necesario, especialmente con capacitación basada en los mejores criterios dogmáticos y jurisprudenciales, recopilados y actualizados en esta obra que representa su cuarta edición.

Por lo anterior, agradecemos a todos aquellos que nos brindaron su apoyo e hicieron posible que la presente edición de Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial sea publicada, en la cual se destaca un capítulo especial dedicado a la República del Perú.

En ese sentido, son dignas de nuestro reconocimiento y apreciación las valiosas contribuciones de la República del Perú, realizadas por funcionarios de instituciones que conforman la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (CONTRALAFT), con especial referencia a su Presidencia y Secretaría Técnica, y a otras entidades como el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación, la Unidad de Inteligencia de Financiera (UIF) y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Asimismo, extendemos nuestro profundo agradecimiento a los funcionarios del Buró Internacional de Narcóticos y Aplicación de la Ley (INL por sus siglas en inglés) de la Embajada de los Estados Unidos de América en el Perú, de la Misión Permanente del Perú ante la OEA y de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA), por el permanente compromiso con nuestras actividades.

Por último, pero no menos importante, merecen especial mención los autores de esta obra, que son los Doctores Isidoro Blanco Cordero, Profesor de la Universidad de Alicante; Eduardo Fabián Caparrós, Profesor de la Universidad de Salamanca; Javier Alberto Zaragoza Aguado, Fiscal de Sala Jefe de la Audiencia Nacional de España y Víctor Prado Saldarriaga, Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú, quienes no solo han aportado lo mejor de su experiencia y conocimientos en esta materia, sino también han colaborado permanentemente como los más notables conferencistas de nuestro programa de capacitación para jueces y fiscales para Latinoamérica y el Caribe desde hace más de una década, exponiendo las mejores prácticas en el ámbito académico, investigativo y judicial, así como la evolución del derecho positivo, de la dogmática penal y la política criminal a nivel global de este complejo fenómeno delictivo transnacional.

*Embajador Paul Simons  
Secretario Ejecutivo  
CICAD/OEA*



# CAPÍTULO

## I

# **La Fenomenología del Lavado de Dinero, sus Efectos sobre la Economía y el Bien Jurídico Protegido.**

**Eduardo Fabián Caparrós**

**Profesor Titular  
de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca**

# Subíndice

<b>I. INTERNACIONALIZACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS E INTERNACIONALIZACIÓN DE LA RESPUESTA</b>	<b>17</b>
<b>1. EVOLUCIÓN DE LAS INICIATIVAS SUPRANACIONALES</b>	<b>17</b>
A.) La Convención de Viena de 1988	17
B.) Actuaciones del GAFI y otras organizaciones asimiladas	19
C.) Iniciativas del Consejo de Europa	22
D.) Actuaciones de la Unión Europea	24
E.) Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera	27
F.) El Reglamento Modelo CICAD/OEA	28
G.) La Convención de Palermo de 2000	30
H.) La Convención de Mérida de 2003	32
<b>2. INICIATIVAS RELACIONADAS CON LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO</b>	<b>34</b>
A.) Algunas consideraciones críticas	34
1. El Convenio sobre la Financiación del Terrorismo de 1999	35
2. Actuaciones del GAFI	35
3. La Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002	36
4. El Convenio de Varsovia de 2005	36
<b>II. EFECTOS DEL LAVADO DE DINERO. BIEN JURÍDICO TUTELADO</b>	<b>37</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>37</b>
<b>2. BLANQUEO DE CAPITALES Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD</b>	<b>38</b>
A) El delito de blanqueo como figura accesoria	38
B) La autonomía del delito de blanqueo	39
C.) Síntesis	44
1. Presupuestos constitucionales para la penalización del blanqueo de capitales	44
2. ¿Bien jurídico desde la norma penal, o norma penal desde el bien jurídico?	46
3. La construcción del delito de blanqueo desde la perspectiva socio-económica	47
4. Penalización del blanqueo y principio de ultima ratio. La eficacia de otros medios de control sobre este ámbito	49
5. A modo de conclusión	54
<b>3. BLANQUEO Y RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS.     EL LAVADO DE ACTIVOS EN EL MARCO GLOBAL</b>	<b>55</b>

<b>III. FENOMENOLOGÍA DEL LAVADO DE DINERO</b>	<b>56</b>
<b>1. CONCEPTO DE BLANQUEO</b>	<b>56</b>
A.) Rasgos esenciales del reciclaje de fondos ilícitos	56
1. Introducción	56
2. El blanqueo es un proceso	56
3. Objeto del blanqueo: riqueza “negra” y riqueza “sucia”	59
4. No sólo el dinero es objeto de blanqueo	62
5. El blanqueo ha de serlo de “capitales”	63
6. El delito como medio de obtención de riqueza: blanqueo y crimen organizado	64
B.) Definición de blanqueo de capitales	67
<b>2. FENOMENOLOGÍA DEL BLANQUEO: LA UTILIDAD DE SU ESTUDIO</b>	<b>68</b>
A.) El blanqueo como proceso	68
B.) La utilidad del estudio de las tipologías del blanqueo	68
<b>3. FASES DEL PROCESO DE BLANQUEO</b>	<b>72</b>
A.) Fase de colocación u ocultación: la reducción del dinero al contado	70
1. Planteamiento general del problema	70
2. Depósitos bancarios	72
3. Instrumentación de títulos valores	73
4. Operaciones de ingeniería financiera	74
5. Aproximación al ámbito del juego y las apuestas	74
6. Establecimientos abiertos al público: las “transacciones-masa”	75
7. Operaciones de préstamo de dinero al contado	76
8. La proyección del dinero sucio hacia el exterior y el cambio de divisas	77
B.) Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto	79
1. Consideraciones preliminares	79
2. Uso del sistema financiero. El papel de otras instituciones formales y no formales	80
3. Adquisición efectiva de bienes	81
4. Instrumentación de transacciones ficticias	82
5. Préstamos de dinero	83
6. Instrumentación de personas físicas y jurídicas. Las sociedades interpuestas	83
C.) Fase de integración en la economía oficial.	85
La “reversión” de los capitales ilícitos	
1. Introducción	85
2. Factores que favorecen la integración	86
3. Algunos ejemplos concretos	87



## I. INTERNACIONALIZACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS E INTERNACIONALIZACIÓN DE LA RESPUESTA

El blanqueo de capitales constituye un ejemplo paradigmático de la nueva delincuencia de nuestros días: un fenómeno que se desarrolla al abrigo de ese mercado pluridimensional e interactivo en el que nos encontramos, pero que al mismo tiempo atenta contra su propia existencia. Cabría decir, por tanto, que el lavado de activos es un *hijo parricida* del sistema.

Precisamente por ello, pocas materias merecen ser evaluadas desde la perspectiva internacional como lo exige la que ahora nos ocupa. En el marco de la globalización progresiva a la que asistimos, los ordenamientos internos deben reaccionar frente a los fenómenos disfuncionales conforme a criterios también globales. En tanto no se cuente con instancias universales que controlen este tipo de procesos, será necesario armonizar las legislaciones de manera que las libertades de la nueva era no perjudiquen sus propios fundamentos. De ahí la importancia de analizar la evolución de las iniciativas internacionales sobre la materia para evaluar, más tarde, la adecuación del Derecho interno a sus previsiones.

### 1. EVOLUCIÓN DE LAS INICIATIVAS SUPRANACIONALES

#### A.) La Convención de Viena de 1988

Elemento culminante de una política sobre drogas eminentemente represiva que arrancó en 1984 con la aprobación de las Resoluciones 39/141 y 39/142 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la *Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988, fue el primer documento internacional en el que las Partes se obligaron en términos jurídicamente vinculantes a aprobar una legislación interna en la que se previera la imposición de penas a quienes trataran de dar apariencia de licitud a capitales procedentes de actividades ilegales.

Indudablemente, la *Convención de Viena* representa un verdadero punto de inflexión en la política a seguir en el marco de la lucha contra el lavado de capitales. De hecho, constituye el antecedente en el que se han apoyado los diversos textos internacionales sobre esta materia suscritos tras su aprobación, llegando aquellos incluso a aceptar, sin demasiadas alteraciones, la definición de blanqueo adoptada en los apartados b) i) y ii), y c) i) del artículo 3.1 del citado instrumento de Naciones Unidas.

A pesar de su éxito, cabe decir que las fórmulas legales de las que se vale la *Convención de Viena* albergan ciertas deficiencias desde el punto de vista técnico, combinando el casuismo que distingue a los textos de inspiración anglosajona con la ambigüedad propia de los instrumentos internacionales que surgen a la vida jurídica con una neta vocación de universalidad. Con todo, no debe enjuiciarse por ello negativamente; se trata de una redacción deliberadamente redundante y abierta, destinada a servir de base a un número creciente de Estados que, en el ejercicio de su potestad punitiva, deben esforzarse por adaptar sus obligaciones internacionales a sus respectivas estructuras jurídicas internas. En concreto, el art. 3.º de la Convención hace pivotar sus exigencias sobre los Estados miembro en torno a tres conductas rectoras: ocultar, intentar ocultar y disfrutar de los bienes que constituyen el objeto de blanqueo.

En el campo del tratamiento jurídico-penal de la vertiente financiera del tráfico de drogas, la *Convención de Viena* no se limita a exigir la tipificación del lavado de activos y sus formas de

participación. Además, en materia de consecuencias jurídicas, establece las bases que las Partes deben asumir para regular un eficaz sistema destinado a identificar, bloquear, secuestrar y confiscar las ganancias directas e indirectas del tráfico de drogas, procurando respetar la posición jurídica de los terceros de buena fe. En tal sentido, incorpora la figura del comiso del valor equivalente, transformando muchas veces el instituto —en la práctica— en una multa que, hablando en términos de Derecho patrimonial, traslada al ámbito obligacional una medida tradicionalmente ligada al terreno de los derechos reales.

Ahora bien, el Derecho Penal de nada sirve por sí solo; requiere de los medios procesales idóneos para que sea posible la aplicación de las medidas dispuestas por las leyes sustantivas. Consciente de las peculiaridades de un delito como el que nos ocupa, la *Convención de Viena* dispone la puesta en práctica de vínculos de cooperación internacional, asistencia judicial recíproca, levantamiento del secreto bancario y establecimiento de plazos amplios de prescripción; medidas todas ellas orientadas a combatir eficazmente una manifestación delictiva compleja que se inserta en el moderno contexto de incipiente globalización. En este mismo sentido, se incita a trascender más allá del clásico principio de territorialidad a la hora de determinar los límites jurisdiccionales, invitando a las partes a que apliquen criterios de personalidad, tanto en su vertiente de nacionalidad como de residencia.

Con todo, conviene tener siempre presente que el documento al que ahora nos referimos no se aprobó con la única finalidad de perseguir el lavado de activos. En efecto, la *Convención de Viena* ha dado forma jurídica a un programa de política criminal considerablemente más amplio, tendente en su conjunto a intensificar la represión del comercio ilegal de drogas en todo el planeta. En unas ocasiones, este proyecto se ha traducido en el incremento de la presión penal sobre ciertas conductas que ya se encontraban castigadas en la práctica totalidad de los países —por ejemplo, el artículo 3.5 de la *Convención* impone a las Partes que incluyan en sus respectivos códigos una amplia relación de circunstancias agravantes de la responsabilidad de los traficantes—. En otras, el tratado internacional ha propugnado la necesidad de implantar ciertas instituciones jurídicas, tanto procesales como sustantivas, en los ordenamientos internos de los muchos Estados que aún no disponían de ellas —así, la entrega vigilada de drogas en el marco de la investigación de delitos vinculados a estas sustancias, el incremento de la cooperación policial y judicial a escala internacional, la tipificación del tráfico de precursores y del propio blanqueo de las rentas derivadas de este comercio, el comiso de tales ganancias, etc.—.

Por consiguiente, la criminalización del reciclado de capitales no es, en modo alguno, la única medida contenida en la *Convención de Viena*. Ciertamente es que éste fue el primer documento internacional en el que se ha exigido a los Estados que regulen la prohibición de este género de comportamientos; pero el castigo del blanqueo —previsto en el Convenio si y sólo si aquellos proceden del mercado de las drogas— no es considerado en él más que como una técnica, entre otras muchas, dirigida a combatir este tráfico ilícito.

Puede decirse sin temor a errar que la *Convención de Viena* constituye el primer antecedente de cuantas iniciativas internacionales se han construido sobre la materia; pero también cabe afirmar que nació carente de la perspectiva necesaria para abordar de manera global el problema de la delincuencia organizada, previendo institutos sustantivos y procesales sólo aplicables al mundo del narcotráfico, como si éste fuera la única manifestación vinculada a la industria del crimen. Eso sí: sentó las bases sobre las que más de diez años después se construyeron la *Convención de Palermo* (2000) y la *Convención de Mérida* (2003).

## B.) Actuaciones del GAFI y otras organizaciones asimiladas

El Grupo de Acción Financiera sobre lavado de activos (FATF-GAFI) fue creado con motivo de la cumbre del G-7 celebrada en París en 1989. Reconociendo el papel esencial que podrían desempeñar en este campo el sistema bancario y las instituciones financieras, los Jefes de Estado y de Gobierno de los siete países más industrializados acordaron la constitución del Grupo, en cuya fundación también participaron otros ocho Estados — entre ellos, España— y la Comisión Europea. Entre 1991 y 1992, a los dieciséis miembros fundadores se añadieron otros doce más. En la actualidad, al GAFI pertenecen 34 Estados y dos Organizaciones Internacionales.

Este organismo es, probablemente, la entidad supranacional más relevante en este campo. El GAFI nació con el fin esencial de promover, desarrollar y coordinar políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales, tanto en el plano nacional como en el internacional. Además, y aunque sus pronunciamientos difícilmente podrían considerarse vinculantes en términos técnico-jurídicos, lo cierto es que su capacidad de influencia ha hecho posible la renovación de la normativa interna de muchos países de acuerdo con los criterios esenciales marcados en sus célebres *Cuarenta Recomendaciones*.

Las primeras *Cuarenta Recomendaciones* fueron reformadas en 1996, 2001 y 2003 con objeto de adaptarse a las nuevas realidades del blanqueo de capitales. Bajo la influencia de los acontecimientos producidos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, y a modo de complemento específico de las originales, el GAFI aprobó el 31 de octubre de 2001 sus *Ocho Recomendaciones Especiales sobre Financiación del Terrorismo* y a las que se añadió una *Novena Recomendación* el 22 de octubre de 2004. Finalmente, el 16 de febrero de 2012, esta Organización aprobó sus nuevas *Cuarenta Recomendaciones*, hoy vigentes, que han sustituido, integrado y actualizado a todas las anteriores, conformando un único *corpus* destinado a prevenir y combatir tanto el lavado de activos como la financiación del terrorismo.

Aunque no disponen de eficacia jurídica directa, estas nuevas *Cuarenta Recomendaciones* — aprobadas bajo el título “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación”— constituyen un completo cuadro general de contramedidas contra el blanqueo de activos y la financiación de terrorismo, implicando en el proyecto a los sistemas penales nacionales, al sistema financiero y a la cooperación internacional. Las obligaciones básicas planteadas a lo largo de las *Cuarenta Recomendaciones* se estructuran en siete grandes apartados:

— A modo de introducción general, el primero de ellos (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> recomendaciones) aborda la cuestión de las políticas contra el lavado de dinero y la financiación de terrorismo desde la perspectiva del análisis de riesgos, dando relieve en tal sentido a la importancia de la cooperación internacional y la coordinación interna. Comenzar por estos aspectos constituye una decisión de especial importancia, otorgando prioridad a la prevención respecto de la represión de los actos de blanqueo ya realizados.

— El segundo y el tercero de los bloques que integran este documento afecta, respectivamente, a aspectos vinculados a la penalización del lavado y a la aplicación del comiso de bienes derivados del delito (3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> recomendaciones), y a la penalización de la financiación del terrorismo, la aplicación de sanciones financieras “inteligentes” —destinadas a personas y entidades concretas— vinculadas al terrorismo, su financiación y la proliferación, incidiendo especialmente sobre la instrumentalización de organizaciones sin aparente ánimo de lucro (5.<sup>a</sup> a 8.<sup>a</sup>).

— A continuación, el amplio cuarto apartado retorna al criterio de la prevención, incidiendo sobre los límites del secreto en el marco de las instituciones financieras (9.<sup>a</sup> recomendación) y la

consolidación y actualización de medidas tendentes a regular la actuación de los sujetos obligados sobre cuestiones tales como la debida diligencia y la conservación de registros (10.ª y 11.ª), las medidas adicionales para clientes y actividades específicas, incluyendo el tratamiento de las personas expuestas políticamente (12.ª a 16.ª), el control de operaciones realizadas en el marco de estructuras financieras internacionales (17.ª a 19.ª), el reporte de operaciones sospechosas (20.ª y 21.ª) o la supervisión de actividades no financieras que, debido a su significación, merezcan tal tratamiento (22.ª y 23.ª).

— El quinto bloque de recomendaciones está encaminado a garantizar la transparencia de las operaciones económicas cuando se estructuran a través de entidades colectivas que puedan servir de cobertura a beneficiarios finales distintos de los aparentes (24.ª y 25.ª recomendaciones).

— Las recomendaciones 26.ª a 35.ª integran un amplio conjunto de criterios destinados a configurar adecuadamente el marco institucional de control. En especial, se abordan cuestiones tales como la regulación y supervisión (26.ª a 28.ª), ciertas medidas instrumentales de carácter general (33.ª y 34.ª) o el régimen de sanciones (35.ª). Merece especial mención la configuración de órganos y su régimen de funcionamiento, marco en el que destaca el diseño de las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF's) (29.ª), definidas como “centro nacional para la recepción y análisis de: (a) reportes de operaciones sospechosas; y (b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, y para la comunicación de los resultados de ese análisis”.

— Finalmente, este bloque normativo se cierra con un apartado dedicado a la cooperación internacional, ya anunciada en la 2.ª recomendación, refiriéndose expresamente a la necesidad de adoptar debidamente los instrumentos internacionales sobre la materia (36.ª), cumplir con los deberes de asistencia legal mutua (37.ª y 38.ª) y colaborar eficazmente en el marco de la extradición y otras formas de cooperación (39.ª y 40.ª).

Con todo, el elemento esencial que otorga virtualidad al entramado creado por el GAFI consiste en el carácter dinámico de sus actuaciones. No conformándose con lograr la adhesión de un número creciente de miembros —36 en la actualidad—, este organismo estructura su actividad sobre Programas de Trabajo anuales impulsados por la Presidencia rotatoria de un Estado. En el momento en el que se concluyen estas líneas se cerraban los trabajos del periodo 2012-2013 (GAFI-XXIV), bajo mandato noruego, dando paso a la apertura del nuevo periodo 2013-2014 bajo la presidencia rusa de Vladimir Nechaev. Las actividades de cada año comienzan en julio y terminan el junio siguiente.

A lo largo de tales Programas, los países miembros se someten a un sistema continuado de autoevaluación y de evaluación mutua a partir del cual se determina la adecuación de sus respectivos sistemas a las exigencias planteadas en las *Cuarenta Recomendaciones*. De los resultados obtenidos se deriva la exigencia de responsabilidades políticas que pueden provocar la suspensión de pertenencia al GAFI.

El citado esfuerzo de renovación del GAFI también se traduce en la observación fenomenológica del blanqueo, importante para identificar la vertiente práctica del problema y así determinar si las medidas normativas adoptadas son suficientes para hacer frente a una realidad cambiante. Periódicamente, el GAFI publica un *Informe* en el que describe las nuevas formas bajo las que se manifiesta el lavado de activos.

Así mismo, y a partir de las referidas evaluaciones, el GAFI actualiza una lista de países que revelan carencias en sus sistemas de prevención y represión del lavado de activos. A tenor de los datos contenidos en el comunicado publicado el pasado 22 de febrero de 2013, el último que se ha publicado antes de cerrar el presente trabajo, la denominada “lista roja” —a la que

pertenecen los Estados respecto de los cuales el GAFI reclama a sus miembros la necesidad de adoptar contramedidas para proteger sus respectivos sistemas financieros del riesgo de lavado y financiación del terrorismo— está integrada por Irán y la República Popular de Corea; en su “lista negra” —países con deficiencias que no han adoptado suficientes medidas para solucionarlas o que no se han comprometido a tal fin, respecto de los cuales advierte la necesidad de considerar los riesgos de lavado— se encuentran Ecuador, Etiopía, Indonesia, Kenia, Myanmar, Pakistán, Santo Tomé y Príncipe, Siria, Tanzania, Turquía, Vietnam y Yemen; finalmente, la “lista gris” —países que revelan deficiencias, pero que se han comprometido ante el GAFI a elaborar un plan de acción para superarlas— están Afganistán, Albania, Angola, Argentina, Bangladesh, Camboya, Cuba, Kuwait, Kirguizistán, Marruecos, Mongolia, Namibia, Laos, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Sudán, Tayikistán y Zimbabwe, Estados a los que se suman Antigua y Barbuda y Argelia —situados en una denominada “lista gris oscura”— en la medida en que están advertidos de pasar a la “lista negra” si no actualizan suficientemente sus sistemas.

Como todos los acuerdos alcanzados por el GAFI, la pertenencia a alguna de estas listas no tiene carácter coactivo en términos jurídicos. Sin embargo, constituye un elemento de presión política que, en última instancia, se traduce en la aplicación de contramedidas.

Tras la aprobación de las nuevas *Cuarenta Recomendaciones*, el GAFI ha renovado su mandato de actuación hasta el año 2020 con ocasión de la reunión de Ministros y Representantes que tuvo lugar en Washington en abril de 2012, declarando el reforzamiento de la colaboración de este organismo con el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y las Naciones Unidas. Conviene tener presente que el GAFI vio la luz en el año 1989, constituyéndose por un periodo de quince años, condicionando su permanencia a la necesidad de supervivencia.

La presencia territorial del GAFI en el Planeta es relativamente asimétrica y el acceso de nuevos miembros se valora con cautela. Los únicos países latinoamericanos que pertenecen a la organización son Argentina, Brasil y México, que ingresaron en el año 2000. Después de esta fecha, sólo se han incorporado Rusia y Sudáfrica (2003), China (2007), Corea del Sur (2009) y la India (2010). Con todo, también es cierto que a lo largo de su existencia han aparecido una serie de organizaciones internacionales dotadas de objetivos similares que, en buena parte de los casos, actúan a semejanza de la que ahora nos ocupa. Se trata de los llamados *FATF-Style Regional Bodies* (FSRBs). Son los siguientes:

- Grupo Asia / Pacífico (*Asia / Pacific Group on Money Laundering – APG-GAP*).
- Grupo de Acción Financiera del Caribe (*Caribbean Financial Action Task Force – GAFIC-CFATF*).
- Comité Selecto de Expertos del Consejo de Europa sobre Evaluación de Medidas contra el Blanqueo de Capitales (*Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures - MONEYVAL*).
- Grupo Antiblanqueo de África del Sur y del Este (*Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group – ESAAMLG-GABAOA*).
- Grupo de Acción Financiera de América del Sur (*Financial Action Task Force on Money Laundering in South America - GAFISUD*).
- Grupo Euroasiático (*Eurasian Group - EAG*), fundado en Moscú en octubre de 2004.
- Grupo de Acción Financiera de Oriente Medio y África del Norte (*Middle East and North Africa Financial Action Task Force – MENAFATF-GAFIMOAN*), fundado en Bahrein en noviembre de 2004.
- Grupo Intergubernamental de Acción contra el Blanqueo de Capitales en África Occidental (*Inter Governmental Action Group against Money Laundering in West Africa – GIABA*).

Todos estos grupos han asumido como propias las *Cuarenta Recomendaciones*, complementándolas en ocasiones con normas propias referidas a las peculiaridades de la zona de que se trate, tal y

como ocurre con las *Diecinueve Recomendaciones* del GAFIC, que reúne a la mayoría de los Estados centroamericanos —excepto Costa Rica y Panamá—, Venezuela y los países caribeños.

### C.) Iniciativas del Consejo de Europa

Con ocasión de la XV Conferencia Europea de Ministros de Justicia, reunida en Oslo entre los días 17 y 19 de junio de 1986, los representantes de los países que entonces integraban el Consejo de Europa examinaron los aspectos penales del abuso y del tráfico de drogas. Con vistas a erradicar este mercado ilícito, la Conferencia resolvió recomendar la adopción de medidas y de criterios internacionales tendentes a garantizar una cooperación internacional eficaz entre autoridades policiales y judiciales con respecto al encubrimiento y el decomiso de los rendimientos procedentes del tráfico ilegal de estas sustancias.

A resultas de esta invitación, en septiembre de 1987 se constituyó un Comité de expertos — conocido por las siglas PC-R-SC—, en el que no sólo participaron representantes de los países del Consejo de Europa. Tomando como referencia los trabajos desarrollados hasta aquel momento en el marco de Naciones Unidas, se encargó de redactar un instrumento jurídico dirigido a armonizar la regulación de tales asuntos en el territorio de los distintos sujetos internacionales que lo suscribieran, con independencia de que tales beneficios procedieran o no del narcotráfico.

Así las cosas, tras casi tres años de trabajos efectuados en el marco del PC-R-SC, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, convocado el día 8 de noviembre de 1990 en la ciudad francesa de Estrasburgo, adoptó la redacción definitiva del *Convenio sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos*.

La referencia que se acaba de hacer al *Convenio* de 1990 tal vez pudiera parecer innecesariamente extensa, de no ser porque este instrumento constituye un significativo cambio de orientación en la política criminal internacional sobre blanqueo de capitales. Si se atiende a su génesis, comprobaremos que en los antecedentes del texto aprobado en Estrasburgo se pretendió inicialmente reforzar la represión del tráfico de drogas, penalizando el lavado en tanto que herramienta de ese mercado ilícito. Sin embargo, su tramitación en el marco del Consejo de Europa hizo de él un cuerpo normativo autónomo —el primero en todo el mundo de carácter jurídicamente vinculante—, destinado a afrontar una realidad que, aunque pueda correr paralela en el plano criminológico, alberga un contenido material radicalmente distinto al narcotráfico, así como a cualquier otra de las muchas manifestaciones delictivas que existen en nuestra sociedad y se caracterizan por estar dotadas de una elevadísima rentabilidad económica.

Desde la década de los cincuenta, el Consejo de Europa ha trabajado en pos de la cooperación penal en su ámbito territorial de influencia. Diversos tratados aún vigentes sobre diversas materias penales —extradición, ejecución de sentencias, transferencia de actuaciones procesales, etc.— dan muestra de esta vocación. Con todo, apreciadas las peculiaridades del blanqueo de capitales, se apreciaron las insuficiencias del entramado convencional creado hasta entonces, haciéndose precisa la redacción de un nuevo instrumento legal creado específicamente para hacer frente a esta realidad.

Ahora bien, a diferencia de los tratados que la precedieron, el *Convenio de Estrasburgo* de 1990 quiso eludir el calificativo “europeo” que daba testimonio del origen institucional de sus predecesores a fin de dar acceso a los países “no europeos”, ajenos a la Organización: Australia, Canadá y EE.UU. En general, el art. 37 del *Convenio* prevé la posibilidad de que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, luego de celebrar consultas con las partes del *Convenio*, invite a cualquier Estado que no sea miembro del Consejo. En suma, lo que se pretendió fue aglutinar en torno a un mismo acuerdo el máximo número de voluntades, elemento esencial en el marco

de la lucha contra unas actividades que, por esencia, desconocen fronteras. A fecha de hoy, ya lo han ratificado o se han adherido a él los 47 Estados de la Organización, a los que hay que añadir a Australia, estando abiertos los procesos de incorporación de Canadá, Colombia, Kazajstán y EE.UU.

Su art. 6.1 obliga a las Partes a penalizar toda una serie de conductas vinculadas con el lavado de las ventajas económicas procedentes de la comisión de delitos, sea cual fuere la naturaleza de éstos, aunque —como tantos otros instrumentos— lo haga tomando como modelo la literalidad que ofrece la *Convención de Viena*. En consecuencia, lo relevante es la existencia misma de una ganancia ilícita y no la cualidad concreta del delito previo, demostrado con ello que el lavado no es contemplado como un hecho accesorio de la infracción previa, sino dotado de significación autónoma.

Además, el *Convenio de Estrasburgo*, entre otras disposiciones potestativas, incorpora en su art. 6.3.a) la previsión de que los Estados extiendan la tipificación de la legitimación de bienes respecto de aquellos sujetos que deberían “haber presumido que los bienes eran producto del delito”, admitiendo expresamente con ello el castigo de formas de dolo eventual, si no de imprudencia grave.

Con todo, el *Convenio de Estrasburgo* incide con especial intensidad sobre todo aquello que tenga que ver con el comiso de los bienes procedentes del blanqueo de capitales, desde el convencimiento de que es ésta la mejor forma de neutralizar el avance de las organizaciones criminales internacionales. En sus arts. 2 a 5 se prevén medidas de carácter nacional, profusamente complementadas a lo largo de los arts. 7 a 35 con una colección de disposiciones orientadas a la cooperación internacional sobre la materia.

En fechas mucho más recientes, y al hilo de una bien conocida preocupación extendida por todo el planeta, el Consejo de Europa ha aprobado un segundo tratado internacional relativo al lavado de activos y a la identificación de las estructuras económicas relacionadas con las actividades criminales. Se trata del *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos y sobre la financiación del terrorismo*, más conocido como *Convenio de Varsovia*, adoptado el 16 de mayo de 2005.

Esta iniciativa entró en vigor el 1 de mayo de 2008 y, en el momento presente, cuenta con 37 firmas, de las cuales 23 han sido seguidas de ratificación o adhesión. Del Informe Explicativo que la avala, se deduce que este nuevo Tratado —que surgió a partir del intento de aprobar un mero Protocolo adicional al *Convenio de Estrasburgo*— aspiraría a suceder al texto de 1990, incorporando las experiencias recabadas a escala internacional sobre la materia y, sobre todo, incorporando al texto todo un cuerpo de disposiciones relativas a la financiación del terrorismo.

Conforme a criterios similares al GAFI, el Consejo de Europa creó en 1997 el Comité Selecto de Expertos del Consejo de Europa sobre Evaluación de Medidas contra el Blanqueo de Capitales (*Council of Europe Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures* - MONEYVAL) con objeto de vigilar el cumplimiento de las medidas relacionadas con el blanqueo de capitales y, últimamente, también las referentes a financiación del terrorismo. Desde octubre de 2009, el MONEYVAL se encuentra inmerso en los trabajos de su cuarta ronda de evaluación, procedimiento basado actualmente en las normas aprobadas en el marco de su Reunión Plenaria de marzo de 2010, y que es ejecutado mediante la aplicación de un cuestionario aprobado un año antes por el mismo órgano.

La Resolución CM/Res(2010)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 13 de octubre de 2010 el Estatuto del MONEYVAL, otorgando a este organismo la condición de mecanismo independiente de supervisión en el marco de esta Organización Internacional. Con

ello, y desde el 1 de enero 2011, el MONEYVAL rinde cuentas de su gestión ante el citado Comité de Ministros, sin intermediarios.

#### D.) Actuaciones de la Unión Europea

A finales de la década de los ochenta —cuando aún faltaban varios años para que el *Tratado de Maastricht* abrazara a las Comunidades Europeas bajo el término “Unión”—, Estados Unidos promovió una reforma legal interna tendente a extender a las entidades financieras extranjeras que operasen en su territorio la obligación —que ya afectaba a las domésticas— de comunicar a las autoridades la ejecución de cualquier transacción cuyo importe excediera de 10.000 USD, bajo amenaza de retirada de la licencia para operar en los Estados Unidos. Ante ello, las Comunidades Europeas tuvieron que emprender acciones diplomáticas, fruto de las cuales fue la retirada del proyecto norteamericano a cambio de que al otro lado del Atlántico se aprobara la Directiva 91/308/CEE; la *Primera Directiva* sobre blanqueo de activos.

La relevancia de este instrumento jurídico deriva del hecho de que, en el marco del Derecho Comunitario, una Directiva es una norma de carácter general que los Estados miembros deben implementar a su Derecho interno —“transponer”, según la terminología comunitaria— dentro de los límites materiales y temporales en ella marcados. En principio, las Directivas no tienen eficacia directa, puesto que necesitan ser desarrolladas por los Estados miembros.

Desde el punto de vista sustantivo, la *Primera Directiva* no representó ninguna “innovación revolucionaria” en el contexto de la lucha contra el blanqueo de capitales, tal y como ésta se había venido configurando en la escena internacional y, en especial, en la *Convención de Viena* de 1988. Sin embargo, la parte dispositiva de este cuerpo normativo fue precedida de un extenso Preámbulo en el que se recogen de forma detallada las razones que aconsejan la adopción de medidas de control del blanqueo en el territorio de lo que hoy es la Unión Europea, orientadas a la tutela del sistema financiero. En él se advierte que el uso de las entidades de intermediación financiera para el lavado de activos “puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la institución como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público”, señalando algunos párrafos más adelante la necesidad de que los Estados extiendan total o parcialmente la eficacia de las normas destinadas a tales entidades o instituciones “a las profesiones y empresas cuyas actividades sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de capitales”. Coherentemente, la Directiva se distancia en este campo de la política antidroga emprendida por la *Convención de Viena*, afirmando que “el fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas”.

Con todo, la *Primera Directiva* fue una norma de naturaleza esencialmente administrativa y preventiva. Aunque se pretendió a lo largo del *iter* legislativo, el Consejo no incluyó en el texto final de la Directiva ninguna norma que obligara a los países miembros a tipificar como infracción penal el lavado de rentas ilegales: la Comunidad Europea —y aún hoy la Unión Europea surgida del *Tratado de Maastricht*— carece de competencias penales. En su lugar, se limitó a incluir un tímido artículo 2 en el que señaló la necesidad de que los Estados velaran “para que el blanqueo de capitales, tal y como se define en la presente Directiva, quede prohibido”, absteniéndose deliberadamente de concretar cuál debería de ser el carácter —penal, administrativo, civil, etc.— de tal interdicción.

A pesar de todo, el Consejo no quiso renunciar totalmente a expresar su voluntad original de extender la criminalización del lavado de rentas procedentes de actividades delictivas por todo el territorio comunitario. Por una parte, el preámbulo de la *Directiva* afirma sin lugar a ambigüedades que “el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal”. Además —y quizá sea esto lo más llamativo—, los autores de la Directiva añadieron al término de

la misma una *Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo*, cuya verdadera naturaleza jurídica no resulta nada fácil de precisar, y en la que los citados mandatarios expresaron su respectivo compromiso de tomar, antes de que finalizara el año 1992, todas las medidas necesarias para poner en vigor una legislación penal interna encaminada a cumplir los compromisos en materia de blanqueo de capitales derivados de la adopción de la *Convención de Viena* de 1988 y del *Convenio de Estrasburgo* de 1990, antes citados.

Por consiguiente, la *Primera Directiva* no obligó directamente a los países que integran la Unión Europea a hacer del reciclaje de capitales un delito. En realidad, el deber que compete a los Estados de transponerla fluye en una doble dirección que no tiene por qué desembocar necesariamente en la modificación del ordenamiento penal:

— De un lado, exigió la sanción del blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales del modo que estime más oportuno cada país miembro —incluyendo entre tales modos, por supuesto, la opción penal—.

— De otro, impuso la obligación de aprobar una legislación interna de marcado carácter administrativo en la que se recoja una relación de normas orientadas a evitar, restringir o vigilar ciertas actividades o situaciones —uso excesivo de moneda en efectivo, transferencia o depósito de grandes cantidades de dinero, identificación insuficiente del cliente por parte de las entidades de crédito, etc.— susceptibles de ser utilizadas para lavar capitales.

A la luz de la experiencia, la Unión Europea desarrolló actuaciones en los últimos años encaminadas a perfeccionar los dispositivos establecidos en la *Primera Directiva*, aprobándose finalmente la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modificaba la Directiva 91/308/CEE. Con todo, la aprobación de esta *Segunda Directiva* sobre lavado de activos no fue nada fácil, debiendo producirse los acontecimientos terroristas del 11 de septiembre en Estados Unidos para que los Estados superaran sus iniciales reticencias respecto de los límites de la intervención de la nueva norma. Obligados a transponerla antes del 15 de junio de 2003, los países miembros se vieron obligados a ampliar el cuadro de infracciones previas a todo tipo de delitos graves, considerando como tales los indicados a partir de los mínimos establecidos por la propia *Directiva*, y no por la legislación penal de cada Estado miembro. Ello ha hecho que, en España, la Ley Orgánica 15/2003 haya ampliado el cuadro de infracciones previas indicadas en el art. 301 del Código Penal, que ya no son sólo los “delitos graves”, sino cualquier delito, con independencia de cuál sea su naturaleza; tendencia que ha consolidado la Ley Orgánica 5/2010.

Adoptando una medida realmente polémica —secundada en sus líneas generales por la reforma de las viejas *Cuarenta Recomendaciones* del GAFI, producida en 2003—, la *Segunda Directiva* también amplió el cuadro subjetivo de obligados, sometiendo a control la actividad de profesionales como los abogados y otros profesionales liberales, a pesar del riesgo que algunos países vieron en ello para el derecho fundamental a la defensa de los acusados de blanqueo y para la salvaguarda del secreto profesional. Ampliación que también en España ha implicado la reforma de la legislación sobre prevención del blanqueo, esta vez por obra de la Ley 19/2003, y que actualmente consagra la vigente Ley 10/2010. En cualquier caso, no olvidemos que esta *Segunda Directiva* no implica nuevas orientaciones, sino que trae causa de la *Primera*, a la que sólo modifica, aunque lo haga con cierta profusión.

Recordemos que la Unión Europea, como organización regional orientada a la integración política de sus miembros en torno a un futuro Estado confederal, ha venido careciendo de atribuciones penales. Con todo, la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* de 2007 ha supuesto la desaparición del antiguo régimen de pilares comunitarios que ubicaba las materias penales en el, a veces, inconsistente contexto de la cooperación intergubernamental propia del tercer pilar —justicia

y asuntos de interior—, “comunitarizándolas” y situándolas en pie de igualdad con el resto de competencias, en el marco del procedimiento ordinario de codecisión entre órganos de la Unión. En consecuencia, la Unión Europea ahora sí está en condiciones de imponer a los Estados la obligación de tipificar conductas, imponiendo a los Estados la necesidad de modificar sus leyes penales nacionales.

Antes del *Tratado de Lisboa*, la Unión Europea quiso profundizar en la estrategia de control del lavado de activos tanto en el ámbito del primer pilar como en el del tercero. Respecto del primero —el denominado “pilar comunitario”—, lo hizo mediante la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005, *Tercera Directiva* sobre blanqueo de capitales, que derogó y sustituyó tanto a la *Primera* de 1991 como a la *Segunda* de 2001. En cuanto al tercer pilar sobre asuntos de justicia y asuntos de interior —esto es, mediante la mera cooperación intergubernamental—, a través de la Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, y de la Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001.

La *Tercera Directiva* sobre blanqueo de capitales —cuya aprobación ya fue anunciada en la propia Directiva 2001/97/CE— se mantiene distante del ámbito represivo para ahondar sobre la finalidad preventiva perseguida por las normas que la precedieron. También se limita en su art. 1.1 a exigir que el blanqueo quede prohibido, sin especificar la naturaleza de tal prohibición, aunque también —como ya hizo en su día la Directiva 91/308/CEE— establece en el apartado 1 de su preámbulo. Más allá de estas consideraciones, la mayor parte de su articulado se dedica a establecer las obligaciones de colaboración a las que quedan sujetos los profesionales de un amplio abanico de áreas de actividad económica —operadores financieros, auditores, contables, abogados, notarios, agentes de la propiedad inmobiliaria, casinos, etc.—, referidas a un creciente número de actividades, fijando asimismo el correspondiente régimen sancionatorio.

Con todo, la principal novedad que aporta la *Tercera Directiva* probablemente consista en reunir bajo una misma norma la aplicación de criterios preventivos similares tanto para el blanqueo como para la financiación del terrorismo. Como hace respecto de la legitimación de capitales, su art. 1.1 también exige que la financiación del terrorismo quede “prohibida”, previendo luego la aplicación de las mismas medidas de control respecto del flujo de fondos que puedan servir de fuente de ingresos para tales actividades.

La Directiva 2005/60/CE fue complementada por la Directiva 2006/70/CE, de 1 de agosto de 2006, que estableció disposiciones complementarias sobre la definición de personas del medio político —personas expuestas políticamente—, así como sobre ciertos procedimientos simplificados de diligencia debida y exenciones de control.

Aproximándose mucho más al núcleo del ámbito penal —aunque, por ello, y como ya hemos indicado antes, alejándose del terreno competencial propio del Derecho Comunitario, adhiriéndose con más propiedad al ámbito de la cooperación intergubernamental del tercer pilar—, el Consejo aprobó el 3 de diciembre de 1998 la Acción Común 98/699/JAI, *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*. Apoyándose explícitamente en el casi homónimo Convenio de Estrasburgo de 1990, esta disposición pretendió que la vigencia del instrumento del Consejo de Europa fuera adoptado sin ningún género de reservas por parte de los Estados comunitarios.

También en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión —hoy reformado conforme a las exigencias del Tratado de Niza, vigente desde 2003— también el Consejo aprobó el 26 de junio de 2001 la Decisión Marco 2001/500/JAI, de idéntica denominación e inspiración a la Acción Común 98/699/JAI. Esta nueva norma impone a los Miembros de la Unión la obligación de acatar los mandatos del Convenio de Estrasburgo de 1990, prohibiendo que formulen reservas al mismo respecto de los casos de blanqueo en los que el delito precedente lleve aparejada una medida

privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados cuyo sistema jurídico imponga un umbral mínimo para los delitos —como es el caso español—, aquellos que lleven aparejada una medida privativa de libertad mínima superior a seis meses. Así mismo, la Decisión Marco exige a los Estados que la pena de prisión mínima para los blanqueadores sea de una duración máxima que no sea menor a cuatro años.

En cuanto al decomiso de bienes, la Decisión Marco 2001/500/JAI establece la necesidad de implementar la técnica del comiso equivalente para aquellos casos en los que no sea posible la incautación directa de las ganancias —esencialmente, en aquellos casos en los que puedan resultar perjudicados terceros de buena fe—, aceptando excepciones en aquellos casos en los que el citado valor no exceda de 4.000 euros. Conviene advertir que esta medida —contemplada ya respecto del tráfico de drogas en la *Convención de Viena* de 1988— ha sido recientemente incorporada al ordenamiento jurídico español ex Ley Orgánica 15/2003.

En definitiva, las iniciativas sobre lavado de activos emprendidas por la Unión Europea han seguido dos líneas paralelas de progreso: una, comunitaria *stricto sensu*, relativa a la prevención del blanqueo, acometida a través de tres Directivas, de las que sólo la última está vigente en la actualidad; otra, de carácter represivo penal, perteneciente al tercer pilar, adscrita a la política de cooperación intergubernamental en materia de justicia y asuntos de interior, materializada mediante una Acción Común y una Decisión Marco. Ambas vías parecen ser complementarias, respetando los ámbitos competenciales comunitarios. Con todo, la más reciente evolución de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la hora de interpretar las normas pertenecientes al tercer pilar, su grado de eficacia sobre el Derecho interno de los Estados Miembros y la evaluación del Derecho Penal como garante necesario de aquellos intereses sobre los cuales la Unión Europea ostente competencia (por ejemplo, las Sentencias de 16 de junio de 2005 y de 13 de septiembre de 2005) ha hecho que comience a plantearse la legitimidad del recurso al Derecho Penal por parte del Derecho Comunitario.

En la actualidad, el sistema institucional europeo diseñado a la luz del *Tratado de Lisboa* ha superado el modelo de pilares comunitarios que —permítase la expresión— discriminaba entre materias “de primera categoría”, pertenecientes al primer pilar, y materias “de segunda”, adscritas al segundo y al tercer pilar, bajo la más débil cobertura de la mera cooperación intergubernamental. En este nuevo contexto, se espera la inminente aprobación, en torno a la segunda mitad de 2013, de la *Cuarta Directiva* sobre blanqueo de capitales. En el momento de redactar estas líneas, existe una propuesta de 5 de febrero de 2013 que, entre otras novedades, prevé otorgar una mayor claridad para algunos de los principales conceptos que sustentan el régimen de prevención —como definir con más precisión los conceptos de “persona del medio político” o “titular real” —, así como reiterar que los sistemas y controles deben mantener un grado de flexibilidad para hacer frente a la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo de forma eficaz. En el plano represivo, se pretende ampliar progresivamente el cuadro de delitos previos y extremar el carácter autónomo del delito de lavado respecto de los crímenes de los que procedan los bienes blanqueados.

## **E.) Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera**

Conscientes del carácter internacional del blanqueo de capitales, al tiempo que reconociendo el valor de la adopción de medidas de control tendentes a prevenir la comisión de este tipo de conductas, el 9 de junio de 1995 se constituyó en el Palacio de Egmont-Aremberg de Bruselas el *Grupo Egmont* de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF's) con objeto de favorecer la cooperación internacional en este ámbito.

Tal y como definió el propio *Grupo Egmont* en su *Statement of Purpose* con motivo de su reunión celebrada en junio de 2004 en la isla de Guernsey, una UIF es “una institución central de carácter nacional responsable de recibir —y de solicitar, en tanto esté habilitada para ello—, analizar y comunicar a las autoridades competentes información financiera relativa a bienes de los que se sospeche su origen criminal, a fondos hipotéticamente dedicados a la financiación del terrorismo, o a cualesquiera otros bienes respecto de los cuales lo exija la correspondiente normativa nacional, con objeto de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”.

Cabría afirmar que el *Grupo Egmont* trae causa del GAFI, toda vez que fue esta última entidad la que, desde la perspectiva supranacional, sentó las bases de lo que hoy conocemos como UIF's: entidades nacionales encargadas de recibir, analizar y canalizar hacia las autoridades competentes la información referente a operaciones sospechosas, suministrada por los sujetos obligados a ello por la legislación destinada a la prevención del blanqueo. La UIF española es el Servicio Ejecutivo para la Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC), adscrito al Banco de España, y se encuentra regulada por la Ley 10/2010 y por el Real Decreto 925/1995, que desarrollaba la derogada Ley 19/1993, y que estará vigente en tanto no se apruebe el nuevo Reglamento de la nueva Ley 10/2010 y no sea contraria a la misma.

Cuando fue fundado en 1995, el *Grupo Egmont* estaba formado por 15 miembros. En la actualidad, Tras su 20.<sup>a</sup> Reunión Plenaria, celebrada en diciembre de 2012 en San Petersburgo (Rusia), esta Organización aglutina a las UIF's de 131 Estados repartidos por todo el planeta.

El *Grupo Egmont* ayuda, asimismo, al establecimiento y funcionamiento de este género de entidades nacionales, facilitando capacitación y asistencia técnica. Con todo, conviene tener presente que el *Grupo Egmont* no está constituida en torno a una estructura formal, motivo por el cual carece de un secretariado estable, cuyas funciones deben ser asumidas con carácter rotatorio por sus miembros.

## **F.) El Reglamento Modelo CICAD/OEA**

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos encomendó a la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD) la convocatoria de una comisión de expertos de países americanos para que investigara la influencia del blanqueo en el hemisferio y, a partir de ello, preparara medidas orientadas a su control. El trabajo de estos expertos se materializó en la elaboración de un *Reglamento Modelo* sobre el control del lavado, aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1992, base sobre la que la propia Organización ha ido apoyando la labor de los países miembros que han querido ajustar sus respectivos ordenamientos jurídicos para hacer frente a este fenómeno.

El *Reglamento Modelo* ha sido modificado en varias ocasiones a propuesta del Grupo de Expertos; la última, aprobada oficialmente en diciembre de 2005, durante el XXXVIII Periodo Ordinario de Sesiones celebrado en Washington (EE.UU.). Tanto en ésta como en las últimas modificaciones se ha hecho hincapié en las cuestiones relacionadas con la financiación del terrorismo y el funcionamiento de entidades financieras informales, la valoración del lavado de activos como delito autónomo del precedente —y, por ello, merecedor de un reproche penal autónomo y, en su caso, cumulativo— así como en la aplicación de técnicas de investigación propias de la persecución de la delincuencia organizada, tales como intervenciones telefónicas, agentes encubiertos, entregas vigiladas, etc.

Conviene advertir que el *Reglamento Modelo* no es un Convenio Internacional vinculante, sino una norma de *soft law*, armonizadora desde el consenso, pero de cuyo incumplimiento no puede derivarse un régimen de sanciones jurídicas. Tiene aspecto de ley, con forma articulada, pero no es, en términos estrictos, una norma jurídica.

Siguiendo la línea iniciada desde comienzos de la década de los noventa en el plano internacional, los cambios introducidos en el *Reglamento Modelo* por la comisión de expertos se inspiraron sobre la idea de que era necesario romper la dependencia de la lucha contra el blanqueo de capitales del delito de tráfico de drogas. Aún manteniéndose la iniciativa dentro del ámbito competencias de la CICAD —reservado en principio a los asuntos referentes al consumo y tráfico de drogas, que no constituyen más que uno de los ámbitos fenomenológicos que preceden a la legitimación de bienes—, se quiso dotar al lavado de sustantividad propia, concediéndole relevancia en tanto los bienes procedieran de “actividades delictivas graves”, esto es (*ex art. 1*), aquellos actos criminales “determinados por la legislación de cada Estado, incluyendo el tráfico ilícito; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución; secuestro; extorsión, corrupción y fraude”.

Tratando de sintetizar, el *Reglamento Modelo* propone la necesidad de adoptar las siguientes medidas de Derecho interno:

— Penalización del lavado de activos en términos similares a los previstos en la Convención de Viena, pero ampliando su ámbito a toda clase de delitos graves, definidos en los términos que se acaba de indicar (art. 2.1). Su autonomía conceptual hace que se castigue cualquier forma de participación o forma de imperfecta ejecución (art. 3.2), y que se persiga con independencia de la competencia que corresponda para el enjuiciamiento del delito previo (art. 4). De hecho, la definición del lavado de activos contenida en el *Reglamento Modelo* (arts. 2.1, 2.2 y 2.3) evita —al menos, en su versión en español—, como viene haciendo Naciones Unidas desde la *Convención de Palermo*, el uso de derivados de la palabra “encubrimiento”, tratando con ello de distanciarse del concepto jurídico homónimo, optando por el uso de términos próximos a las palabras “ocultar” y “disimular”. En idéntico sentido, prevé la simultánea penalización, respecto de la misma persona, por el lavado y por el delito del que procedan los bienes a legitimar (art. 2.7), no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto de la actividad delictiva grave previa (art. 2.8).

— Prevé el castigo del blanqueo cometido por dolo directo, dolo eventual (“ignorancia intencional”) e imprudencia (“debiendo saber”) (art. 2.1).

— Se ha ahondado en la preocupación por la financiación del terrorismo como delito fenomenológicamente próximo al blanqueo, dedicando un nuevo precepto a su definición (art. 3), previendo procedimientos especiales respecto de los bienes ligados a esta infracción (art. 8), incorporando referencias explícitas en una serie de normas antes dedicadas exclusivamente al lavado de activos, etc.

— Decomiso del producto de los delitos previos que sean objeto de blanqueo o estén relacionados con la financiación del terrorismo (art. 9). Para garantizar su efectividad, prevé la aplicación de medidas cautelares reales y de administración (arts. 6 y 7). Así mismo, ante la posibilidad de que el comiso perjudique los derechos de terceros de buena fe —y siempre evitando la inversión de la carga de la prueba—, establece una serie de medidas (art. 10) que se ven complementadas con la previsión de aplicar el comiso de bienes de valor equivalente o la aplicación de multas por idéntica cuantía (art. 9.3). Finalmente, establece ciertas normas sobre el destino de los bienes decomisados, previendo primero reglas de reparto entre las jurisdicciones participantes en la operación, y luego fijando la necesidad de constituir fondos orientados a la lucha contra los delitos de los que proceden y a restablecer los daños causados por los mismos (arts. 11 y 12).

— Creación de Unidades de Inteligencia Financiera en cada Estado, siguiendo para ello los criterios establecidos por el *Grupo Egmont* (art. 13 y anexo I).

— Establecimiento de una amplia serie de medidas administrativas de orden preventivo, coherentes con lo establecido años antes por el GAFI o la Unión Europea, incidiendo con especial intensidad sobre el sistema financiero (arts. 14 a 21), aunque sin descuidar la intervención de otros operadores susceptibles de actuar de forma decisiva en el lavado de activos (seguros, casinos, notarios, etc.), entre los que, sin embargo, no ha llegado a incluir expresamente a los abogados (art. 22). No sólo se prevé el establecimiento de controles reglados, sino que también se impone la necesidad de que los obligados comuniquen a las autoridades la realización de operaciones sospechosas (art. 19), aunque se ajusten formalmente a las normas.

— Relativización del secreto bancario (art. 27).

— Fortalecimiento de la cooperación internacional en el esclarecimiento y persecución más eficaz de este tipo de conductas (art. 25), así como en el cumplimiento de fallos dictados por las autoridades judiciales extranjeras (art. 26).

A lo largo de la vida del *Reglamento Modelo* se han producido diversos eventos institucionales que, aunque demasiado vinculados al fenómeno del narcotráfico como origen del blanqueo, se han traducido en resultados concretos. Probablemente bajo el influjo de iniciativas similares emprendidas en el marco del GAFI, la Cumbre de 1994 de la OEA en Miami encargó a la CICAD que llevara a cabo un programa de evaluación del esfuerzo contra el lavado de activos realizado por los Gobiernos de los países del hemisferio, denominado *Plan de Acción de Buenos Aires*. Los resultados de esta evaluación se utilizaron para identificar las carencias de los países, así como las herramientas que les podrían ser útiles en el tratamiento del blanqueo.

Más tarde, en 1998, la Segunda Cumbre de las Américas, celebrada en Santiago de Chile, creó el llamado Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM), procedimiento conforme al cual todos los países americanos efectúan desde 1999 una evaluación de sí mismos, tanto de sus logros como de sus necesidades en torno al problema de las drogas y a la propia evaluación, que es analizada por el Grupo de Expertos Gubernamentales, entre los cuales no hay ningún miembro del país evaluado. Todos los países de la OEA evalúan y todos son evaluados. La evaluación se realiza con el objetivo de fortalecer en forma directa la confianza mutua, el diálogo y la cooperación hemisférica para hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del problema de las drogas, incluyendo entre ellos la estrecha vigilancia del problema del lavado de activos, inicialmente vinculado al narcotráfico.

La tercera ronda de evaluación del MEM comenzó en diciembre de 2003, realizándose a partir de un cuestionario con 84 indicadores. Probablemente, el MEM se haya concebido como un contrapeso a la evaluación unilateral norteamericana de “certificaciones”, decisiva —como es sabido— para condicionar el apoyo de Estados Unidos al resto de los países del Continente. Tal vez la vigencia del MEM —que se basa en el respeto a la soberanía, la jurisdicción territorial y el orden jurídico interno de los Estados, y que excluye la aplicación de sanciones de cualquier naturaleza— haya sido el origen de la suspensión del tan criticado proceso de “certificaciones”. En el ámbito del blanqueo de capitales, algunos de sus logros más importantes han sido la extensión de la ratificación entre los países de la OEA de las Convenciones Internacionales sobre la materia o el establecimiento y entrada en funcionamiento de UIF’s.

## **G.) La Convención de Palermo de 2000**

Cabría afirmar sin temor a equivocarnos que la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* de 2000 —más conocida como *Convención de Palermo*— constituye la evolución natural de la *Convención de Viena* de 1988.

Hace casi un cuarto de siglo, se pretendió incorporar a la lucha contra el tráfico de drogas las nuevas dimensiones de una criminalidad renovada, incluyendo la penalización del blanqueo de activos. Lo que quiso lograr la organización gubernamental universal con la *Convención de Palermo* fue trascender del narcotráfico y ampliar las líneas entonces aportadas al combate de un amplio abanico de formas de delincuencia organizada: participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), blanqueo (art. 6), corrupción (art. 8), obstrucción a la justicia (art. 23) y, en general, “delitos graves” (art. 2), entendiendo por tales a todos aquellos sancionables con una privación de libertad máxima de, al menos, 4 años. En cualquier caso, como señala su art. 6.2.b) *in fine*, “los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”.

Respecto del tratamiento del lavado de activos, la *Convención de Palermo* mantiene la misma línea que el resto de instrumentos internacionales sobre la materia suscritos tras la *Convención de Viena*, adoptando en líneas generales las tres tipicidades previstas en el art. 3 del texto de 1988, ampliando su objeto material en los términos indicados. Con todo, fue preciso llegar al año 2000 para que Naciones Unidas emplee por vez primera el término “blanqueo”, tradicionalmente rechazado por considerarse impropio de un texto legal.

Además de la citada —e importantísima— apertura del objeto material del delito, pocas diferencias cabría destacar respecto del diseño de la *Convención de Viena*. Principalmente, merece destacarse el intento del texto de 2000 por evitar el empleo en la versión española —en la inglesa permanece inalterado— del término “encubrimiento”, sustituyéndolo por el de “disimulación” en su artículo 6.º. Todo parece indicar que los redactores de la *Convención de Palermo* pretendieron con ello garantizar que también puedan ser condenados como blanqueadores quienes cometen el delito previo a partir del cual se obtiene la riqueza a lavar, evitando que se califique su conducta como un acto impune de autoencubrimiento, intención que la *Convención* indica expresamente en su art. 6.2.e) cuando, a modo de excepción, prevé que “si así lo requieren los principios fundamentales del Derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo (1) del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante”.

En cuanto al resto de sus disposiciones, la *Convención de Palermo* trata de lograr un consenso universal sobre medidas ya conocidas, tratando de dotarlas del debido rigor técnico:

— Se encomienda a los Estados con objeto de que éstos amplíen la tipificación del blanqueo a gama más amplia de delitos previos (art. 6.2, inciso a)).

— Llama a los Estados para que perseveren en la misma línea sobre la que se ha trabajado a lo largo de los años 90 en el sentido de implementar adecuados regímenes internos de control y supervisión financiera tendente a prevenir la ejecución de operaciones de lavado. En tal sentido, se invita a los Estados a establecer Unidades de Inteligencia Financiera (art. 7).

— Insiste sobre la necesidad de admitir la responsabilidad de personas colectivas dotadas de relevancia jurídica, aproximándose al principio de que *societas delinquere potest*, si bien otorgando a los Estados la posibilidad de que esa responsabilidad sea penal, civilo administrativa (art. 10), con objeto de evitar roces innecesarios con los principios de Derecho interno.

— Mantiene la necesidad de decomisar los bienes que constituyen el producto del delito en términos similares a los de la Convención de Viena, si bien adaptándolo a la perspectiva ampliada de delito previo (art. 12).

— Finalmente, un importante número de preceptos (arts. 13 y ss.) establecen una suerte de Código que trata de recopilar ordenadamente las iniciativas nacionales e internacionales adoptadas a lo largo de los últimos quince años en materia de cooperación internacional.

La *Convención de Palermo* dispone en la actualidad de una sólida base a escala universal. En el momento de cerrarse el presente trabajo, ya eran 176 los Estados que se habían convertido en Parte del Tratado por alguno de los medios reconocidos en Derecho Internacional, convirtiéndose con ello en un instrumento de eficacia prácticamente universal. De conformidad con su art. 38, entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.

## H.) La Convención de Mérida de 2003

La *Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción*, más conocida como *Convención de Mérida*, fue abierta a la firma en la citada ciudad yucateca el 9 de diciembre de 2003. Tras varias décadas de intentos frustrados por parte de Naciones Unidas, fue aprobada tras un periodo relativamente breve de negociación inspirado en criterios más consensualistas, y en un marco socioeconómico diferente al de los orígenes de la idea.

En efecto, la corrupción es hoy uno de los principales problemas ante el que se enfrentan nuestros países, máxime cuando del correcto desempeño de los servidores públicos no sólo depende la indemnidad de la Administración, sino el propio desarrollo económico de las naciones. En tal sentido, las líneas político-criminales internacionales nos llevan hoy a vincular estrechamente conceptos que hasta hace poco tiempo apenas habían sido conectados. Todo parece indicar que criminalidad organizada, blanqueo y corrupción constituyen hoy una terna prácticamente indisoluble, en cuyo seno se manifiestan relaciones de mutua dependencia y funcionalidad, ampliamente manifestadas por la doctrina especializada. La delincuencia organizada alcanza su plenitud cuando cuenta con la complicidad de los agentes públicos, el lavado de activos constituye una pieza clave en el entramado financiero de las organizaciones criminales procesando la riqueza procedente de actos corruptos, etc.

La *Convención de Mérida* establece dos líneas principales de intervención sobre el problema del blanqueo, coincidentes con la doble vía conforme a la cual es abordado por la práctica totalidad de los ordenamientos:

— Establece la necesidad de adoptar medidas preventivas de orden administrativo para supervisar la ejecución de operaciones económicas, manteniendo normas de cuidado sobre la identificación de clientes, registro de operaciones, creación de UIF's, etc. En última instancia, se remite al cumplimiento de los instrumentos internacionales sobre blanqueo de capitales (art. 14).

— Siguiendo una redacción cuyo origen es fácil de encontrar en la Convención de Viena de 1988, impone la obligación de tipificar penalmente la comisión de actos de blanqueo, si bien advirtiendo que cada Estado ha de velar para que el cuadro de delitos previos sea lo más amplio posible, trascendiendo con ello mucho más del estrecho ámbito del narcotráfico (art. 23).

— Merece destacarse el esfuerzo implícito por otorgar autonomía conceptual al lavado de activos respecto del delito previo. Así, se prevé expresamente la tipificación separada del encubrimiento de cualquier delito previsto en la Convención (art. 24), la penalización del blanqueo con independencia del lugar donde se cometa el delito previo (art. 23.2.c), la prioridad de castigar al blanqueador con independencia de su responsabilidad por el delito previo (art. 23.1.a).ii, en igual sentido a lo previsto en el art. 6.º de la Convención de Palermo, y art. 23.2.e), etc.

— Por otra parte, merece destacarse la extraordinaria novedad que supuso la incorporación de un Capítulo V dedicado específicamente a la recuperación de activos derivados de los delitos tipificados en la *Convención* (arts. 51 a 59), regulación que establece las bases para reformar las legislaciones nacionales con objeto de facilitar la cooperación internacional en la restitución de fondos a los países de los que fueron detraídos.

Por alguno de los medios reconocidos en Derecho Internacional, 168 Estados ya son Parte de la *Convención de Mérida*; casi tantos como la Convención de Palermo, abierta a la firma tres años antes. De conformidad con su art. 38, entró en vigor el 15 de diciembre de 2005.

## 2. INICIATIVAS RELACIONADAS CON LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

### A.) Algunas consideraciones críticas

A lo largo de los últimos tiempos —y, muy en especial, tras los acontecimientos ocurridos en Nueva York el 11 de septiembre de 2001—, la Comunidad Internacional ha impulsado con inusitada energía una serie de iniciativas tendentes a golpear las redes internacionales del terrorismo mediante la neutralización de sus operaciones económicas y, en especial, tratando de golpear sus vías de financiación.

Este movimiento ha influido de manera decisiva sobre la política criminal internacional en materia de blanqueo desarrollada a lo largo de los últimos meses. Sin duda, se trata de una postura comprensible. Con todo, creemos que su puesta en práctica por parte de los diversos ordenamientos internos merece una mínima reflexión: primero, porque el motor económico del terrorismo no siempre depende del blanqueo; además, porque corremos el riesgo de abandonar la perspectiva de la autonomía del delito, de naturaleza socioeconómica, certeramente profundizada a lo largo de la década de los noventa.

En efecto, que el terrorismo precise fondos para operar no significa que ese dinero deba ser necesariamente blanqueado con carácter previo. Más bien, al contrario: las armas, las recompensas, las infraestructuras, etc., son factores que acostumbran a resolverse de espaldas de la legalidad, al amparo de la economía informal, sumergiendo fondos lícitos en el ámbito ilegal. Al fin y al cabo, debe tenerse siempre presente que el terrorismo en su estado puro —la consecución de fines políticos a través de la violencia—, aunque participe de la mayoría de los signos distintivos de la delincuencia organizada, no pretende obtener beneficios para enriquecerse, sino para costear sus operaciones. En tal sentido, la investigación económica cumplirá el papel esencial que todos conocemos, pero el estudio del blanqueo, tal y como aquí lo hemos entendido, tendrá una importancia limitada.

Añádase a ello la limitada eficacia de la investigación económica en este ámbito, en el que parece comprobado que los actos más graves han sido financiados con sumas desproporcionadamente pequeñas.

Por otra parte, aún aceptando la relevancia del lavado de bienes procedentes de actos terroristas, conviene distanciarse de posturas que tiendan a hacer depender la penalización de los actos de lavado con el programa político-criminal tendente a reprimir los delitos previos de los que procedan los fondos. Superada la limitada visión de la *Convención de Viena* respecto del narcotráfico —esencial, sin embargo, para la evolución posterior del delito que nos ocupa—, no es nada aconsejable despojar al blanqueo de su significación propia, eminentemente socioeconómica, ni perjudicar las bases de un Derecho Penal democrático —basado en los principios de lesividad e intervención mínima— en beneficio de criterios de emergencia.

Es muy probable que esta aparente confusión se deba una vez más a una defectuosa integración de los dos grandes sistemas jurídicos, continental germano-romano y anglosajón, dado que para este último la expresión “lavado de dinero” (“*money laundering*”) no sólo hace referencia al lugar en el hampa norteamericana del primer tercio del siglo XX legitimaba sus ganancias —en negocios de lavandería—, sino que denomina un concepto bastante más amplio que el empleado en muchas de nuestras legislaciones. No olvidemos que, ya en 1984, la *President’s Commission on Organized Crime* norteamericana definió el fenómeno que nos ocupa como el “proceso a través del cual se oculta la existencia de ingresos, o la ilegalidad de su procedencia o de su destino”. En consecuencia,

desde la perspectiva estadounidense, el lavado no sólo consiste en legitimar fondos procedentes del delito, sino también en encauzarlos hacia zonas ilegales.

En consecuencia, desde el punto de vista que inspira el presente trabajo, la financiación del terrorismo no es, esencialmente, un problema que deba evaluarse desde la perspectiva técnico-jurídica autónoma del blanqueo —no es un delito que implique una lesividad económica—, sino desde la óptica de la participación delictiva en los actos terroristas, sin perjuicio de que, con objeto de evitar lagunas de impunidad, sea prudente construir tipos penales destinados a castigar específicamente estas conductas.

Con todo, ello no impide que, valorada la cuestión desde el punto de vista de la investigación, la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales discurran por caminos muy próximos.

## **B.) Breve referencia a las iniciativas más importantes**

### **1. El Convenio sobre la Financiación del Terrorismo de 1999**

Antes de que la amenaza terrorista se materializara sobre las Torres Gemelas, Naciones Unidas aprobó el 9 de diciembre de 1999 el *Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo*. A lo largo de sus 28 artículos, este instrumento se manifiesta con la suficiente prudencia como para evitar cualquier referencia expresa al lavado de activos, limitándose a exigir la penalización de quien “por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte”, para cometer actos de terrorismo (art. 2.1).

Hasta este momento forman parte del Convenio 182 Estados, entrando en vigor el 10 de abril de 2002. Merece destacarse el espectacular incremento de ratificaciones y adhesiones producidas a lo largo de los últimos tiempos, muy especialmente tras los acontecimientos ocurridos tras el 11 de septiembre de 2001, dado que ésta fue una iniciativa que durante sus primeros años sólo obtuvo una tibia acogida. Actualmente, es un instrumento para el que los Estados que no son Parte constituyen la excepción.

### **2. Actuaciones del GAFI**

También en este ámbito, el GAFI fue el primer organismo que estableció criterios rectores orientados a la Comunidad Internacional. El 30 de octubre de 2001, la reunión plenaria extraordinaria celebrada en Washington acordó la adopción de *Ocho Recomendaciones Especiales contra la Financiación del Terrorismo*, a las que sumó una *Novena Recomendación* con ocasión de su Reunión Plenaria celebrada entre los días 20 y 22 de octubre de 2004. Ya en octubre de 2001, y de acuerdo con sus criterios fundacionales, el GAFI también anunció en octubre de 2001 su voluntad de extender el sistema de autoevaluaciones a los nuevos criterios entre sus miembros, ofreciendo su colaboración a quienes no pertenecieran a la Organización para ponerlas en práctica.

Las nuevas *Cuarenta Recomendaciones* el 16 de febrero de 2012 —que, como se ha indicado anteriormente, sustituyen a todas las anteriores, incluyendo las nueve específicas sobre financiación del terrorismo— integran en un solo cuerpo las medidas preventivas y represivas sobre lavado de activos, financiamiento del terrorismo y proliferación.

El GAFI ha intensificado su cooperación con Naciones Unidas, el *Grupo Egmont*, las instituciones financieras internacionales (FMI, BM, etc.) para reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo. Así, tanto en sus informes sobre tipologías como en el seguimiento de Estados cuyos

sistemas revelan deficiencias en estas materias se puede observar hasta qué punto la Organización demuestra su especial interés por el fenómeno terrorista. Podría decirse que, en general, el GAFI ha unido indisolublemente el combate al lavado de activos y a la financiación del terrorismo bajo una única rúbrica.

### **3. La Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002**

El último gran Tratado Internacional suscrito bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos ha sido la *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, suscrita en Bridgetown, Barbados, el 6 de marzo de 2002, vigente desde el 7 de octubre de 2003. A fecha de hoy, los 34 miembros de la OEA han firmado el Tratado y 24 de ellos forman Parte del mismo.

Basándose sobre el acervo jurídico derivado del sistema institucional de Naciones Unidas, prevé un importante número de medidas tendentes a prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo, apelando a los lineamientos diseñados por el GAFI, el GAFISUD, el GAFIC y la CICAD (art. 4.º).

Así mismo, prevé que los Estados tipifiquen como delito el lavado de activos derivados de cualquiera de las infracciones penales contempladas en el citado acervo normativo de Naciones Unidas, con independencia del lugar donde se cometan (art. 6.º).

### **4. El Convenio de Varsovia de 2005**

Para concluir este comentario sobre los instrumentos internacionales relacionados con la financiación del terrorismo ligados a la investigación del lavado de activos, baste una breve referencia al reciente *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos y sobre la financiación del terrorismo*, abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Respecto del lavado de activos, recoge la herencia del *Convenio de Estrasburgo* de 1990, positivándola. En relación con la financiación del terrorismo, toma como referencia esencial la Convención de Naciones Unidas de 1999, ahondando en la necesidad de que las Partes penalicen de forma autónoma —y no como una mera participación del delito principal— la financiación del terrorismo. En cuanto a ambas manifestaciones delictivas, el Convenio de Varsovia extiende las medidas aplicables a ambos ámbitos — comiso, UIF's, etc.—, otorgándoles un tratamiento integrado.

El *Convenio de Varsovia* es el primer Tratado Internacional que aborda expresa y simultáneamente, en un único cuerpo normativo de Derecho vinculante, el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Como se indicó más arriba, surgió a partir del intento de complementar los contenidos *Convenio de Estrasburgo* mediante la aprobación de un Protocolo al mismo. Sin embargo, poco después de iniciar los trabajos se apreció la necesidad de configurar un nuevo Tratado que, por su fisonomía, aspiraría a ocupar el lugar del aprobado en el ya lejano año de 1990. En el momento en que se escriben estas líneas, el Convenio cuenta con 37 firmas, seguidas de ratificación por parte de 23 Estados.

## II. EFECTOS DEL LAVADO DE DINERO. BIEN JURÍDICO TUTELADO

### 1. INTRODUCCIÓN

La mayoría de los autores coinciden hoy en afirmar que la misión esencial del Derecho penal no es otra que la protección de bienes jurídicos, esto es, en palabras de ROXIN, “aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública”.

La afirmación de un concepto social de bien jurídico, trascendente y previo al Derecho, implica consecuencias de importancia crucial. Entendido de este modo, el bien jurídico se constituye en punto de partida e idea que rige el establecimiento de las distintas figuras delictivas. Por ello, la ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material —y, con ello, también, de toda legitimidad—, de manera que cualquier tipificación resulta imposible, o bien arbitraria, si no se construye sobre la base de su preexistencia. El Derecho no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos, tutelándolos. En ello consiste, precisamente, el principio de lesividad.

Con todo, conviene recordar que el principio de lesividad no es el único límite material que legitima al Estado para calificar una conducta como delictiva. O dicho con otras palabras: que el Derecho penal sólo deba existir en la medida en que proteja bienes jurídicos no significa que toda afección a un bien jurídico pueda ser castigada como delito. El recurso a la pena sólo queda autorizado si, además, tal castigo es *útil* e *imprescindible*. Así, la imposición de penas deja de ser necesaria para la sociedad cuando la misión protectora pueda obtenerse a través de otros medios, siempre preferibles en cuanto sean menos perjudiciales para los derechos del individuo.

En consecuencia, para que intervenga legítimamente el Derecho penal, no basta con que haya un interés digno de protección. Además, es preciso que no haya medios menos intensos que la pena para resolver el conflicto planteado, toda vez que acudir a ésta innecesariamente constituiría una agresión injustificada a la esfera de libertades ciudadanas.

Por ello, el Estado, en la medida en que oriente su actividad en pos del bienestar del individuo, sólo debe amenazar con la pena si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Principio éste que —ya centrándonos en el ámbito que ahora nos interesa— ha sido defendido por el Fiscal italiano Giovanni Maria FLICK al afirmar gráficamente que “un buen Derecho penal económico, para ser tal, debe preocuparse sobre todo por hacer economía del propio Derecho penal”.

De todo ello se deduce claramente que el concepto de bien jurídico —y, por ello, su protección— dista de pertenecer en exclusiva al ámbito penal. Queda pendiente, por ello, la difícil tarea de delimitar cuáles de esos “presupuestos imprescindibles para una existencia en común” exigen un grado de protección tan alto como para que el legislador los eleve al rango de bienes jurídico-penales, misión para la que resulta fundamental analizar la actividad del legislador a la luz de los criterios que nos ofrezca el texto constitucional. Y en este intento, conviene tener presente que la Ley Fundamental de cada Estado no se limita a establecer criterios de “no contradicción” que permitan al legislador actuar con libertad dentro de sus amplias paredes maestras, sino que también fija en su parte dogmática un orden objetivo de valores cuya vigencia trasciende mucho más allá de la misma, irradiando su eficacia sobre todos los ámbitos del Derecho.

## 2. BLANQUEO DE CAPITALS Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

### A) El delito de blanqueo como figura accesoria

Hace ya bastantes años que algunos Estados valoraron la conveniencia de que el Derecho Penal incidiera sobre el ámbito del lavado de activos. El primer ordenamiento que incorporó a su catálogo de delitos una figura relacionada con el reciclaje de capitales fue el italiano, que en 1978 acordó la inclusión en su Código Penal de un artículo 648 bis destinado a castigar con las penas de prisión y multa a quienes realizaran “hechos o actos encaminados a sustituir dinero o valores procedentes de los delitos de robo agravado, extorsión agravada o secuestro de personas con finalidad extorsiva por otro dinero u otros valores, con el objeto de lograr un provecho propio o ajeno, o de ayudar a los autores de los citados delitos a asegurarse el provecho del delito”.

Derogado en 1990 tras casi una docena de años de limitada aplicación, quienes han estudiado el referido precepto aseguran que su entrada en vigor sirvió al interés político-criminal de establecer un instrumento destinado a intimidar a quienes pudieran plantearse la posibilidad de colaborar con los autores de los delitos allí citados en orden a facilitarles el pacífico disfrute de las ganancias ilícitas obtenidas a partir de los mismos. En concreto, todo parece indicar que el legislador actuó en aquel momento bajo la conmoción social generada tras la comisión de una oleada de secuestros de personas, efectuados la mayoría de las veces con fines exclusivamente económicos — por lo general, a cargo de clanes mafiosos *stricto sensu*—, aunque también perpetrados en ciertas ocasiones por grupos terroristas —en este sentido, baste recordar el secuestro del dirigente democristiano Aldo Moro, producido el 16 de marzo de 1978, cuyo trágico desenlace tuvo lugar el 9 de mayo siguiente—. De hecho, el artículo 648 bis fue aprobado en 1978 como consecuencia directa de tal secuestro: si observamos su procedimiento aprobatorio, veremos que el Decreto-Ley que lo introdujo provisionalmente en el *Codice penale* fue dictado sólo cinco días después de producido el rapto, mientras que la Ley que lo confirmó fue datada nueve días después de su muerte.

Por lo tanto, el viejo artículo 648 bis no fue otra cosa que un elemento más integrado en un vasto programa institucional destinado a evitar, de acuerdo a criterios preventivo-generales, la comisión de determinados delitos. Por ejemplo, durante la segunda mitad de la década de los setenta, las autoridades judiciales italianas ordenaron en algunas ocasiones el bloqueo de todos los bienes pertenecientes a la familia del secuestrado a fin de evitar que se hiciera efectivo el pago del rescate, apoyándose para ello en ciertas disposiciones contenidas en el derogado *Codice di Procedura Penale*.

Así las cosas, el contenido material de esta figura quedó condicionado por el deseo del legislador de cerrar aún más el círculo punitivo en torno a la extorsión, el robo o las detenciones ilegales mediante el castigo de ciertos actos de colaboración realizados por personas distintas a los propios autores. O lo que viene a ser lo mismo: el castigo de la hipótesis de blanqueo descrita en el citado precepto se creó con la finalidad de reforzar la protección del bien jurídico previamente vulnerado con motivo de la perpetración del ilícito económicamente productivo, creando una suerte de “cordón sanitario” mediante la tipificación de una serie de conductas post-delictivas subsumibles bajo una categoría de clara raigambre criminológica como es el agotamiento. Así, el legislador italiano introdujo el artículo 648 bis desde el convencimiento de que reducir al potencial delincuente las opciones de lograr el disfrute pacífico y efectivo de unas eventuales rentas ilícitas tal vez pudiera hacerle desistir de su propósito, aminorándose con ello el peligro de que se lesionara el bien jurídico tutelado por las infracciones previas allí mencionadas. Dicho en otros términos más claros, la criminalización iría destinada a crear en la mente del traficante la idea de que la actividad que desarrolla no compensa, no merece la pena.

No han sido pocos los ordenamientos que, hasta el presente, han optado por una fundamentación similar a la del legislador italiano de 1978. De hecho, como ya hemos visto, la propia Convención de Viena de 1988 —a partir de la cual se ha desencadenado la intervención en este ámbito por parte de multitud de instancias públicas— participa de esta misma filosofía, sentando las bases de la lucha internacional contra el lavado de activos sobre el incremento de la presión sobre el entorno financiero del narcotráfico.

## **B) La autonomía del delito de blanqueo**

La actuación directa —y exclusiva— sobre el circuito económico del narcotráfico no tardó en modificarse hacia modelos de intervención más amplios, primero referidos a determinados delitos, luego dedicados a la prevención y represión del lavado de activos *per se*, con independencia del origen concreto de los fondos ilícitos.

La generalización del cuadro de delitos previos pudo deberse en primer término a razones de naturaleza criminológica. Estando el lavado de activos usualmente relacionado con la delincuencia organizada —con la “industria del crimen”, a la que expresamente se refiere buena parte de la doctrina—, el aumento de la presión sobre la vertiente financiera del narcotráfico pudo provocar el desplazamiento de este género de actividades a la comercialización alternativa de otros bienes o servicios ilegales —armas, órganos, prostitución, especies animales, obras de arte, etc.— sobre cuyo tráfico no recayera esta misma amenaza; una carencia destacada —e incluso alentada— desde ciertos territorios, en lo que algunas autoridades llegaron a esforzarse por recordar a los profesionales del sector financiero la conformidad a Derecho de las operaciones de blanqueo que versaran sobre bienes que, aun conociéndose su procedencia ilícita, hubiera razones suficientes como para pensar que son ajenos al comercio de drogas.

Con todo, no parece que la autonomía del delito de lavado de activos derive de la mera ampliación del cuadro de conductas típicas por extensión del objeto material, inicialmente impulsada en el ámbito internacional desde el GAFI o el Consejo de Europa, confirmada por la Unión Europea a la luz de la evolución de sus Directivas o definitivamente consagrada por Naciones Unidas en sus Convenciones de Palermo (2000) o de Mérida (2003). Sin duda, la investigación del lavado de capitales es fundamental para la persecución de la delincuencia guiada por motivaciones económicas: *follow the money*, declara el pragmatismo norteamericano. Sin embargo, la mera utilidad procesal —esto es, la conveniencia de contar con una normativa homogénea que garantice la efectiva persecución de los delitos por parte de los correspondientes órganos policiales y judiciales, tantas veces invocada por ambos textos— constituye una base muy endeble en orden a la justificación del castigo de ninguna conducta de nuevo cuño. Como señala el portugués FARIA COSTA, “crear un tipo legal de delito para, de este modo, desarrollar mejor o más fácilmente, de manera legal, cualquier tipo de actividad persecutoria constituye una actividad político-legislativa poco clara que, además de eso, puede tener efectos perversos”.

La mayoría de quienes han estudiado la problemática vinculada al blanqueo de capitales se inclinan hoy por afirmar que las maniobras de lavado constituyen un grave ataque al orden socio-económico cuyos efectos no deberían de ser desdeñados por el ordenamiento jurídico.

No obstante, a nadie se le oculta que todavía hay quienes niegan —o, al menos, relativizan— la incidencia negativa de esa avalancha de riqueza sucia sobre el mercado lícito, alegando una serie de razones de carácter objetivo que, por el contrario, incluso aconsejarían su integración en el mismo.

Sin duda, la muestra más patente de este género de posiciones estaría constituida por las

autoridades de muchos de esos países que establecen en su territorio una potente industria de servicios financieros dirigida a captar la mayor cantidad posible de dinero procedente del exterior, sea cual fuere su origen, a fin de mejorar las variables de su economía, crear empleo y obtener divisas. A ello nos dedicaremos un poco más adelante. Desde tal punto de vista, es evidente que la aprobación en estas jurisdicciones de una legislación destinada a prevenir y a castigar el blanqueo no supondría otra cosa que la aparición de nuevos costes, así como la instauración de unas instituciones de control que dificultarían en gran medida la consecución de tales propósitos.

Aunque sin llegar a constituir el *leit motiv* de su política económica, hay veces en las que no es difícil encontrar actitudes semejantes a las adoptadas por los denominados “paraísos del blanqueo” en ciertos Estados en vías de desarrollo necesitados de apoyo financiero exterior, que prefieren ignorar la procedencia del dinero que les llega. Buena prueba de ello la encontramos en algunos de los países europeos que pertenecieron en su día al bloque comunista —entre ellos, la Rusia de Yeltsin, sorprendida en turbias operaciones financieras impulsadas desde el propio Estado, como ocurrió con el denominado “Caso Bahl”, en el que quedó probada la negociación entre el Gobierno ruso y los *cárteles* dedicados al tráfico de cocaína—, en los que la rápida y desordenada transición hacia los sistemas de libre mercado propició el desarrollo de áreas de inversión —unas veces como consecuencia de lagunas legales; otras, debido a la aprobación de leyes orientadas a la captación indiscriminada de capitales extranjeros— sobre las que las grandes organizaciones internacionales dedicadas al reciclaje de fondos se mueven con la naturalidad propia de quien se sabe libre de toda clase de control. Otros muchos países, en el contexto de situaciones de preocupante déficit público, se entregaron a amnistías fiscales de mayor o menor calado en las que se ha primado el afán de incorporar rendimientos al ámbito legal procedentes del ámbito de la economía informal, aún siendo conscientes de que de ese género de operaciones podría derivar la entrada indiscriminada de fondos derivados de actividades criminales.

Por su parte, la incidencia de los poderosos cárteles de la droga sobre la economía también ha sido contemplada con buenos ojos por algunos especialistas. En este sentido, se ha afirmado que el retorno hacia Bolivia, Colombia, México o Perú de las rentas generadas en el exterior por el narcotráfico incidiría de forma determinante sobre el desarrollo industrial, la reducción del desempleo y, en última instancia, el crecimiento de sus respectivas economías nacionales. Por ejemplo, se dice que la práctica desaparición del desempleo en la ciudad colombiana de Medellín a finales de los años 80 se debió a la riada de dólares procedentes del tráfico de cocaína. Durante esa misma época, la economía colombiana creció un 5 por 100, a diferencia de lo ocurrido en otros muchos Estados latinoamericanos, en los que no se produjo ninguna mejora. También se dice que el 25 por 100 de la población boliviana ocupada depende de un modo u otro de la industria de la cocaína. En resumidas cuentas, la llegada de una auténtica riada de divisas —alentada muchas veces desde las propias instituciones públicas— facilitaría la respuesta del Estado ante la preocupante deuda externa de estos países, a la vez que ayudaría a la adquisición en el exterior de los bienes de equipo precisos para el progreso de las actividades empresariales.

Sin embargo, todo parece indicar que este aparente optimismo a la hora de valorar la cuestión es el resultado de un análisis incompleto, en el que sólo se destacan las ventajas inmediatas que puede reportar el dinero ilícito —cosa que, además, no ocurre siempre—, sin reparar en los graves daños que, a medio y largo plazo, representa la reintroducción incontrolada y clandestina de esa riqueza en el funcionamiento de un sistema económico.

Los perjuicios de índole socio-económica que genera la normalización de capitales no son, en modo alguno, una mera invención de quienes pretenden dar con una buena excusa para penalizarlo, sino una realidad tangible que puede llegar a condicionar de manera determinante el normal desenvolvimiento de las relaciones de mercado. Por lo tanto, las operaciones de blanqueo no pueden ser contempladas tan solo desde un punto de vista meramente ético —recordemos que

muchas de ellas son efectuadas por economistas, empresarios o juristas que ponen su experiencia al servicio de quienes realizan conductas antisociales—, como una muestra de una auténtica cultura de la corrupción. Muy al contrario, nos encontramos ante una situación que es preciso regular a través de una adecuada ordenación jurídica que responda con eficacia a los efectos perniciosos, objetivamente perceptibles, que tales conductas provocan sobre la comunidad social.

Por otra parte, nos encontramos ante una lesividad cuya naturaleza no es uniforme, sino que se va transformando e incrementando a medida que avanza la legalización de capitales, desde el momento en que se obtienen los rendimientos hasta que los mismos son finalmente reintegrados en los cauces oficiales. Por lo tanto, al igual que —desde la perspectiva fenomenológica— el blanqueo es un proceso, también el contenido material de tales hechos —y con ello ya nos situamos en el plano político-criminal y, de haber norma jurídica aplicable, en la esfera del análisis dogmático— va modificándose a medida que el sujeto o los sujetos que reciclan fondos ultiman su programa.

En efecto, a lo largo de sus primeras fases —colocación u ocultación, conversión o control, si mantenemos la terminología utilizada a lo largo de la primera parte del presente trabajo—, el proceso de blanqueo se verifica a través de la instrumentalización de instituciones jurídicas y procedimientos concebidos inicialmente con el fin de solucionar necesidades de mercado muy distintas a las que mantienen ocupados a los recicladores. De este modo, la reconversión de capitales corrompe el normal uso de tales institutos y, ulteriormente, amenaza con contaminar el sistema en su conjunto.

Así pues, quien trata de reciclar fondos no usa los cajeros automáticos para disponer de dinero en efectivo en cualquier momento del día, sino para trocar moneda evitando el control del empleado; ni emplea títulos valores para documentar el crédito y facilitar su circulación, sino para estancar riqueza; ni suscribe pólizas de seguro para evitar riesgos, sino para esconder dinero; ni juega a la lotería para optar a un premio, sino para administrar títulos al portador; ni tributa conforme a regímenes de estimación objetiva para evitar complicaciones administrativas, sino para permitir el afloramiento de unos ingresos ajenos a la actividad empresarial; ni se ampara en el secreto bancario para salvaguardar su derecho a la intimidad, sino para eludir el control de un dinero de procedencia sospechosa; ni se aprovecha de la libre circulación internacional de capitales para comerciar con el exterior, sino para transferir fondos de unas plazas a otras más permisivas o menos preparadas; ni constituye personas jurídicas para lograr objetivos inalcanzables para sujetos individuales, sino para fingir titularidades.

Con todo, el ordenamiento no puede censurar esas irregularidades en sí mismas. Ciertamente, cada técnica, institución jurídica o procedimiento puesto a disposición de los sujetos que actúan en el mercado responde en su origen a una concreta necesidad que debe ser resuelta. A pesar de ello, la historia nos muestra que el cambio social incide en ocasiones sobre esos procedimientos, técnicas o instituciones, convirtiéndolos a veces en medios idóneos para solucionar nuevas exigencias merecedoras de tutela jurídica.

Como es obvio, una evolución en tal sentido —aún representando una desviación respecto del fin primario— no debe ser reprimida por el Derecho, sino, en todo caso, atendida y canalizada. Hay ocasiones, empero, en las que esa mutación no integra —valga el símil— una evolución positiva de la especie, sino una degradación de la misma. Este parece ser el caso que ahora nos ocupa, dado que los recicladores de capitales ilegales, lejos de colaborar en el progreso del sistema económico, atentan contra el mismo a través del uso anormal que hacen de los instrumentos al servicio de las relaciones de mercado.

Uno de los efectos que caracterizan a la delincuencia socio-económica consiste en la pérdida de

confianza en el tráfico mercantil que su práctica conlleva. Treinta años más tarde de que esta idea fuera expuesta, la doctrina más reciente viene advirtiendo que la participación en los procesos de blanqueo de las entidades dedicadas a la intermediación financiera y a la intervención de las transacciones económicas constituye un fenómeno que pone en grave riesgo la credibilidad que estas instituciones deberían de inspirar. Y no nos encontramos sólo ante un caso especial de una lesividad un tanto evanescente, difícil de aprehender en la realidad diaria, sino frente a un problema de gran envergadura que puede llegar a afectar de manera muy negativa sobre el correcto desarrollo de la economía en su conjunto.

En efecto, a juicio de los expertos en análisis económico, la fiabilidad y el prestigio por el trabajo bien hecho de quienes intermedian en las operaciones de crédito —lo que en la doctrina anglosajona, y con carácter general, viene denominándose *goodwill*— constituyen elementos esenciales para el correcto desarrollo del mercado de capitales. Conocida la posición fundamental que ocupan estos sujetos en el marco de la vida económica del país —no olvidemos que canalizan los recursos financieros de las economías domésticas hacia el ámbito empresarial, a la vez que intervienen en la mayoría de la ejecución de los pagos—, a nadie cabe ocultar la absoluta necesidad de que la comunidad social pueda confiar en la solvencia y la integridad de los mismos.

De otra parte, los sujetos y las corporaciones que actúan en el marco de la intermediación financiera, así como en el campo más amplio de la intervención de operaciones económicas —notarios, registradores, agentes de cambio y bolsa, sociedades inmobiliarias, etc.—, no sólo administran dinero o valores ajenos, sino que además gestionan un auténtico torrente de información procedente de quienes contactan con ellos en el tráfico ordinario. Tales datos pertenecen en infinidad de ocasiones al ámbito de la vida privada de los clientes, con todo lo que ello comporta en orden a la garantía efectiva del derecho a la intimidad personal que todo ciudadano tiene; pero en otras —y con ello nos aproximamos al campo de la denominada “información privilegiada” — se hallan vinculados a la ejecución de operaciones económicas cuya reserva frente a terceros puede ser determinante respecto del buen fin de las mismas, cuando no es para el propio interés general.

Por todo ello, la eventual conexión —ya sea consciente o inconsciente— entre la gran criminalidad y quienes participan como profesionales en el ámbito de las relaciones económicas lícitas —sobre todo, en el mundo de la oferta, la demanda y la intermediación de dinero: bancos, cajas de ahorro, gestoras de fondos de inversión y de pensiones, entidades emisoras de tarjetas de crédito, aseguradoras, etc.— genera un clima de incertidumbre y de desconfianza entre el público que puede llegar a afectar gravemente a la estabilidad que requiere el mercado de capitales para su adecuado funcionamiento, llegando a someterlo al descrédito internacional, tal como ocurrió hace años con el caso del *Bank of Credit & Commerce Internacional* o como actualmente ocurre —en relación con la trama financiera del entorno del General Pinochet— respecto del *Riggs Bank*. La incorporación del dinero “sucio” contamina el sistema económico de los países en desarrollo, a la vez que constituye un grave riesgo para la comunidad internacional en su conjunto”.

Ahora bien, si tuviéramos que determinar cuál es el efecto más nocivo que causan los procesos de reciclaje sobre el orden socio-económico, habría que referirse a los enormes perjuicios que, ya en la fase de integración, pueden ocasionar sobre el régimen de libre competencia; lesividad que, bajo la forma de riesgo —al menos, potencial—, ya se venía verificando a lo largo de las fases anteriores.

Como ya se ha señalado más arriba, excluidos del concepto de blanqueo los actos de mero consumo —esto es, la adquisición de bienes o servicios guiada a la satisfacción de necesidades corrientes, ya sean propias o ajenas—, la masa patrimonial ilícita que permanezca ociosa debe ser regularizada a través de su aproximación al ámbito de la empresa legal. Así pues, aquellos productores que actúen dentro del tráfico honesto, siempre sometidos a las exigencias derivadas de la oferta y la

demanda, se ven obligados a concurrir con otros agentes que pueden permitirse el lujo de actuar en el mercado al margen de toda clase de racionalidad económica, atentando gravemente con ello contra la autonomía, las actividades y los intereses de las empresas regulares.

En efecto, los costes financieros vinculados a la generación de riqueza procedente de fuentes ilegales son —debido a la propia naturaleza de estas últimas— muy inferiores a los correspondientes al dinero que se obtiene en el mercado oficial. Desde el prisma de la racionalidad económica, las actividades ilícitas — sobre todo, las desarrolladas en el marco de una organización criminal estructurada en base a criterios de empresa— han de estar dotadas necesariamente de un elevado grado de rentabilidad, superior en todo caso al correspondiente a aquellas otras practicadas dentro de los límites de la legalidad. El sujeto que decide lucrarse a costa de la realización de comportamientos prohibidos por el ordenamiento asume el riesgo de ser sancionado desde el momento en que considera que tal eventualidad se ve superada por sus expectativas de enriquecimiento. Evidentemente, ese mismo sujeto no se prestaría en ningún caso al peligro de ser castigado si contara con algún medio legal a través del cual pudiera lograr una ganancia de semejante entidad.

En consecuencia, el coste de los recursos disponibles por vía ilegal es — al menos, desde la perspectiva estrictamente pecuniaria— muy inferior al de aquellos otros obtenidos de manera lícita. Por ello, la reintroducción de esta riqueza sucia en los cauces regulares de la economía siempre genera distorsiones en el funcionamiento normal de los mercados, anomalías que, en último extremo, pueden conducir a una progresiva supresión de la competencia. La posibilidad de acudir a una financiación bastante menos costosa hace que las empresas legales, sometidas a los costes habituales, sean primero marginadas y luego expulsadas del mercado, ámbito en el cual la empresa financiada con capital ilícito tiende a erigirse en monopolio.

En definitiva, quienes desembarcan en el ámbito legal con una disponibilidad prácticamente ilimitada de fondos están en condiciones de actuar en él con la libertad más absoluta, asumiendo riesgos empresariales que bajo ningún concepto estarían en condiciones de afrontar el resto de los competidores. Sin duda, nos encontramos ante unos agentes económicos a los que los tipos de interés —un elemento tan importante para la economía de una nación— les son indiferentes. Ello no impide, sin embargo, que el precio del dinero o de las divisas pueda verse alterado sustancialmente como consecuencia de la integración del dinero sucio, perjudicando gravemente con ello las expectativas de quienes actúan conforme a las correctas reglas del mercado. En otras palabras, se crea una perturbación del equilibrio del mercado, pero de forma artificial, deformando al alza o a la baja, la oferta, la demanda o los precios de bienes y servicios. Cierto es que en aquellas economías sobre las que el Estado ejerce una poderosa regulación esas perturbaciones se manifiestan como consecuencia de la actuación de las instituciones, pero las mismas son consecuencia de una política económica dada que, por lo tanto, es predecible y, además, se realiza desde el plano de la legalidad, cosa que no ocurre con el lavado. Esta alteración del equilibrio del mercado conlleva un efecto perjudicial que es devastador a nivel microeconómico, ya que hace materialmente imposible, dentro de la legalidad, competir contra sociedades mercantiles que laven dinero, lo que tiene como consecuencia que las organizaciones delictivas añadan o supriman, dentro del sector privado, cualquier negocio que se dedique a alguna actividad similar a la del blanqueador.

Así las cosas, la inversión de tales rendimientos ilegales proporciona a sus detentadores la potestad de apropiarse progresivamente del mercado de que se trate, extendiendo su presencia en él como si fuera una mancha de aceite. En tales condiciones, los productores que desarrollan sus actividades de buena fe ven gravemente afectada su posición frente a la clientela, resultando marginados y —en última instancia— expulsados del tráfico legal, área en la que la empresa ilícita tiende a constituirse en monopolio. Como alternativa, tales productores pueden optar por adaptarse a los métodos de competencia ilícita seguidos por las empresas alimentadas con capitales sucios,

produciendo los efectos de espiral y de reacción en cadena descritos profusamente por la doctrina alemana. En este sentido cualquier sistema de mercado —dirigido o libre— no puede soportar más allá de determinados niveles de delincuencia porque, precisamente, al superarlos se produce una pérdida de confianza que hace quebrar el sistema.

Para finalizar, no podemos olvidar que quien desplaza dinero sucio hacia el ámbito de la legalidad no aspira —cuando menos, como objetivo prioritario— a obtener con ello el máximo beneficio, sino, fundamentalmente, a lograr el pacífico disfrute de lo que ya percibió antes de forma ilegal. Por eso, valoradas desde la perspectiva global, las pérdidas que puedan derivarse de este género de operaciones de integración no constituyen el resultado adverso de una actividad lícita, sino, más bien, un coste —el precio del blanqueo— que anotar en el saneado balance de la empresa ilícita. Así pues, los recicladores pueden desencadenar operaciones instrumentales de carácter meramente especulativo, aparentemente anárquicas, absurdas e inútiles, pero que quizá lleguen a atentar contra la buena y ordenada marcha de la economía en su conjunto.

En el plano macroeconómico, los efectos lesivos del lavado de activos no son menores. De entrada, el blanqueo puede desvirtuar cualquier política económica desde el momento en que la riqueza que mueve constituye un porcentaje muy relevante de los recursos globales que administran las instituciones. La incapacidad de actuación del Estado puede hacer que el valor de la moneda experimente cambios inesperados, puesto que aumenta la amenaza de inestabilidad debido a la distribución inadecuada de recursos derivada de la distorsión artificial de los precios de bienes y servicios. En consecuencia, quedan afectados los valores de las tasas de interés debido a la ruptura de las reglas del mercado del dinero: con el lavado de activos no se busca invertir los fondos ilícitos conforme a criterios de máxima rentabilidad, como haría un agente que actúe en el ámbito legal conforme a reglas de racionalidad, sino en donde existan menos posibilidades de control. En tales condiciones, se produce además una distorsión e inestabilidad económica al invertirse los recursos disponibles en actividades que no necesariamente producen los bienes y servicios idóneos para el desarrollo de una comunidad, no generando con ello los beneficios esperados para el país en el que se desarrolla el blanqueo. En última instancia, un contexto económico de esta naturaleza ahuyenta la inversión lícita exterior.

No debe de extrañar, pues, que en un buen número de países la penalidad prevista para el blanqueo no sea menor a la que se atribuye, por ejemplo, al narcotráfico. Nos encontramos ante una sustantividad autónoma que debe ser tratada con independencia de los hechos a partir de los cuales se obtenga la riqueza a reciclar. Cuestión distinta es el respeto al principio de proporcionalidad de las penas, desde luego; pero ésta es una cuestión que debe valorarse con la ayuda de la escala de valores consagrada en los respectivos textos constitucionales.

## C.) Síntesis

### 1. *Presupuestos constitucionales para la penalización del blanqueo de capitales*

En el marco de un régimen liberal-democrático, el recurso a la criminalización de conductas sólo puede ser defendido si tal iniciativa cumple, al menos, con dos requisitos esenciales: uno, la preexistencia de un interés social cuya importancia justifique su tutela a través de la amenaza penal; otro, la demostrada ineficacia del resto de las instancias de control social — jurídicas y no jurídicas— para proteger ese mismo interés. Desde el momento en que el respeto a la dignidad de la persona constituya la base del orden político y de la paz social comunitaria, la agresión que toda condena penal supone para los intereses básicos del individuo sólo será legítima si tal ofensa se revela como el único modo —*ultima ratio*— de tutelar el bien jurídico de que se trate, debiéndose por ello acudir a la misma única y exclusivamente en aquellos casos en los que sea estrictamente imprescindible.

Por consiguiente, la decisión político-criminal de penalizar el blanqueo de capitales sólo estará investida de la necesaria legitimidad constitucional si es capaz de cumplir con las premisas ya enunciadas con carácter general. Así pues, el operador jurídico también queda vinculado en este ámbito a ejecutar un doble ejercicio: *en primer lugar*, habrá de analizar el juego de relaciones sociales para establecer si la comisión de estas conductas atenta efectivamente contra un determinado interés digno de tutela jurídica, huir de la ambigüedad delimitando con la mayor claridad posible cuáles son sus contornos y su grado de afección, y, finalmente, valorar cuál es su importancia efectiva con objeto de saber si es lícito acudir a la imposición de penas para su defensa. *En segundo término* —y siempre que se haya superado la primera categoría de cuestiones—, será preciso conocer si el blanqueo puede ser evitado a través del empleo de otros medios de control — básicamente, el Derecho económico-administrativo— que sean menos lesivos que la criminalización.

Acudiendo a estos principios básicos, no han sido pocos los autores que han censurado la —según ellos— injustificada pretensión por tipificar, en tanto que ilícito penal, la reconversión de los rendimientos procedentes de actividades delictivas.

Sin lugar a dudas, la mayoría de los reparos planteados a la penalización proceden de aquellos que, afirmando la accesoriidad de los actos de blanqueo respecto de los delitos previos económicamente productivos —en especial, del tráfico de drogas—, se cuestionan si es político-criminalmente correcto proteger bienes jurídicos mediante el castigo de nuevas modalidades de auxilio a los autores de tales delitos. A pesar de todo, con este género de posturas críticas, nada raras entre la doctrina, no nos encontramos con un rechazo frontal y absoluto a la posible relevancia jurídico-penal del reciclaje de fondos, sino ante el resultado de una ponderación de intereses susceptibles de tutela jurídica, a partir de la cual la tipificación del blanqueo resultaría discutible o inoportuna, desde el momento en que podría generar más perjuicios —aumento en el control de las operaciones financieras con la consiguiente disminución de la autonomía de las partes, posible quebranto del derecho a la intimidad personal y a la privacidad de las transacciones económicas, aplicación de sanciones, etc.— que ventajas a una ciudadanía cuya esfera de libertades se ve cada día más acotada.

Hay ocasiones en las que es mucho peor el remedio que la propia enfermedad. Desde este punto de vista, el lavado de activos podría ser reprochado por la vía de la participación delictiva en el hecho previo o, de no haber un *pactum scæleris* previo, como un mero supuesto de encubrimiento o favorecimiento real. En definitiva, la penalización específica de este delito carecería de sentido y no respondería más que a las pautas de Derecho penal meramente simbólico, generado por un legislador más interesado por los gestos que por los contenidos.

En otras ocasiones, los recelos a la propagación en este ámbito del *ius puniendi* estatal han derivado del propio significado de las conductas de lavado de capitales sucios, tras las cuales siempre subyace —como lógico correlato a la potestad de disfrutar sin perturbaciones de las rentas ilícitamente obtenidas— la ineludible necesidad de que el sujeto activo someta al imperio del Derecho unos determinados bienes que hasta entonces permanecían fuera de la legalidad. Éste es el sentido en el que se pronuncia el profesor BAJO FERNÁNDEZ, quien cree que el reflotamiento de rendimientos opacos —ya procedan de actividades lícitas o ilícitas— no sólo constituye una actividad irrelevante desde la perspectiva penal, sino que, *contrario sensu*, debería ser promovida desde todos los puntos de vista por los poderes públicos, toda vez que coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica del país.

Con las tesis expuestas se comparte el deseo de colaborar en la construcción de un Derecho penal cimentado sobre el clásico principio liberal de mínima intervención. Sin embargo, tales pronunciamientos, críticos en mayor o menor medida con la criminalización del blanqueo, adolecen

—siempre a nuestro juicio— de un sustrato lo suficientemente sólido, dado que no consideran todos los aspectos que inciden sobre esta realidad tan compleja. Esperamos poder demostrarlo a lo largo de las líneas que siguen a continuación.

## 2. ¿Bien jurídico desde la norma penal, o norma penal desde el bien jurídico?

Ciertamente, cabe afirmar que los procesos de reciclaje atentan, siquiera de manera mediata, contra el objeto jurídico tutelado por la norma o normas de cuya previa infracción se derive la obtención de capitales. Así, podríamos aceptar que el blanqueo de fondos procedentes —por ejemplo— del tráfico de drogas supone un cierto perjuicio, aunque sólo sea indirecto o reflejo, a la salud pública, toda vez que la ocultación del origen ilícito de las rentas que de él derivan beneficia a quienes lo realizan, dificultando su persecución por parte del Estado y, por ello, animándolos a que la conducta delictiva se repita. Como es obvio, tal atentado se manifiesta especialmente en aquellos casos en los que el encubrimiento es producto de un previo *pactum scæleris*, de manera que —siguiendo con el ejemplo— el potencial traficante conoce de antemano las facilidades con las que va a contar, así como las ventajas que de la comisión del delito va a obtener.

Desde luego, el argumento puede potenciarse si nos hallamos ante casos de delincuencia organizada, en los que la legalización de capitales se convierte en elemento integrante del ciclo productivo, propiciando la permanencia de las actividades criminales al conseguir que las vías financieras internas al grupo se mantengan despejadas. Así las cosas, el refuerzo que ofrecería la penalización de este género de conductas a la tutela del bien jurídico vulnerado por el delito previo sería una medida de orden táctico, no estratégico, toda vez que iría dirigida fundamentalmente a neutralizar la operatividad del tráfico ilícito, más que a castigar actos de tráfico en el sentido más estricto del término.

Sin embargo, si valoramos la cuestión desde las exigencias del principio de lesividad, penalizar el blanqueo como medio a través del cual fortalecer la protección de un determinado bien jurídico —ya sea la salud pública o cualquier otro interés digno de tutela por parte del Derecho— no parece que sea una solución lo suficientemente satisfactoria. *Contrario sensu*, nos inclinamos más bien a pensar que nos encontramos ante una enrevesada construcción teórica —bastante inútil en muchas ocasiones— cuya virtualidad no es otra que la de servir de subterfugio para criminalizar ciertas conductas, posiblemente con el único fin de erigir un simbólico monumento, en forma de prohibición penal, en honor a la lucha contra uno o varios delitos previos determinados. Del mismo modo que se apuntó en España en relación con la supuesta protección que ejerce sobre la salud pública el artículo 546 bis f) del viejo Código Penal, no puede confundirse la finalidad de la ley con el bien jurídico protegido.

De otro lado —y aunque éste no sea un aspecto que afecte propiamente al contenido del injusto, sino a la corrección de la sistemática empleada por el autor de las normas—, conviene advertir que el empleo de un método semejante podría llevarnos a practicar una política criminal desordenada, ajena a la técnica legislativa más elemental, toda vez que sería necesario promulgar tantas figuras de blanqueo de capitales —dispersas todas ellas a lo largo del respectivo Código Penal— como ocasiones se creyera oportuno reforzar la tutela del bien jurídico vulnerado por la comisión de tal o cual delito económicamente productivo. Así pues, un mismo cuerpo legal podría acoger simultáneamente, por ejemplo, el lavado de fondos procedentes del tráfico de drogas, del secuestro de personas y de las estafas —respectivamente— entre los delitos contra la salud pública, la libertad ambulatoria y el patrimonio.

Si consultamos la bibliografía sobre el tema, constataremos que en ella se puede encontrar testimonio de otros intereses distintos a aquéllos que están tras los actos ilícitos previos a partir de

los cuales de obtienen las ganancias y que —siempre según tales fuentes— también respaldarían o consolidarían la opción político-criminal de penalizar los actos de blanqueo. Así, se ha señalado desde ciertos sectores que el reciclaje internacional de capitales ilegales atenta contra la *Hacienda Pública* de aquellos lugares desde los que sale clandestinamente el dinero hacia otras jurisdicciones en las que es lavado, tesis que parece dar sustento a algunos aspectos de la regulación vigente en algunos países del continente americano. De otro lado, se afirma así mismo que, en última instancia, la lesividad del lavado podría dirigirse contra la propia *seguridad del Estado* sobre el que inciden los capitales ilegales, dado que éstos constituyen el sustrato financiero desde el que las redes criminales proyectan su poder frente a las instituciones públicas y a la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, también nos cuesta aceptar que la defensa de los intereses fiscales del Estado o la seguridad del poder público integren una base lo bastante sólida que autorice la criminalización del reciclaje. En realidad, parece más bien que quienes así tratan de fundamentar la acción del *ius puniendi* —alegando la vulneración de unos bienes que sólo ocasionalmente se ven menoscabados por las conductas de blanqueo y que, cuando así lo hacen, no siempre resulta fácil determinar la intensidad de su afección— no colaboran en la construcción de un Derecho penal que sirva a la comunidad, creado a partir de sus necesidades a través de la protección esos “presupuestos imprescindibles para una existencia en común” de los que habla ROXIN. Por el contrario, se diría que tales razones sólo aspiran a disfrazar el desarrollo de un instrumento represivo, en cuyas manos el concepto de bien jurídico pierde su función limitadora del poder del Estado para pasar a ser una mera ficción que lo justifica todo.

### **3. La construcción del delito de blanqueo desde la perspectiva socio-económica**

La práctica diaria nos demuestra que las conductas de reciclaje —al menos, tal y como fueron delimitadas desde el punto de vista fenomenológico a lo largo de la primera parte de este trabajo— vulneran ciertas manifestaciones básicas del sistema plasmado en normas constitucionales propias de Estados que optan por regímenes de economía de mercado. De este modo, una eventual política criminal orientada al combate del blanqueo de capitales ilegales que sea respetuosa con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sólo cabe plantearla desde las consideraciones de orden socio-económico a las que antes se hizo referencia.

Sin lugar a dudas, nuestra norma fundamental deja márgenes importantes para que dentro de ella se puedan practicar distintos programas de política económica, en absoluto coincidentes. Tomando como referencia comparada la Constitución española de 1978, baste pensar en el contenido del artículo 33.1 (“se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”) o en el primer inciso del artículo 38 (“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”), verdaderas claves de bóveda de un sistema liberal-capitalista, en relación con el artículo 128.1 (“toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”) o el artículo 131.1 (“el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender las necesidades colectivas...”), más próximos a una economía dirigida por el Estado.

Con todo, la Constitución de 1978 dista mucho de ser neutra en tan importante materia. Por el contrario, se pronuncia en el ya citado artículo 38 a favor de un sistema de economía de libre mercado más decidida e inequívocamente que la inmensa mayoría de las Constituciones occidentales vigentes. Así, y a diferencia de aquellas otras reglas recogidas en nuestra Ley Fundamental en las que se expresa una orientación sensiblemente opuesta, la norma que ahora nos ocupa eleva la libertad de empresa al rango de derecho de los ciudadanos —se encuentra ubicada en el Capítulo segundo, Sección 2.ª, del Título I—, vinculando por ello a todos los poderes públicos a su cumplimiento, de conformidad a lo previsto en el artículo 53.1.

Por otra parte, conviene destacar que el artículo 38 no se conforma con reconocer una determinada posición subjetiva del individuo frente al Estado que permita exigir de éste su abstención ante el libre juego de la oferta y la demanda. A modo de refuerzo de la obligación genérica a la que —según el artículo 9.2— están sujetos los poderes públicos de intervenir con objeto de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, la regla analizada les impone expresa y específicamente —“de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”— el deber de garantizar y proteger de forma positiva el ejercicio de esta prerrogativa frente a los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Complementariamente, si el Constituyente de 1978 optó por tutelar de manera activa el mercado mediante la defensa de la libre iniciativa empresarial —esto es, desde el lado de la oferta—, no es menos cierto que también plasmó su voluntad por salvaguardar la posición de los demandantes de bienes y de servicios. Fruto de ello fue la inclusión del artículo 51 dentro del catálogo de principios rectores de la política social y económica —Capítulo tercero de ese mismo Título I—, precepto en el que los poderes públicos garantizan “la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Planteadas en tales términos la regulación iusfundamental del mercado —ejemplificada con el caso español, pero perfectamente predicable de tantos y tantos textos constitucionales vigentes en el continente americano—, cobran relieve palabras como las de BASSOLS COMA, para quien la Constitución económica es “la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de *protagonista del desarrollo de la vida económica*”. Y es que, vigente la cláusula social reconocida en el artículo 1.1 de la Constitución española, los poderes públicos deben abandonar su tradicional abstencionismo e intervenir en el juego de relaciones intracomunitarias con el fin último de superar las desigualdades hacia las cuales conduce el liberalismo a ultranza. En el marco de esta economía social de mercado, el Estado no sólo está obligado a *permitir* que el ciudadano se convierta en empresario y ofrezca al público sus productos, o que el consumidor opte por aquello que más le interese de cuanto se le presente; también debe *intervenir* para que pervivan los fundamentos del orden económico constitucional, promoviendo activamente las circunstancias que hagan posible el acceso del productor al mercado en igualdad de condiciones respecto del resto de los competidores, o que el consumidor no se vea desprotegido frente al abuso de los poderosos.

Los procesos de blanqueo inciden muy negativamente sobre el modelo económico plasmado en la Constitución y, en especial —si bien no de forma exclusiva—, sobre la ordenación del mercado que de él deriva. Por ello, todo parece indicar que la reconversión de capitales requiere de una adecuada regulación jurídica, y no sólo porque sea disfuncional al sistema o participe del criterio de la lesividad social. De hecho, nos hallamos ante una realidad capaz de ser incorporada al contenido de las normas de la Carta Magna tantas veces citadas, y que es particularmente disvaliosa respecto de los principios e intereses fundamentales de la convivencia socio-económica en ellas reconocidos.

En efecto, contempladas desde la perspectiva de un Estado abstencionista guiado por la máxima fisiocrática del *laissez passer*, las conductas de blanqueo tal vez pudieran formar parte del tráfico ordinario y ser plenamente conformes a Derecho. Al fin y al cabo, para ese Estado propio del siglo XIX, el progreso de la colectividad se hacía depender del otorgamiento al ciudadano de las cotas más altas de libertad, también en el campo de la oferta y la demanda. Sin embargo, vistos tales actos desde el ángulo de un poder público que tutela activamente el buen orden del mercado y vela por mantener su equilibrio, la reintroducción de capitales en el ámbito de la legalidad, seguida —en su caso— de la integración de esas rentas en actividades empresariales lícitas, representa una manifestación del uso de una libertad individual que, por el contrario, restringe la libertad real

de productores y consumidores, negándoles la aptitud de intervenir en condiciones de igualdad efectiva en los procesos económicos de participación social.

Y es que un mercado en el que se lavan y reinvierten capitales sucios se convierte poco a poco en un núcleo de relación dominado por unos pocos, en el que los operadores económicos pierden la confianza sobre la que se deben basar en todo caso las relaciones comerciales. Así las cosas, el consumidor —aquél cuyos intereses anuncia su amparo la Constitución española mediante su artículo 51— puede ver cómo se reduce poco a poco su capacidad de elegir, bien porque los oferentes de bienes y servicios que precise no le inspiren credibilidad, o bien porque esa oferta se realice por un número cada vez menor de sujetos. Por su parte, el empresario —aquél otro que trata de desarrollar su actividad dentro del marco económico previsto en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo— advierte también cómo su margen de actuación se reduce progresivamente hasta llegar a desaparecer, presionado por quienes se suman al mercado despreciando las reglas de la honesta competencia.

De todo lo dicho se deduce que nos encontramos ante una realidad cuya nocividad se manifiesta —tal y como también se advierte en relación con el abuso de información privilegiada o *insider trading*— en una doble trayectoria: primeramente colectiva, perturbando las condiciones generales del mercado que permiten el normal desarrollo de la iniciativa privada, a la vez que la satisfacción de los intereses de consumidores y usuarios; en segundo término, individual, poniendo en peligro —si no lesionando— las legítimas expectativas de los particulares que aspiran a participar, cada cual desde su propia posición, en ese mismo juego de relaciones económicas. Así pues, se impone recordar una vez más el deber que impone la Constitución española de 1978 al modelo de Estado que en ella se predica a fin de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica y social, siempre a través de la producción de unas leyes capaces de asegurar —tal y como señala el preámbulo de la Norma Fundamental— “un orden económico y social justo”.

Por todo ello, la eventual penalización del blanqueo no es, en modo alguno, el resultado de una brusca irrupción de la moral en la economía. Más bien se debe a una exigencia de racionalización de las conductas económicas que encuentra su origen en el propio sistema económico, en la economía de mercado madura que se abre paso en la Europa del mercado único, en la intervención estatal y comunitaria, y en la garantía de determinados umbrales de competencia leal.

#### **4. Penalización del blanqueo y principio de ultima ratio. La eficacia de otros medios de control sobre este ámbito**

Ya en 1990, Giovanni Maria FLICK señalaba que “un buen Derecho penal económico, para ser tal, debe preocuparse sobre todo por hacer economía del propio Derecho penal”. Por lo tanto, ahora que cada día son más los legisladores internos que optan por incorporar a sus respectivos Códigos penales el reciclado de capitales ilegales, debe analizarse si nos encontramos, en realidad, ante un ejemplo de ejercicio legítimo de la potestad punitiva propia de un Estado personalista o si, por el contrario, asistimos a un derroche innecesario de poder ante unos hechos que, aunque parezca probada su lesividad, podrían ser dominados mediante otros medios de control social menos nocivos para los intereses del individuo.

Conocidas las técnicas a través de las cuales se reciclan capitales ilegales, lo primero que cabe plantearse en orden a su posible neutralización es la eficacia de la *deontología* de quienes participan consciente o inconscientemente en la ejecución de estas operaciones. Indudablemente, la autorregulación aparenta ser la solución perfecta para este problema, determinando a través de códigos éticos de conducta —y, por consiguiente, sin tener que recurrir a la intervención del Estado— cuáles deben de ser las pautas de actuación que han de practicar los profesionales al abordar aquellas transacciones sospechosas de estar vinculadas a la obtención de capitales ilegales.

Ciertamente, no faltan quienes creen que ésta sería la forma más correcta solucionar este conflicto, postura que es acogida con especial satisfacción desde aquellos sectores más relacionados con los aspectos prácticos del problema. Hace poco más de una década, el Director del Departamento Jurídico y Fiscal de la *Association belge des banques*, Jean PARDON, afirmaba con rotunda convicción que “no tenemos que recibir lecciones de nadie, ni es preciso que un Ministro de Hacienda nos anuncie que va a promulgar una ley que obligue a los banqueros a conocer la identidad de sus clientes”.

En este sentido, conviene tener presente que fueron los propios representantes de la banca quienes promovieron en 1988 la firma de la Declaración de Principios de Basilea suscrita por la Banca de Pagos Internacionales —por su parte, inspirada en la *Convention de diligence* suiza de 1977—, texto internacional a cuyo contenido han venido adhiriéndose, a su vez, las diversas organizaciones nacionales en torno a las cuales se reúnen las entidades financieras que operan diariamente con el público, y al que siguió la II Declaración de Basilea en 2001. Algo parecido cabría decir respecto de las iniciativas adoptadas desde el año 2001 en el marco del denominado *Grupo Wolfsberg*, que reúne a las entidades bancarias más importantes de todo el mundo.

En España, a semejanza de lo realizado en otras naciones que nos son próximas, la Asociación Española de Banca Privada (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) ya expresaron en el año 1990 su fidelidad a la I Declaración de Basilea a través de un documento suscrito por ambas entidades en el que se adoptaron ciertas normas de naturaleza deontológica a través de las cuales se trató de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la Declaración de Basilea de 1988. En desarrollo de tales normas, los órganos rectores de las diversas entidades financieras españolas se han preocupado a lo largo de los últimos tiempos por informar al personal a su servicio mediante la difusión de instrucciones y circulares internas, pautas todas ellas en las que no sólo se apela al riguroso cumplimiento de la legislación vigente sobre la materia, sino, especialmente, al “olfato” de sus profesionales.

Sin embargo, quien aspire a solucionar toda esta fenomenología tan solo mediante la aplicación de códigos éticos demuestra una considerable dosis de ingenuidad, si no de insensatez. Y no lo decimos sólo porque tales normas carezcan del suficiente grado de efectividad, sino porque ni siquiera la máxima astucia, perspicacia u honestidad profesional puede que basten para hacer emerger las operaciones más lesivas de lavado de capitales. Creemos que éste es un lujo que el mercado no se puede permitir.

Conocidas las carencias del análisis deontológico, cabe preguntarse si el *Derecho privado* —en especial, las reglas que rigen la teoría general de los negocios jurídicos— puede sernos de alguna utilidad en este ámbito.

Junto con el consentimiento y el objeto, la causa constituye un elemento esencial sin el cual los contratos carecen de validez; son nulos *ab radice*, de pleno Derecho. Siendo ilícita la causa de los negocios jurídicos realizados con el fin de blanquear una masa patrimonial, deberá aplicarse a ellos la ficción jurídica de la inexistencia a los ojos del Derecho y, con ello, su total carencia de efectos. Que los negocios jurídicos realizados para lavar fondos ilícitos sean nulos tiene su importancia, pero no aporta ningún elemento de carácter disuasorio sobre las partes. Los contratantes pueden intentar su celebración y, de no prosperar —por recaer la sanción civil de su inexistencia—, volver a hacerlo hasta tener éxito.

Por otra parte, el causalismo como requisito de validez de los negocios jurídicos se encuentra en franco retroceso en nuestro entorno jurídico. De la mano de las nuevas tendencias europeas, asistimos a un progresivo proceso de objetivación en este ámbito cuyo final puede llevarnos a prescindir de este elemento, hasta ahora esencial.

Sin duda, surge la necesidad de objetivizar al máximo el control de tales conductas y de formalizarlo mediante la intervención en este ámbito del *Derecho administrativo*. A través de esta técnica se logran dos fines, sin duda necesarios: el primero, renunciar a fundar la lucha contra el blanqueo de capitales sobre las cualidades éticas y las capacidades personales de todos y cada uno de los profesionales implicados, aspectos de indiscutible relevancia y con los que siempre debemos contar, pero que se nos antojan insuficientes en orden a alcanzar los objetivos deseados; el segundo, determinar con claridad cuál es el papel que deben asumir tales profesionales en el marco de la lucha contra la criminalidad, enumerando con el mayor grado de concreción posible —por supuesto, teniendo presente cuáles son las áreas y actividades más necesitadas de vigilancia en cada caso— el catálogo de hipótesis ante las que les es exigible una determinada actuación, así como las sanciones disciplinarias a aplicarles cuando incumplan tales obligaciones jurídicas.

La utilidad del Derecho administrativo ha sido valorada por los poderes públicos desde el mismo momento en que el blanqueo se convirtió para ellos en objeto de preocupación. De hecho, las primeras normas empleadas en todos los países para controlar la circulación de capitales ilegales han sido, justamente, aquéllas dirigidas en primera instancia a regular otros aspectos de la vida económica, tales como el fraude fiscal, el régimen del control de cambios o el mercado de divisas.

Con todo, conviene destacar que la significación originaria de esta rama del ordenamiento en este ámbito derivaba, según creemos entender, de la propia consideración que entre los operadores jurídicos merecían entonces las propias conductas de blanqueo. Tal y como ocurre respecto de la evolución de las iniciativas adoptadas en el contexto internacional, los procesos de reciclaje de capitales no fueron valorados en un primer momento como susceptibles en sí mismos de represión, sino como una realidad cuyo control convenía a los efectos de facilitar la pesquisa de los delitos a partir de los cuales se obtuvieran los capitales ilegales. Desde esta perspectiva, la imposición de reglas de conducta a ciertos colectivos de profesionales no se concebía como una forma de neutralizar las propias operaciones de regularización, sino como un método para obligar a tales profesionales a colaborar con las autoridades en la investigación de las conductas criminales previas —tráfico de drogas, extorsión, secuestro etc.— a partir de las cuales se hubieran obtenido los capitales a reciclar.

Sin embargo, el papel desempeñado en este campo por el Derecho administrativo ha variado considerablemente a lo largo de los últimos tiempos. Planteada la ilicitud *per se* del blanqueo de capitales —ya sea como una forma de participación o de encubrimiento de un ilícito previo, ya sea como figura materialmente autónoma—, la obligación de cumplir con una serie de medidas a la hora de ejecutar determinadas operaciones económicas no constituye ya un intento por facilitar la averiguación de unos hechos ilícitos antes cometidos. Lo que ahora se pretende con ello es adelantar la barrera de protección del bien jurídico tutelado por la norma penal, anticipando la intervención de los poderes públicos ante determinadas situaciones de peligro abstracto mediante el control —*via* potestad sancionadora de la Administración— de aquellos actos que, aun no siendo necesariamente constitutivos de lavado, la experiencia nos demuestre que sean idóneos para la regularización de capitales ilegales. En consecuencia, no se sanciona el hecho de blanquear, sino la realización de conductas que, generalmente implican un riesgo de blanqueo, con independencia de que se efectúen o no con el fin de legitimar fondos, o de que, realmente, produzcan tal peligro. Y si quien realiza tal conducta lo hace con objeto de blanquear, y esa intención es probada —qué decir de aquellos países en los que también se tipifica el delito de blanqueo imprudente, como es el caso de España—, deberá decaer la responsabilidad administrativa por efecto del principio *ne bis in idem*, trasladándose el tanto de culpa a los Tribunales penales.

Tras el empleo de esta técnica late el deseo del legislador por lograr un efecto realmente beneficioso, como es luchar contra el blanqueo mediante su prevención. Así, se trata de evitar

el menoscabo efectivo de los intereses sociales en juego —aquéllos mismos que justifican la intervención del Derecho penal en este ámbito—, limitando la imposición de sanciones de índole criminal única y exclusivamente —auténtica *ultima ratio*— a aquellos sujetos que, después de superar esa hipotética barrera de protección anticipada, hacen que ese peligro abstracto al que antes nos referíamos se concrete o se actualice mediante la ejecución de actos de reciclado de fondos ilegales.

El Derecho administrativo sancionador como medio destinado a prevenir los actos de reciclaje fue adoptado por el ordenamiento español tras la aprobación de la Directiva comunitaria 91/308/CEE, modificada luego por la Directiva 2001/97/CE, sustituidas finalmente ambas por la última Directiva 2005/60/CE, encontrándonos a la espera de la nueva Directiva sobre blanqueo, cuya aprobación se espera para la segunda mitad de 2013. En España, la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación de terrorismo* —que sustituyó a la Ley 19/1993— trata de dotar al Ordenamiento español de un sistema normativo que responda satisfactoriamente a los requerimientos derivados de la citada disposición comunitaria, estableciendo una suerte de anillo externo de protección cuya ruptura determinaría, finalmente, y en su caso, la intervención penal en orden a la protección de los intereses socio-económicos en juego.

Ahora bien, como toda medicina —y no cabe duda que el Derecho debe serlo para la sociedad—, una legislación preventiva como la que indicamos también esconde sus efectos secundarios. Ciertamente, a medida que aumenten los dispositivos de control sobre las transacciones dotadas de un contenido económico, se reducen las posibilidades de ejecutar operaciones de blanqueo. Sin embargo, la hipertrofia de tales mecanismos administrativos —tendente, en última instancia, a lograr el máximo grado de transparencia en el intercambio de bienes y servicios, con todo lo bueno que ello implica en el terreno fiscal e, incluso, para la capacidad de elección de la propia clientela— coarta de forma progresiva el irrenunciable perímetro de libertades económicas dentro del cual nuestra sociedad trata de dar satisfacción a sus necesidades corrientes. Así pues, si importante es la prevención del blanqueo, también lo es que, en función de un desmedido interés por lograrla, no desemboquemos en un asfixiante sistema de vigilancia que arruine la operatividad del cuadro de instrumentos jurídicos y tecnológicos, desarrollados a lo largo de la Historia y puestos al servicio de la agilización de los intercambios.

Así mismo, conviene señalar que la desordenada creación de una tupida red de control sobre las actividades económicas puede comprometer seriamente los intereses individuales de los agentes que, profesionalmente — sobre todo, aquéllos que actúan en el ámbito de la intermediación financiera—, participan en la ejecución de tales operaciones. De hecho, el incremento de la vigilancia puede llevar al público a dirigir sus miras hacia aquellas empresas situadas en otros países o territorios en los que el grado de fiscalización sea menos intenso. Ante tales circunstancias, los agentes nacionales —sometidos a la burocracia que supone la aplicación de tales controles, a la vez que a los costes que de ella derivan— se ven paulatinamente relegados en beneficio de sus homólogos de otras jurisdicciones más permisivas. Se demuestra así que la necesidad de homogeneizar la normativa sobre regularización de capitales no sólo se extiende al círculo de lo criminal, sino también al preventivo, dirección sobre la que parecen discurrir iniciativas tales como la citada sucesión de Directivas europeas, o las también citadas Recomendaciones dictadas por el GAFI en 1990, ahora sustituidas por las nuevas 40 Recomendaciones de 2012.

Complementariamente, la preexistencia de una lista cerrada de conductas exigibles fija, a modo de un *cliché* fotográfico, el ámbito de lo no prohibido y, con ello, el margen más o menos amplio en cuyo seno los blanqueadores pueden actuar con plena libertad. En este sentido, a medida que ese catálogo de tipologías administrativas se perfile con mayor nitidez y profusión, mayor será el grado de certeza con el que se dibujen los límites de lo permitido, y mayor será también la posibilidad de

que los sujetos obligados — sometidos al automatismo de cumplir con ese nutrido haz de reglas— relajen su atención y se sientan cada vez menos implicados en la lucha contra el blanqueo de dinero procedente de actividades ilegales.

Por otra parte, tampoco se debe descartar la posibilidad de que el acopio masivo de información genere frutos contrarios a los pretendidos. Así, se ha destacado la posibilidad de que el aumento incontrolado del material susceptible de ser inspeccionado puede llegar a dificultar —si no a bloquear— la misión de las instancias de control, haciendo que éstas apenas puedan seleccionar los datos que en realidad les interesen, esto es, aquellos que verdaderamente se encuentren relacionados con el lavado de dinero sucio. De hecho, la experiencia de algunos países demuestra que los profesionales que deseen bloquear el funcionamiento de la correspondiente UIF —o la UIF que esté enfrentada a las autoridades judiciales— pueden llegar a yugular el funcionamiento del sistema si el emisor de información opta por incrementar sin criterio los datos que pone a disposición del destinatario.

En otro orden de cosas —y con ello trasladamos nuestra atención sobre el campo de las consecuencias jurídicas—, la eficacia del Derecho administrativo también se ve condicionada como consecuencia de las inevitables limitaciones a las que queda sometida la potestad sancionadora del ejecutivo en el seno de un Estado de Derecho que sea verdaderamente democrático; restricciones que, en el ordenamiento español, se establecen básicamente en el artículo 25.3 de la vigente Constitución, norma en la que se proscribió a la Administración civil la facultad de “imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

En efecto, si centramos la mirada una vez más sobre el Derecho español, se puede comprobar que el sistema de castigos previsto en la Ley 10/2010 gira fundamentalmente en torno a la multa como medida jurídico-administrativa. Sin embargo, a nadie se le oculta que la imposición de sanciones pecuniarias —ya sean penales o disciplinarias— en el ámbito de la criminalidad económica carece del necesario grado de efectividad, toda vez que el sujeto implicado considera la eventualidad de su pago como un riesgo más de la empresa y, de actualizarse, como un coste plenamente asumible que, en todo caso, podrá repercutir a través de un aumento en los precios. Como es obvio, el argumento no sólo es perfectamente predicable en el caso del blanqueo, sino que, debido a la propia estructura del mismo, alcanza en él mayor intensidad.

A tenor de todo lo expuesto parece deducirse que la “terapia avanzada” puede generar efectos incuestionablemente favorables en el marco de la lucha contra el blanqueo, pero no debe ser aplicada de forma indiscriminada, sino sólo hasta aquella dosis a partir de la cual su aplicación resulte contraproducente para el mercado e, incluso, para la propia investigación de los hechos. Por lo tanto, será necesario determinar dónde se encuentra el correcto punto de equilibrio entre libertad y control, desde el firme convencimiento de que jamás será posible conseguir una solución plenamente satisfactoria para el reciclaje con la sola ayuda de la disciplina preventivo-administrativa.

Llegados a este punto, parece obligado recordar las palabras del Profesor BAJO FERNÁNDEZ, quien, haciéndose eco de la mejor doctrina alemana, afirma con razón que la subsidiariedad del Derecho penal frente al resto de medidas de lucha en el ámbito socio-económico encuentra sus límites, de un lado, en los fracasos de las medidas preventivas extrapenales y, del otro, en que las medidas penales dañan menos la libertad del sistema económico que otras actividades de prevención. Sin duda, cualquiera podría pensar que estas consideraciones de carácter general se formularon en atención al problema que constituye el objeto del presente trabajo.

## 5. A modo de conclusión

A lo largo de las páginas que preceden, nos hemos esforzado por probar que la intervención penal sobre el blanqueo de capitales sucios no constituye una mera obligación formal a la que estamos vinculados por mor de una serie de compromisos internacionales, ni el capricho de un torpe legislador que aspira a renovar su panoplia punitiva con la última moda que desfila por las pasarelas del Derecho comparado. Muy al contrario, nos hallamos ante una realidad frente a la cual la aplicación de los criterios político-criminales propios de un Estado social y democrático de Derecho nos demuestra que se dan los presupuestos *necesarios* y *suficientes* para su incriminación.

Es *necesario* que se manifieste un interés digno de protección que sea lo bastante importante como para que se despliegue el *ius puniendi*, y ese interés existe. Con toda probabilidad, las conductas de reciclaje inciden negativamente —si bien en diferente medida— sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista, parece correcto secundar la opinión de quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva. No obstante, a la hora de determinar cuál es el bien jurídico que —político-criminalmente— justifica la intervención del Derecho penal, y —dogmáticamente— fija la correcta ubicación sistemática del tipo y sirve de pauta para su adecuada interpretación, entendemos que es absolutamente necesario acudir al ámbito socio-económico consagrado en la Constitución. En este sentido, estimamos que la criminalización del reciclaje representa un claro exponente de la actuación de unos poderes públicos que, lejos de abstenerse, intervienen sobre el mercado con objeto de salvaguardar la credibilidad de los agentes que en él participan, a la vez que la iniciativa privada y el régimen de libre competencia.

Por otro lado, comprobado que aquellos otros medios de control social que pueden aspirar a colaborar en la lucha contra el blanqueo no bastan por sí solos para hacer frente al problema, todo parece indicar que la lesividad social de tales conductas se convierte, así mismo, en causa *suficiente* para acudir sin temor al Derecho penal. *Ultima ratio*, sin duda, pero *ratio* al fin y al cabo.

Ciertamente, proclamar que el sistema penal sea el único o el principal instrumento de control de la circulación de capitales es un error. Como señala COLOMBO, tal convicción generaría una sobrecarga del aparato represivo que, en cierto modo, lo estrangularía al atribuirle competencias que no le pertenecen. Pero, incluso ahora que se propugna la progresiva reducción de este sector del ordenamiento jurídico, también dudamos que la criminalización sea aquí un anacronismo. Como señala este mismo autor refiriéndose al propio reciclaje, “el sistema penal requiere un íntegro reequilibrio de acuerdo al cual, junto con la introducción de nuevos tipos para los delitos más graves, también prevea deshacerse de aquellas infracciones que deban ser despenalizadas [...]. Si con ello lográramos la completa agilización de la intervención penal, el recurso a esta sanción se concentraría más provechosamente sobre las desviaciones de mayor importancia”.

Obviamente, así contribuiremos a acercar el Derecho a la comunidad ya sus problemas, haciendo recaer la sombra de la antijuricidad penal sobre unos actos que merecen una valoración profundamente negativa por parte de la generalidad del cuerpo social. Por ello, la opción penalizadora también servirá para situar a ciertos “héroes del papel salmón” —respetados, si no admirados por ciertos sectores que reconocen en ellos la más clara encarnación del éxito profesional— en el lugar que verdaderamente les corresponde. Así pues, contemplada la cuestión desde el punto de vista de la prevención general, en la medida en que estos sujetos se esfuercen por aparentar una posición respetable, harán lo posible por no tener que soportar el infamante estigma de resultar sospechosos de blanqueo.

### **3. BLANQUEO Y RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS. EL LAVADO DE ACTIVOS EN EL MARCO GLOBAL**

Contemplado desde el punto de vista del interés estrictamente individual e inmediato, robar constituye algo realmente ventajoso. Sin embargo, como ya dijera BECCARIA en su célebre *De los delitos y de las penas*, apelando a la teoría iluminista del pacto social, “las leyes son las condiciones con que los hombres aislados 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”. Por ello se considera desde hace muchos siglos que la conducta del ladrón viola una regla esencial de convivencia, aceptándose así mismo que es bueno privarse del lujo de robar para que cada cual disfrute pacíficamente de su legítima propiedad. Según esta misma línea de razonamiento, deberá reconocerse que participamos de un nuevo “estado de naturaleza”, asumiendo la necesidad de establecer un nuevo “pacto social planetario” conforme al cual —entre otras cosas— los Estados no deben permitir la obtención de ventajas a corto plazo, ignorando que, en el marco de un mercado global, sus intereses deben conciliarse con los de el resto de los agentes económicos.

En este contexto, resulta absolutamente necesario contar con unas reglas comunes del juego (*levelling of the playing field*) que, en beneficio de todos cuantos deseen participar, permitan a las empresas el acceso igualitario a los mercados, con independencia de cuál sea su procedencia geográfica.

Frente a la eficacia y a la productividad inmediata, todo proyecto económico serio debe optar por la rentabilidad a largo plazo, estable y sostenida. En última instancia, se trata de elegir entre depredación económica y crecimiento de las naciones, siendo consciente de que tender la mano al dinero de ilícita procedencia supone tanto como colaborar en la marcha de una espiral de corrupción en perjuicio de las reglas de la libre competencia a escala mundial. No se trata, pues, de un problema de ética, sino de estrategia solidaria para el progreso global. Con independencia de los juicios morales que cada cual estime oportunos, cuando los poderes públicos de un Estado permiten —si no alientan— el lavado de activos, están siendo partícipes de un proceso cargado de lesividad potencial. Por lo tanto, no se trata de un problema ético, sino de pura estrategia para la mejor coexistencia en la nueva sociedad.

### III. FENOMENOLOGÍA DEL LAVADO DE DINERO

#### 1. CONCEPTO DE BLANQUEO

##### A.) Rasgos esenciales del reciclaje de fondos ilícitos

###### 1. *Introducción*

La literatura existente en la actualidad sobre el reciclaje de fondos ilegales ha experimentado un desarrollo exponencial. Con todo, de esa abundancia no siempre deriva una auténtica unidad de criterio. La diversidad de definiciones que ofrecen los distintos autores bastarían para demostrar que, tras una colección de términos que suelen emplearse como sinónimos blanqueo, lavado, reciclaje, normalización, reconversión, legalización, etc., se esconde una realidad que es entendida de modos muy diversos. Parece evidente que la idea de vincular tales operaciones con el afloramiento de la riqueza oculta a los circuitos económicos reglados es común a todas ellas, pero la amplitud con la que es tratado el fenómeno difiere sustancialmente entre las distintas propuestas.

Ante esa sensible diversidad conceptual, parece necesario adoptar desde el principio una postura al respecto, pues resulta imposible abordar un estudio mínimamente coherente de cualquier cuestión sin aclarar desde un principio cuál es el objeto sobre el que versa.

Así pues, a continuación se tratará de identificar los diversos elementos que integran la noción de blanqueo que, a nuestro juicio, se corresponde con la realidad que nos interesa. Y es que sólo conociendo sus rasgos distintivos estaremos en condiciones de poder opinar con un mínimo rigor, más adelante, en torno al tratamiento jurídico que merece este fenómeno.

###### 2. *El blanqueo es un proceso*

Según se ha venido afirmando desde la doctrina italiana, el *riciclaggio* no es más que un ejercicio de separación a partir del cual se procura el alejamiento de unos determinados bienes respecto de su origen ilícito. De este modo, conforme esa riqueza sea progresivamente distanciada de su efectiva procedencia —o lo que es lo mismo, a medida que se oculten todas aquellas trazas que permitirían descubrir su auténtica naturaleza e impedirían la reintroducción de tales bienes en el mercado lícito—, mejor será el resultado de la regularización y mayor la consistencia de esa apariencia de legalidad.

Así las cosas, no debería de extrañar el empleo que, en sentido figurado, se hace habitualmente de los vocablos “blanqueo”, “lavado” o “legitimación” tanto en los medios de comunicación de masas como incluso entre los círculos jurídicos y económicos. Y es que, del mismo modo que hay ciertas manchas rebeldes que se resisten a la química de los mejores detergentes, los rendimientos procedentes de actividades criminales se encuentran marcados por la ilicitud de su origen. Por consiguiente, y como si de una prenda se tratase, en tales casos será preciso *lavar* una y otra vez ese capital *sucio* hasta obtener los resultados deseados, es decir, hasta que la riqueza haya sido alejada lo suficiente de su procedencia ilegal como para que las diferentes instancias de control no puedan identificar su verdadera naturaleza.

A pesar de todo, no faltan autores que han desaconsejado el uso de tales expresiones en el campo del Derecho, aduciendo la inconveniencia de introducir en el léxico propio de este ámbito ciertos términos que estiman pertenecientes a la jerga de la criminalidad económica, afirmando que la expresión “blanqueo de dinero” es más propia de la jerga periodística —si no del hampa— que de un Código penal. De hecho, merece la pena destacarse el hecho de que el término “blanqueo” no

haya sido incorporado a la legislación penal española hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, aunque ya se empleara desde bastante tiempo antes en la —ya derogada— Ley 19/1993, de prevención de este fenómeno.

En suma, con independencia de que la reconversión de capitales se verifique mediante la puesta en práctica de una sucesión de operaciones puntuales cambio de divisas, transferencias bancarias, adquisición de títulos o de inmuebles, constitución de sociedades, etc. , no parece que la última meta perseguida la plena *limpieza* de esa riqueza se obtenga de una forma instantánea o inmediata, sino en virtud de un progresivo “proceso a través del cual se oculta la existencia de ingresos, o la ilegalidad de su procedencia o de su destino, a fin de simular su auténtica naturaleza y así conseguir que parezcan legítimos”, tal y como se pronunciaba en 1984 la Comisión Presidencial sobre Crimen Organizado estadounidense. Indudablemente, cada una de esas operaciones tenderá a facilitar la regularización perseguida, pero será preciso efectuar una serie de ellas hasta conseguir el nivel de *blancura* deseado: el suficiente grado de ocultamiento del origen de tales ingresos para poderlos reintegrar en los cauces económicos regulares sin levantar sospechas o, al menos, sin que el origen ilícito de los mismos pueda ser demostrado.

Partiendo de ese concepto dinámico de blanqueo de capitales, diversas fuentes han tratado de analizar el fenómeno mediante el establecimiento de una serie de fases o estadios a lo largo de los cuales tendría lugar la aparente normalización de esos rendimientos ilícitos.

En tal sentido, el GAFI acometió desde los comienzos de su andadura el estudio de la cuestión en base a la existencia de tres etapas sucesivas claramente diferenciadas. Según las estimaciones del citado organismo internacional, la primera de ellas fase de *colocación* estaría destinada a hacer desaparecer la enorme cantidad de dinero en metálico derivado de actividades ilegales mediante el depósito del mismo en manos de intermediarios financieros, la adquisición de títulos al portador, etc. Una vez reducido ese ingente numerario, el patrimonio resultante quedaría sometido en segunda instancia a un buen número de transacciones —fase de *conversión*— dirigidas a asegurar en lo posible el distanciamiento de esos bienes respecto de su origen ilícito. Finalmente, el blanqueo concluiría con la fase de *integración*, en la que la riqueza obtendría la definitiva máscara de licitud mediante la oportuna introducción en los cauces económicos regulares.

Por su parte, el legislador italiano también ha adaptado las citadas consideraciones de orden criminológico al Derecho positivo. De este modo, el *Codice penale* —que ya regulaba con no demasiada fortuna determinados supuestos de blanqueo a través de un único precepto que fue promulgado en 1978— recoge desde el año 1993 una nueva normativa sobre reconversión de fondos procedentes de determinadas actividades delictivas en la que se diferencia entre los supuestos de “*riciclaggio*” en sentido estricto y los otros de “*impiego di denaro, beni o utilità, di provenienza illecita*”. De este modo, mientras el vigente artículo 648 *bis* del citado cuerpo legal castiga a quien “sustituya o transfiera dinero, bienes o cualesquiera otras utilidades económicas procedentes de un delito no culposo, o efectúe en relación con los mismos cualesquiera otras operaciones, de modo que a través de ellas se obstaculice la identificación de su procedencia delictiva”, el artículo 648 *ter*, coetáneo al anteriormente citado, sanciona a quien “sitúe en actividades económicas o financieras dinero, bienes o cualesquiera otras utilidades económicas” cuya procedencia sea delictiva.

Indudablemente, la segmentación del proceso de normalización de capitales de procedencia ilícita constituye un importante factor de carácter metodológico que facilita de manera considerable el estudio del fenómeno y ayuda a hacer más comprensible su exposición. Con independencia de cuál sea la sistemática adoptada, se asegura que cada una de las fases a través de las cuales discurre el proceso de lavado goza de una plena autonomía conceptual.

Sin embargo, la experiencia nos demuestra que la validez de esta especie de compartimentación debe de contemplarse dentro de sus justos límites. En efecto, las distintas etapas se solapan en muchas ocasiones e incluso coinciden, posibilidad que se dispara en el caso de las formas más características de la criminalidad económica, ámbito en el que los instrumentos que son utilizados para obtener un enriquecimiento ilícito también pueden ser empleados como medios con los que facilitar la circulación de ese patrimonio, distanciarlo de su origen delictivo o procurar su reintroducción en el mercado legal.

Por ejemplo, cuando un empleado de banca desvía mediante un artificio contable una ingente cantidad de dinero procedente de un número indeterminado de clientes hacia una cuenta abierta a su nombre, coinciden en el mismo momento la percepción del beneficio ilícito —la sustracción de cantidades a cada uno de esos clientes—, la circulación y el distanciamiento del mismo respecto de su origen delictivo —la transferencia de los citados fondos a su favor— e incluso la reentrada de esa riqueza en los cauces económicos reglados, en el caso de que, con cargo a esa cuenta, hiciera frente al pago de cualquier débito. Evidentemente, estas coincidencias no son exclusivas de los delitos económicos *stricto sensu*. Por ejemplo, cuando una banda de narcotraficantes consigue cambiar una importante cantidad de dinero en moneda nacional procedente de la venta callejera de droga por dólares, euros o libras esterlinas en billetes de elevada cuantía, consigue a la vez deshacerse de un volumen de moneda que hubiera sido fácil de detectar, iniciar la circulación de esa misma riqueza mediante la adquisición de divisas fáciles de negociar en cualquier país del mundo y sentar las bases para su inmediata inversión como si fueran rendimientos lícitamente obtenidos.

En último término, y con carácter general, podemos llegar a afirmar que es la propia entidad del reciclaje la que relativiza la citada división. Por una parte, si bien es cierto que el regreso de esos capitales en los cauces económicos oficiales podría decirse que constituye el último peldaño de una hipotética escalera cuya completa ascensión permitiría desvincularlos por completo de su origen y hacerlos abandonar definitivamente la sombra de la ilegalidad, no parece que tal hecho autorice a encontrar en esa reintroducción una naturaleza distinta a la de cualquiera de las fases anteriores. Por otra —y quizá esto sea lo más importante—, no debemos olvidar que el blanqueo *es un proceso* y no el *resultado* de un proceso, dado que difícilmente puede hablarse con propiedad de una meta —la total y absoluta desaparición de las trazas en ese capital que pudieran revelar su origen ilícito— cuando la razón nos lleva a pensar que esa meta es, de hecho, tan perfectible como teóricamente inalcanzable. Y es que sabemos cuál es el punto de partida de esa hipotética ascensión —la comisión de un hecho ilícito económicamente productivo—, pero no es posible determinar dónde se encuentra su fin, dado que siempre será posible avanzar un nuevo paso —es decir, realizar una nueva operación de blanqueo— que favorezca un poco más el distanciamiento de los bienes respecto de su remota procedencia.

La observación pudiera parecer carente de importancia, pero creemos que debería ser tenida en cuenta a la hora de deducir criterios político-criminales con los que construir normas tendentes a hacer frente al fenómeno del lavado de capitales ilícitos. A modo de ejemplo, quizás convenga recordar el juicio negativo que han merecido por parte de la doctrina las reglas contenidas en los ya citados artículos 648 *bis* y 648 *ter* del Código Penal italiano, de las que se ha llegado a decir que no se encuentra ninguna coherencia sistemática entre ellas, y su coordinación es tan confusa que el intérprete habrá de esforzarse mucho para saber en cada caso cuál ha de ser la norma aplicable. Con todo, ello no impide que el criterio de la sucesión de fases sea muy útil en orden a la adecuada exposición fenomenológica del problema, revelando con claridad el progresivo avance que el blanqueo implica respecto del distanciamiento de unos bienes en relación con su origen ilícito. Por ello, se empleará este criterio en el próximo Capítulo para describir los procedimientos más usuales de lavado.

### 3. **Objeto del blanqueo: riqueza “negra” y riqueza “sucia”**

Hablar del blanqueo o del lavado de capitales supone referirse implícitamente a la previa *negritud* o *suciedad* de los mismos. Normalmente vinculados al dinero, los calificativos “negro” y “sucio” son empleados en la jerga económica y financiera para expresar el carácter irregular de unos determinados bienes. Resulta frecuente ver cómo ambos vocablos son utilizados como si fueran sinónimos. Sin embargo, conviene establecer desde un principio ciertas precisiones que nos permitan delimitar el contenido de unos términos a los que vamos a atribuir diferente significado a lo largo de la exposición.

A los efectos de nuestro discurso, riqueza *negra* es aquella cuyo titular mantiene al margen de las instancias estatales de control fiscal, quedando con ello liberado del sometimiento al deber de contribución a los gastos públicos impuesto por el sistema tributario.

Frecuentemente vinculado a una auténtica cultura de la evasión fiscal, en la que resulta habitual ver cómo se presume ante los amigos de haber burlado más y mejor los controles establecidos por la Hacienda correspondiente, el dinero negro constituye la savia con la que se alimenta la economía sumergida de un país. Actuando de espaldas a la legalidad, las empresas que operan en este oscuro ámbito parecen desconocer la existencia del Registro Mercantil o de la propia Seguridad Social, producen bienes y servicios al margen de todo control por parte de la Administración —no sólo impositivo, sino también sanitario, de calidad, etc.— e incluso rebajan el precio final de sus bienes o servicios a costa del valor añadido, haciendo de un documento tan obvio como es la factura en una especie de accesorio de lujo que el consumidor tiene que abonar al margen del propio producto.

Nadie duda que la existencia de un importante sector de economía sumergida ayuda a sobrellevar la adversa situación de muchas de aquellas familias que sufren en primera persona las consecuencias del desempleo. Sin embargo, a medio y largo plazo los inconvenientes superan con creces a las ventajas. Con independencia del considerable perjuicio inmediato que la empresa clandestina genera al Tesoro Público, el hecho de que la economía *real* de una determinada sociedad difiera sensiblemente de su economía *oficial* impide la puesta en práctica de una política económica coherente y eficaz por parte del Estado, toda vez que esa divergencia de datos genera un permanente sentimiento de duda respecto de las estadísticas oficiales en base a las cuales tal política ha de llevarse a cabo. Por otra parte, la irrupción en el mercado de este género de empresas suele venir acompañada de un buen número de transgresiones a ciertos logros irrenunciables alcanzados por el llamado “Estado del bienestar”, tales como los relativos a la Seguridad Social, la protección de la salud e integridad personal de los trabajadores o del medio ambiente, etc.

Con todo, no está de más preguntarse cuáles pueden ser los factores que, además del comprensible —e injustificable— deseo del contribuyente por eludir el sometimiento a la tributación, condicionan el funcionamiento de un poderoso sector económico oculto. Y aunque éste no sea el lugar más apropiado para abordar el estudio de esta importante cuestión, quizá convenga recordar las palabras de SOLÁNS SOTERAS, antiguo Delegado del Gobierno español para el Plan Nacional sobre Drogas, quien aseguró, ya hace años, que el crecimiento de la economía sumergida en los países occidentales “refleja la quiebra del consenso social y la deslegitimación del Estado a los ojos de sus ciudadanos”.

Ahora bien, no es preciso apelar al futuro ni al orden social y económico para descubrir cuáles son los efectos negativos que el sector informal y el dinero negro provocan sobre el individuo. En realidad, el sujeto liberado de la carga que supone contribuir al gasto público a través del pago de los diferentes impuestos también soporta inconvenientes considerables, muy especialmente cuando la riqueza obtenida a partir del desarrollo de tales actividades —o de cualesquiera otras

realizadas al margen del control de las Haciendas Públicas— reviste cierta cuantía. Las desventajas que derivan de esa clandestinidad son innumerables, dado que en la mayor parte de las ocasiones el dinero negro tampoco puede ser correctamente controlado por su propietario, ya que tiene que estar invertido en operaciones anónimas, no identificables para el Fisco, y, en consecuencia, tampoco para las partes, o en operaciones financieras ubicadas en el exterior del propio país, y en todo caso sin la posesión de los instrumentos precisos para someter a los intervinientes a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos y, también en consecuencia, imposibilidad de exigir cumplimientos o de oponer facultades a través de los Tribunales de Justicia. En estas circunstancias, el dinero negro no puede ser utilizado en la actividad ordinaria de un número amplio de negocios para crear un patrimonio o una riqueza amparada por el Ordenamiento jurídico, los Registros de la Propiedad y Mercantil y custodiada por los Tribunales de Justicia, debiendo discurrir por el fango de la marginación, siendo pasto en muchas ocasiones de estafadores y ladrones.

Por consiguiente, el titular de ese patrimonio oculto a los ojos de la Administración puede verse finalmente obligado a manifestarlo ante las instancias públicas de control, siempre y cuando aspire a disfrutarlo y verse beneficiado del cuadro de garantías que ofrece el tráfico jurídico. O lo que es lo mismo: será preciso optar entre confesar el origen de dicha riqueza — aceptando con ello el sometimiento a las oportunas sanciones previstas por el Derecho— o proceder de forma clandestina a su regularización a través del oportuno proceso de blanqueo.

Sin embargo, con independencia de cuál sea la alternativa elegida por el nuevo contribuyente a la hora de reciclar su dinero negro, no creemos que esa regularización fiscal, en sí misma, merezca sanción. Como señala BAJO FERNÁNDEZ, la reconversión de ese capital sustraído hasta ese momento al control del Estado implica una especie de arrepentimiento que, aunque no vaya acompañada de la contrición de corazón, sí significa una retractación o un replanteamiento de la actividad económica del sujeto para poder disfrutar de la riqueza conseguida. Por ello, cabría dudar si el ordenamiento jurídico hace bien castigando el blanqueo. ¿Acaso no debería encauzarlo —e incluso promoverlo—, en la medida en que la obstaculización del mismo sería incongruente con una elemental y necesaria política orientada a luchar contra la evasión fiscal?

Una vez conceptualizado el dinero negro como aquél cuyo titular mantiene al margen de todo control por parte de las Haciendas Públicas, el *dinero sucio* es aquél que, además de permanecer de espaldas a los circuitos económicos oficiales, encuentra su origen en una actividad ilícita *per se*. O lo que es lo mismo: frente a la *negritud* como género, la *suciedad* de un patrimonio constituye una especie o elemento de la citada clase lógica. Por consiguiente, toda riqueza sucia es también negra —razón por la cual participa de todos los rasgos que identifican a los rendimientos derivados de las actividades realizadas en el marco de la economía oculta—, pero no toda riqueza negra es sucia, sino sólo aquella que se haya obtenido mediante la comisión de operaciones ilícitas.

De este modo, impartir clases particulares a domicilio o fabricar zapatos tras la persiana cerrada de un garaje, por ejemplo, son actividades plenamente lícitas en sí mismas, incluso en el caso de que la renta percibida por tales ocupaciones no fuera declarada a Hacienda, siendo meramente “negro” el beneficio obtenido a partir de ellas. Por el contrario, el comercio de drogas ilegales o la prostitución organizada, pongamos por caso, constituyen actividades flagrantemente antijurídicas, no ya desde el punto de vista tributario cuesta trabajo imaginar a un traficante de heroína declarando al Fisco los rendimientos obtenidos como resultado inmediato de su negocio, sino también por sí solas, motivo por el cual deben ser consideradas fuente de un capital, amén de negro, “sucio”.

Planteada la cuestión en tales términos, parece evidente que el sector de economía sumergida no sólo está integrado por las empresas dedicadas a actividades lícitas que eluden el pago de los correspondientes tributos, sino también por aquellas otras de carácter ilegal y, en especial, por las organizaciones criminales dedicadas al mercado de bienes o servicios prohibidos por el

ordenamiento jurídico. En esta línea, son muchos los que aseguran que las actividades de estas últimas habrían de ser tenidas en cuenta a la hora de conocer la dimensión real de las variables macroeconómicas de un país, si bien no pueden dejar de admitir las enormes dificultades existentes para determinar con un cierto grado de precisión su verdadera magnitud. Incluso, dado que el rendimiento derivado de las actividades delictivas llevadas a cabo por tales organizaciones no es sino el resultado de operaciones productivas —y no solamente una forma de enriquecimiento injusto—, los capitales sucios deberían entenderse sujetos a la correspondiente tributación. No obstante, ésta no es una opinión pacífica entre la doctrina.

Valorado el problema desde el prisma de la racionalidad económica, las actividades ilícitas —especialmente, las desarrolladas en el marco de una organización criminal estructurada en base a criterios de empresa— han de estar dotadas necesariamente de un elevado grado de rentabilidad, superior en todo caso al correspondiente a aquellas otras desarrolladas dentro de los límites de la legalidad. En efecto, el sujeto que decide lucrarse a costa de la realización de comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico asume el riesgo de ser sancionado desde el momento en que considera que tal eventualidad se ve superada por sus expectativas de enriquecimiento. Evidentemente, ese mismo sujeto no se prestaría en ningún caso al peligro de ser castigado si contara con algún medio legal a través del cual pudiera lograr una ganancia de semejante entidad.

En consecuencia, el coste de los recursos disponibles por vía ilegal es —al menos, desde la perspectiva estrictamente pecuniaria— muy inferior al de aquellos otros obtenidos de manera lícita. Por ello, la reintroducción de esta riqueza sucia en los cauces regulares de la economía siempre genera distorsiones en el funcionamiento normal de los mercados, anomalías que, en último extremo, pueden conducir a una progresiva supresión de la competencia. La posibilidad de acudir a una financiación bastante menos costosa hace que las empresas legales, sometidas a los costes habituales, sean primero marginadas y luego expulsadas del mercado, ámbito en el cual la empresa financiada con capital ilícito tiende a erigirse en monopolio.

Ahora bien, ni creemos que sea correcto reducir la existencia de la riqueza sucia al ámbito de lo *penalmente* relevante ni podemos compartir la postura de aquéllos que se resisten frontalmente a indagar en torno a la posibilidad de conceder significación criminal al blanqueo de bienes procedentes de actividades ilegales *no delictivas*. La experiencia nos demuestra que un legislador incapaz de hacer frente a nuevas realidades económicas puede dar lugar a que haya supuestos en los que el empleo fraudulento de cuantías auténticamente astronómicas no sea constitutivo de delito.

Con todo, es innegable que una adecuada política criminal que tuviera permanentemente presentes los más elementales principios informadores del Derecho penal contemporáneo debería poner orden en este *maremagnum*, retirando del catálogo de delitos aquellos comportamientos que no merezcan serlo e incorporando al mismo a aquellos otros cuyo grado de lesividad social lo justifique. Sin embargo, en tanto no tenga lugar ese necesario reequilibrio, será preciso cuestionar de forma permanente la naturaleza de la infracción previa —civil, administrativa, penal— reservada por la normativa vigente y atender preferentemente a otros factores a la hora de conocer si un determinado supuesto —en razón a su grado de lesividad social— debería ser constitutivo, o no, de blanqueo.

Si bien ya se han vertido algunas ideas al respecto, razones de orden metodológico determinan que éste no sea el lugar más apropiado para analizar en profundidad cuáles deberían de ser los diferentes modos de intervención del Derecho en el ámbito del blanqueo de capitales procedentes de actividades ilegales. Aún lo es menos para tratar de justificar la eventual incidencia del Derecho penal sobre este fenómeno. Sin embargo, creemos que con lo expuesto basta para poder asegurar que el ordenamiento jurídico debería reservar un tratamiento especial para esta riqueza sucia y para aquéllos que traten de introducirla en los cauces económicos regulares.

A diferencia de otros países en los que expresiones tales como “*dirty money*”, “*denaro sporco*” o “*argent sale*” están cargadas de significación propia, en España han sido pocos los que se han pronunciado de algún modo respecto de las diferencias cualitativas existentes entre las dos categorías que ahora analizamos. Por otra parte, de entre aquéllos que lo han hecho, no todos se refieren a la riqueza que aquí hemos optado por denominar “sucias” en tanto que especie perteneciente al género integrado por todos aquellos caudales que se mantienen al margen del control del Estado, sino como una categoría autónoma conceptualmente contrapuesta a esta última. En esta línea, no faltan quienes entienden que el dinero negro —por contraposición al dinero sucio— debe proceder necesariamente del desarrollo de actividades *lícitas*, con independencia de la ausencia del sometimiento de las mismas al correspondiente control fiscal.

A pesar de todo, hay quienes afirman con razón que hay ocasiones en las que resulta virtualmente imposible determinar dónde se encuentra la frontera que separa los rendimientos económicos procedentes de actividades ilícitas de aquellos otros vinculados tan solo al fraude fiscal y a la evasión de capitales, no sólo porque la citada línea divisoria se muestre hartamente difusa en la inmensa mayoría de ocasiones, sino también porque resulta habitual comprobar cómo existe entre ambos una permanente interacción. De otro lado, ya tendremos ocasión de comprobar más adelante hasta qué punto se manifiesta una identidad sustancial entre las técnicas destinadas al blanqueo clandestino de unos beneficios y de otros.

No obstante, si bien es cierto que desde la perspectiva fenomenológica y de la investigación se manifiestan numerosos puntos de conexión entre el dinero negro y el dinero sucio, ello no justifica en modo alguno que, contempladas desde el punto de vista jurídico, ambas categorías sean tratadas de igual forma.

Por todo ello, no podemos compartir la opinión de aquéllos que, tratando de analizar la significación penal del fenómeno, definen el blanqueo en función de un objeto ampliado, resultando para ellos absolutamente indiferente la licitud o ilicitud del origen de los fondos a reconvertir.

#### **4. No sólo el dinero es objeto de blanqueo**

El empleo de expresiones tales como “dinero sucio”, “blanqueo de dinero” o “lavado de dólares” se ha hecho común en nuestros días, no sólo por parte de los *mass media*, sino también entre los círculos económicos y jurídicos. Sin embargo, sería un grave error sostener que sólo el dinero —e incluso únicamente la divisa norteamericana— es objeto de reciclaje. Dar por buena tal afirmación equivaldría a aceptar que la delincuencia no opera con ventajas económicas bajo las formas más variadas, así como que no es preciso ocultar la procedencia de tales bienes al poder ser introducidos en los mercados lícitos sin levantar la menor sospecha. Evidentemente, esto no es así.

Por supuesto, el planteamiento resultaría aún más erróneo si tan solo vinculáramos las operaciones de reconversión al dinero en metálico. En efecto, los intercambios económicos han alcanzado en nuestros días un fabuloso nivel de agilización gracias a la aparición de nuevas instituciones jurídico-mercantiles puestas al servicio de una economía que gira en torno al crédito. Es preciso añadir a todo ello el avance tecnológico que ha permitido la materialización a tiempo real de operaciones comerciales entre puntos geográficos situados entre sí a miles de kilómetros de distancia. En el seno de esta economía “desmetalizada”, la moneda se ha visto desplazada a un plano secundario en favor del título valor, la tarjeta de crédito, el asiento contable o la transferencia electrónica. Como tendremos ocasión de analizar más adelante, la criminalidad económica, en general, y las modernas redes de blanqueo, en particular, se valen en multitud de ocasiones de las posibilidades que ofrece la *cashless society* en la que nos encontramos inmersos.

Evidentemente, hay muchas ocasiones en las que el producto obtenido directamente del delito no es dinero en efectivo, sino cualquier otra ventaja patrimonial lo suficientemente importante como

para que sea preciso dotarla de un disfraz de legalidad. Comparadas con el dinero, tales ganancias suelen ser mucho más difíciles de blanquear: la extrema fungibilidad de la moneda y el anonimato con el que circula son factores que siempre han jugado en favor de aquéllos que la han obtenido de forma ilícita. Y si bien es cierto que el viejo aforismo romano *pecunia non olet* parece haber entrado en crisis en nuestra sociedad, también lo es que sigue resultando relativamente más fácil situar en el mercado una suma importante en metálico que una obra de arte, unas joyas o unos bienes de equipo robados que tengan el mismo valor económico.

Por otra parte, y con independencia de cuál sea la naturaleza de ese producto, no podemos olvidar que, como ya se expuso anteriormente, el reciclaje de capitales consiste en un proceso de distanciamiento que se desarrolla a lo largo de una serie prácticamente indefinida de etapas. De este modo, a medida que avanza ese *iter*, las ganancias ilícitas pueden transformarse una y otra vez por otros bienes o servicios de la más diversa índole. En esta línea, se ha señalado que la delincuencia de nuestros días ha incrementado de forma significativa sus movimientos económicos a través de medios no monetarios tales como el oro, piedras preciosas, sellos valiosos, etc.

### **5. El blanqueo ha de serlo de “capitales”**

A tenor de lo visto hasta el momento, expresiones tales como “blanqueo”, “lavado” o “reciclaje” habrían de servirnos para dar nombre a toda clase de operaciones a través de las cuales fuera posible dotar de una apariencia lícita a las ganancias derivadas de actividades ilegales. Así las cosas, deberíamos de admitir que la fenomenología del blanqueo no se limita tan solo a la reconversión de esos fabulosos patrimonios a los que de reiteradamente hemos venido haciendo referencia. Por el contrario, también sería preciso incluir dentro de ese mismo concepto un amplio catálogo de supuestos en los que beneficios de la más diversa naturaleza —aunque de un valor económico relativamente escaso— son desvinculados de algún modo de su origen ilegal.

Pensemos, por ejemplo, en la adquisición de bienes con el dinero robado en la calle a un peatón, o en la venta o permuta de objetos sustraídos de un automóvil. Tanto en un caso como en otro nos encontraríamos ante claros supuestos de blanqueo, dado que, mediante la realización de operaciones tan sencillas y frecuentes como las descritas, el beneficio económico derivado del delito se alejaría de su ilícita procedencia, volviendo a traspasar con ello —esta vez, en sentido inverso— la frontera que separa el ámbito ilegal del legal. En algunos casos, tales comportamientos se encuentran penalizados, pero en la mayoría de las ocasiones se mantienen, como no podría ser de otro modo, fuera del ámbito criminal. Con respecto a la persona que transmite los bienes ilícitamente obtenidos, la irresponsabilidad penal dimana del cumplimiento del principio de irrelevancia de los actos de autoencubrimiento; en relación con la persona que los recibe, puede derivar del principio de culpabilidad, siempre que desconozca el origen ilegal de tales bienes.

Ahora bien, si observamos con mayor detenimiento este importante grupo de casos llegaremos a la conclusión de que, en la mayoría de las ocasiones, el sujeto que negocia con esos beneficios no actúa movido por el interés de dotarlos de una apariencia de legalidad. La escasa importancia económica de tales productos y la extrema fungibilidad de muchos de ellos hacen que puedan ser empleados por parte de su ilegítimo poseedor sin mayores complicaciones. Por consiguiente, el autor de esas operaciones de reconversión no pretende *lavar* unas ganancias *sucias*, sino tan solo actualizar el ánimo de lucro que motivó su previa actuación antijurídica, o lo que es lo mismo, transformar aquello que no le reporta una utilidad directa en otros bienes legales o ilegales — dinero, droga, etc.— que le sirvan para satisfacer sus necesidades corrientes.

Por todo ello, esa inconsciente legalización de beneficios ni es buscada por el sujeto activo ni le es necesaria. Para él no representa más que un efecto colateral o secundario que se añade al enriquecimiento, siendo este último el único móvil que guía su comportamiento.

Sin embargo, frente a la delincuencia más clásica propia del timador, el carterista o el atracador, nuestra sociedad ha conocido nuevas formas de criminalidad caracterizadas por unos niveles de rentabilidad desconocidos hasta hace bien poco. Como ya se ha señalado anteriormente, el delito ha llegado a convertirse en nuestros días en un medio válido para generar cantidades de bienes y de dinero lo suficientemente elevadas como para provocar desequilibrios significativos en el propio sistema económico. En estas condiciones, la transición de la ilegalidad hacia la legalidad adquiere significación propia y se convierte en una tarea necesaria en sí misma.

Por todo ello, nos sumamos a la opinión de aquéllos que entienden que el fenómeno del blanqueo —y, con ello, el campo sobre el cual cabe plantear las posibles vías de intervención jurídica sobre el mismo— debe limitarse a aquellos casos en los que la cuantía de los bienes envueltos en los procesos de reconversión es lo suficientemente importante como para que puedan ser considerados un “capital”.

## **6. *El delito como medio de obtención de riqueza: blanqueo y crimen organizado***

Habida cuenta de la profunda relación existente entre las asociaciones de corte mafioso y la instrumentalización del delito como medio a través del cual obtener grandes fortunas, podremos afirmar sin temor a equivocarnos que el reciclaje de fondos de origen ilegal encuentra su medio habitual y alcanza su máximo nivel de desarrollo en el ámbito de la criminalidad organizada. No extraña, pues, que hayan sido varios los autores que han abordado el estudio del reciclaje partiendo del citado vínculo.

La delincuencia arrastra en la actualidad un formidable flujo de riqueza desde el ámbito lícito hacia la sombra de la ilegalidad. En este contexto, el crimen adquiere la condición de conducta alternativa respecto de las actividades económicas lícitas. Interpretado el fenómeno en términos de coste de oportunidad, el sujeto que actúe guiado por el ánimo de lucro optará por enfrentarse a la ley penal en tanto estime que las consecuencias negativas que de ello pueden derivarse — básicamente, la posibilidad de ser castigado por el Estado— son inferiores al beneficio esperado.

Ahora bien, si, como ya apuntamos anteriormente, los cauces lícitos resultan insuficientes a la hora de saciar la demanda social de ciertos bienes y servicios, el sistema económico criminal tampoco está en condiciones de ofrecer la totalidad de productos requeridos por los agentes que en él operan. Una vez traspasado el umbral de la ilicitud, son pocas las necesidades que pueden quedar satisfechas en los mercados clandestinos. Por ello, salvo contadas excepciones de escasa relevancia, las ganancias derivadas del delito están indefectiblemente destinadas a abandonar el ámbito de la ilegalidad para regresar nuevamente a los cauces económicos oficiales.

De este modo, la delincuencia —y, sobre todo, la criminalidad organizada— opera a modo de un gran colector de riqueza que se desplaza del campo legal al ilegal, a la vez que como una membrana semipermeable que filtra nuevamente hacia el área legal aquellos capitales procedentes del ámbito ilegal.

Observado desde la perspectiva puramente económica, el delincuente es un sujeto que actúa antijurídicamente a fin de obtener una renta con la que satisfacer ciertas necesidades corrientes. Salvo que sea directamente consumible —tal es el caso, por ejemplo, de la sustracción de alimentos perecederos en unos grandes almacenes, o el robo de una pequeña cantidad de psicotrópicos en una farmacia por parte de un toxicómano—, el objeto del delito requiere de una previa transformación; y si bien es cierto que hay ocasiones en las que ese cambio puede verificarse sin que sea preciso salir de la ilegalidad —y así, la adquisición de droga con dinero robado—, esa renta, más pronto o más tarde, directa o indirectamente, mediada por un número mayor o menor de agentes, terminará por llegar al mercado lícito.

La irrupción de las organizaciones criminales ha sido la razón principal que ha hecho que el beneficio económico procedente del delito encuentre otras finalidades distintas al autoconsumo. Por una parte, la riqueza ilícita constituye una suerte de “colchón financiero” con el que hacer frente a los gastos derivados de la empresa criminal. Por otra, la organización puede optar por invertir parte de esas ganancias, tratando con ello de potenciar al máximo la productividad de la empresa. Tanto en un caso como en otro, esa riqueza ilícita que revierte en la propia estructura delictiva también está inexorablemente destinada a aflorar antes o después al sector sometido al control del Estado. Incluso en el caso de que el desembolso motivado por esos gastos o por ese capital se realice en el ámbito ilícito —pago de sobornos, adquisición de armas o de droga a otras redes clandestinas, etc.—, no podemos olvidar que al final de la cadena productiva siempre habrá economías domésticas y, con ello, consumidores obligados a acudir a los mercados regulares.

No obstante, los beneficios económicos que hoy derivan del delito pueden llegar a ser absolutamente fabulosos. Frente a este volumen de riqueza, la capacidad de despilfarro del *delincuente-consumidor* está sujeta a unos límites marcados por la moderación y la prudencia ante las instancias de control, e incluso por el progresivo decrecimiento de la tendencia a consumir que se verifica a medida que aumenta la renta personal del individuo. De otra parte, una vez satisfechos los reducidos costes financieros que suelen implicar las actividades criminales en relación con las ganancias que se obtienen a partir de ellas, la eficiencia del capital material y humano invertido por el *delincuente-empresario* decae progresivamente hasta alcanzar un punto de total saturación en el que el incremento de tales medios de producción se torna contraproducente para los intereses económicos de la propia industria.

Por todo ello, agotadas las posibilidades racionales de consumo e inversión en el ciclo delictivo, las organizaciones criminales pueden encontrarse con un patrimonio vacante de formidable entidad cuyo destino sea tan incierto como inútil en el terreno ilícito. De este modo, la empresa delictiva se encuentra ante una sola forma de satisfacer sus expectativas, consistente en diversificar la colocación de todo ese caudal en una multiplicidad de actividades económicas legales, siempre después de haberlo sometido a un proceso de lavado.

No obstante, la reentrada de ese caudal en el ámbito lícito implica el sometimiento del mismo al control por parte de las instituciones públicas. Así las cosas, el delincuente se encuentra ante la paradoja de que los bienes por cuya obtención decidió enfrentarse al Derecho puedan convertirse en una pesada carga que delate su comportamiento irregular precedente. Surge entonces la necesidad de *reciclar, lavar o blanquear* tal riqueza.

Una vez conocido cuál es el papel que juega el blanqueo de capitales en el marco de las organizaciones criminales, parece conveniente determinar hasta qué punto esos procesos de reconversión participan de los rasgos propios de tales estructuras. Dedicamos las próximas líneas al estudio de esta cuestión.

Los máximos responsables de la droga no saben de leyes ni de finanzas, pero funcionan con despachos de abogados que les dan cobertura jurídica y eligen a la sucursal de un banco que les asesora en el terreno económico. Estas afirmaciones podrían pecar de simples en exceso e incluso resultar ofensivas para ciertos colectivos de profesionales. Sin embargo, nos ponen sobre la pista de un dato que se nos antoja incuestionable: toda organización criminal que alcance una determinada envergadura —sea cual fuere la actividad a la que se dedique— ha de contar con un aparato financiero que esté en condiciones de resolver todos aquellos problemas de índole económica que se le puedan presentar en cada momento.

De este modo, el blanqueo vendría a ser uno más de entre los diversos sectores que actúan en el seno de estos colectivos, o lo que es lo mismo, una manifestación clara y evidente de la *división y racionalización del trabajo* que se verifica en el marco de las organizaciones criminales.

Sin embargo, la organización que genere un patrimonio de origen ilícito no tiene por qué ser necesariamente la misma que la que se encargue de reconvertirlo. Por el contrario, hay ocasiones en las que el reciclaje de capitales sucios deja de ser uno de esos sectores especializados que forman parte integrante de una misma empresa delictiva para pasar a convertirse en el auténtico “fin social” de *networks* dedicadas única y exclusivamente al lavado de dinero. En ellas, los productores de riqueza sucia encuentran todo aquello que precisan para legalizar sus beneficios: lealtad, profesionalidad, diversificación de las operaciones y una adecuada gestión e inversión final de los beneficios netos.

Se ha señalado que el establecimiento de tales relaciones de coordinación podría ser entendido como un síntoma de debilidad de las estructuras generadoras de bienes de procedencia ilícita, toda vez que demostraría su falta de capacidad para reintroducir los beneficios ilegales en el mercado, así como la imposibilidad de controlar por sí mismas la totalidad del ciclo de reconversión de esa riqueza. Con todo, no conviene pasar por alto que el fenómeno también puede ser interpretado en sentido opuesto, es decir, como un signo más del creciente grado de profesionalidad y especialización propio de organizaciones altamente desarrolladas cuyo “volumen de negocios” alcanza tales niveles que no permite la gestión de todas y cada una de las actividades que cierran el ciclo productivo. En estas condiciones, las redes o personas dedicadas al blanqueo de capitales producidos por otras organizaciones dedicadas a la comisión sistemática de delitos operan a modo de “contratistas” de estas últimas, toda vez que, a cambio de una comisión previamente estipulada, se comprometen a prestar el apoyo necesario para legalizar tales rendimientos.

En otro orden de cosas, la legalización de capitales desempeña una función de primer orden en el seno de la organización criminal que excede con mucho a la mera finalidad encubridora de la que partíamos para pasar a convertirse en un importante factor destinado a preservar la *permanencia del ciclo delictivo*. Tal y como apuntan FERRACUTI y BRUNO, el blanqueo debería ser incluido dentro de la categoría de comportamientos que ellos mismos califican “de segundo nivel”, dado que, si bien carece de un rendimiento financiero inmediato para el grupo, está vinculado al control de sus actividades y al mantenimiento del poder.

En efecto, los clanes mafiosos son capaces de mantener despejadas las vías de circulación a través de las cuales afluye constantemente la riqueza ilícita gracias al reciclaje de fondos, evitando con ello que el formidable exceso de liquidez colapse el propio funcionamiento del sistema criminal y lo lleve a un “punto de choque” o “estrangulamiento”. Por otra parte, la definitiva reintroducción de capitales en el ámbito lícito de la economía permite a la delincuencia organizada consolidar su poder sobre la sociedad civil, facilitando con ello el mantenimiento e incluso la proyección de sus actividades hacia el futuro.

Resulta inevitable, así mismo, hacer referencia al profundo *proceso de internacionalización* experimentado en los últimos años por las redes dedicadas al reciclaje, fenómeno que corre paralelo a la creciente universalización que también ha tenido lugar respecto de las actividades efectuadas por las organizaciones delictivas en general. En este sentido, no faltan quienes afirman que el blanqueo es una de las expresiones más patentes de la criminalidad multinacional: el deseo de eludir la intervención de la Justicia y evitar con ello la pérdida de los bienes ilícitamente obtenidos ha motivado la búsqueda de apoyo en aquellos territorios en los que la normativa vigente facilita el anonimato de las transacciones y dificulta el auxilio judicial entre los diferentes Estados.

En buen número de ocasiones, la reconversión de capitales ilícitos se desarrolla a través de complejas transferencias internacionales dirigidas hacia bancos extranjeros por mediación de los llamados “paraísos fiscales”, países cuyos ordenamientos mercantil y tributario se convierten de este modo en poderosos aliados de la delincuencia organizada a gran escala. Con todo, estos territorios —que, a estos efectos, no interesan tanto por sus benévolas tasas de imposición como por otras facilidades más adaptadas a los requerimientos de los blanqueadores, como el anonimato— no son las únicas plazas financieras que intervienen en este género de operaciones.

No podríamos concluir esta breve exposición de concordancias entre el reciclaje de fondos y la criminalidad organizada sin referirnos finalmente al papel trascendental desempeñado por el blanqueo en esa *zona de penumbra* entre la legalidad y la ilegalidad en la que se desenvuelve la actuación de los clanes mafiosos en un buen número de ocasiones. En primer término, parece evidente que el principal *modus operandi* del blanqueador de dinero consiste en la fundación y llevanza de compañías destinadas a tal fin bajo la apariencia del tráfico comercial honesto. Como atestigua la conocida máxima seguida por los *barones* latinoamericanos de la droga, “el dinero sucio se transforma mejor a través de las manos limpias”. Por otra parte, el lavado de capitales no sólo es una actividad fronteriza en razón a las formas, entidades y profesiones de las que se valen sus agentes, sino que además es la penumbra misma, esto es, la vía empleada por las organizaciones criminales para poder traspasar el límite que separa un ámbito de otro y así abordar con éxito la emersión de la riqueza sucia a la superficie de la legalidad.

A tenor de todo lo expuesto, sería difícil negar la relación —tan estrecha como intensa— que existe entre el fenómeno del lavado de capitales y el cuadro de actividades practicadas por las asociaciones de tipo mafioso. Queda, pues, en manos del legislador la correcta apreciación de ese vínculo a fin de extraer las oportunas conclusiones y diseñar a partir de ellas una adecuada regulación jurídica del reciclaje de fondos sucios. Trataremos de abundar sobre este género de cuestiones en la segunda parte del presente trabajo.

Con todo, no hay razones que exijan que esa regularización de rentas ilegales se desarrolle en todo caso en el marco de la delincuencia organizada. Muy al contrario, creemos que es posible hablar con toda propiedad de hipótesis de blanqueo ajenas por completo a la dinámica de las organizaciones criminales y que, sin embargo, reúnen todos y cada uno de los rasgos que confieren una especial naturaleza al reciclaje de capitales.

En efecto, la riqueza a reconvertir no tiene porqué proceder forzosamente de un programa delictivo continuado y de la consiguiente acumulación de rendimientos derivados de cada uno de los episodios que lo componen. Por el contrario, cabe la posibilidad de que ese patrimonio sucio proceda de una actividad de alta rentabilidad destinada a resolverse en una única transferencia de utilidad económica. De otro lado, tampoco es absolutamente imprescindible que el propio blanqueo sea llevado a cabo por un colectivo organizado: hay situaciones en las que —incluso actuando sobre bienes derivados de la actividad de un clan estable— es ejecutado por individuos que tan sólo prestan tales servicios de forma ocasional.

Por consiguiente, normalización de capitales y criminalidad organizada son dos realidades que, si bien coinciden en la gran mayoría de las ocasiones, no tienen por qué converger en todo caso. En consecuencia, si bien es cierto que la organización puede ser considerada un elemento *natural* del blanqueo de fondos de origen ilegal, no parece que pueda así mismo ser calificada como *esencial*.

## **B.) Definición de blanqueo de capitales**

A lo largo del apartado anterior se han tratado de analizarlos rasgos cuya concurrencia podría ser determinante para la existencia de un fenómeno que ha alcanzado en nuestros días una notoria trascendencia social y ante el que, curiosamente, muy pocos expertos han manifestado reparos a la hora de acudir a la metáfora y al sentido figurado para darle nombre.

Coherentes con el citado planteamiento, cuando se recurra al empleo de expresiones tales como “blanqueo”, “lavado”, “reciclaje”, “normalización”, “reconversión” o “legalización” de bienes —y siempre que entonces no se indique otra cosa— se querrá hacer referencia al *proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad*.

Quede claro, sin embargo, que la noción que aquí se propone no aspira en ningún caso a que sea aceptada desde todos los sectores. Resulta evidente que ninguna definición podría negar que la emersión clandestina de rentas lícitas ocultas al Fisco —pongamos por caso— también constituye un claro supuesto de normalización de bienes, toda vez que a través de ella se procura la plena adecuación de una ventaja patrimonial irregular al orden jurídico vigente. Algo semejante podríamos decir, así mismo, de la receptación de objetos robados, hipótesis en la que el llamado “perista” colabora a proporcionar un barniz de legalidad a unos bienes teñidos por la mancha de una procedencia ilícita.

No obstante, creemos haber demostrado la existencia de razones de índole socio-económica que impiden asimilar casos como los que acabamos de mencionar a aquellos otros en los que se verifica la reintroducción en los cauces oficiales de fabulosas cuantías procedentes de la realización de actividades ilegales en sí mismas.

Por todo ello, estimamos que sería necesario conceder una adecuada y específica respuesta jurídica a toda esa constelación de supuestos que se identifiquen con la caracterización expuesta. Al estudio de ese deseable tratamiento normativo dedicaremos la segunda parte del presente trabajo, tarea que, necesariamente, habrá de emprenderse a partir de las coordenadas de orden fenomenológico aquí descritas.

## **2. FENOMENOLOGÍA DEL BLANQUEO: LA UTILIDAD DE SU ESTUDIO**

### **A.) El blanqueo como proceso**

Como se acaba de ver, uno de los rasgos esenciales que definen al blanqueo de capitales —al tiempo que lo diferencia de otras figuras como el favorecimiento real y, sobre todo, de la receptación— es su carácter progresivo. El lavado es un proceso a lo largo del cual se distancia paso a paso una masa patrimonial de su origen delictivo.

En desarrollo de esta idea, también entonces se adoptó la segmentación de ese proceso en una secuencia de fases o etapas: la primera, de colocación u ocultación; la segunda, de conversión, control o intercalación; finalmente, la tercera, de integración o reinversión.

Ciertamente, la experiencia nos demuestra que la validez de esta forma de compartimentación debe de contemplarse dentro de sus justos límites. Las distintas etapas se solapan en muchas ocasiones e incluso coinciden, posibilidad que se dispara en el caso de las formas más características de la criminalidad económica, ámbito en el que los instrumentos que son utilizados para obtener cualquier clase de enriquecimiento ilícito también pueden ser empleados como medios con los que facilitar la circulación de ese patrimonio, distanciarlo de su origen delictivo o procurar su reintroducción en el mercado legal.

Con todo, aún reconociendo las limitaciones del modelo, parece sensato abordar el estudio de los modos a través de los cuales se blanquean capitales empleando esta secuencia. La gran variedad de técnicas y procedimientos conocidos hasta el presente exige contar con criterios de ordenación que, aunque sepamos que no son perfectos, nos permiten analizar las tipologías dentro de unos límites conceptuales adecuados para analizar una realidad realmente compleja.

### **B.) La utilidad del estudio de las tipologías del blanqueo**

Desde la perspectiva de las instancias de control social, conocer los procedimientos de lavado interesa a los efectos de prevenir la comisión de nuevos actos de blanqueo. En consecuencia, a lo largo del próximo epígrafe se pretende indagar en torno a cuáles son las líneas básicas sobre las que ha discurrido hasta el momento presente la práctica del lavado de capitales para deducir a partir de ellas ciertas conclusiones encaminadas a advertir de la vulnerabilidad de aquellas instituciones

de orden jurídico-mercantil susceptibles de ser instrumentalizadas con vistas a tales fines. En este sentido, merece la pena destacar los esfuerzos continuados que realiza el GAFI, entidad que viene desarrollando desde sus orígenes una importantísima tarea en el estudio de las tipologías, ahora en el marco de su *Working Group on Typologies* (WGTYP).

Evidentemente, los métodos de lavado son muchos y complejos, y la imaginación de quienes se dedican profesionalmente a este género de actividades es inagotable. Por ello, cerrar un catálogo de operaciones de esta naturaleza con la vana creencia de haberlo terminado definitivamente es algo tan absurdo como tratar de completar de una vez por todas una colección de estampillas: mientras haya una Administración postal en el mundo que siga emitiendo trocitos de papel timbrado —o lo que es lo mismo, en tanto los operadores jurídicos y tecnológicos sigan poniendo al servicio del público nuevos y mejores medios de circulación de la riqueza— quedará pendiente la inclusión de nuevos elementos en el muestrario.

Además, siempre hay que tener presente que las operaciones de reciclaje que comportan una cierta envergadura, sea cual fuere la fase del ciclo de blanqueo en la que se encuentren, no suelen verificarse conforme a una única técnica. Muy al contrario, lo habitual es que el lavado de capitales se efectúe mediante la combinación de una serie de métodos. Conforme a este proceder se pueden lograr, al menos, dos objetivos: de un lado, la acumulación del número de operaciones sobre un mismo patrimonio hace que aumente la distancia que lo separa de su origen, reduciéndose correlativamente las posibilidades de que las pesquisas que pudieran emprender las Autoridades de control permitan establecer un vínculo sólido entre ese capital con su fuente ilícita; de otro, el fraccionamiento del proceso de blanqueo de un capital en una pluralidad de vías permite diversificar riesgos, garantizando con ello la discreta legalización de un amplio porcentaje del mismo. En el ámbito de las relaciones económicas lícitas, la diversificación de las actividades es una técnica empresarial encaminada a reducir el peligro de incurrir en pérdidas. Por el contrario, en el contexto de la empresa ilícita, la maniobra no tiende tanto a asegurar el provecho puramente pecuniario —ya sabemos que éste puede llegar a ser astronómico— como a evitar que el excesivo volumen de la cuantía a reciclar delate su origen inconfesable.

Con todo, vale la pena señalar que la intensidad de un proceso de lavado se encuentra siempre en función del grado de “suciedad” con que esté impregnada la riqueza a blanquear. Una de las notas que caracterizan a la criminalidad organizada, en general, y a la moderna delincuencia económica, en particular, consiste en la llevanza de actividades ubicadas en una franja incierta o de penumbra en la que se alternan de continuo la legalidad y la ilegalidad, y en la que no siempre es fácil determinar dónde se encuentra la frontera que separa los comportamientos reglados de aquellos otros que se enfrentan al Derecho. Por otra parte, y dado que el blanqueo de capitales es un proceso, no hay que descartar que al reciclador se le encomiende una riqueza que ya haya sido sometida a un “prelavado”, esto es, a un previo distanciamiento de su origen ilícito por parte de algún otro sujeto. Por todo ello, a medida que las ganancias estén más “sucias”, mayor será la “higiene” precisada y más largo habrá de ser el ciclo de legalización a emprender, llegando a requerirse su “remojo, lavado y aclarado” —“soaking, washing and rinsing”— si así lo exigen las circunstancias.

Evidentemente, las probabilidades de coronar con éxito una operación de reciclaje se acrecientan si la riqueza no está demasiado “manchada”, ya sea por haber sido sometida con anterioridad a algún género de lavado —sucesivos “washing cycles”—, ya sea porque proceda de actividades próximas a los umbrales de la ilegalidad.

Valorada la cuestión desde el punto de vista procesal, conviene así mismo contar con el dato de que el blanqueo es un ejercicio de maquillaje, esto es, una actividad dirigida a tratar de desvirtuar la procedencia ilícita de unas determinadas ventajas económicas mediante el uso de una cosmética prestada —y ahí está la paradoja— por el Derecho. En estas condiciones, el reciclador se vale del

tráfico lícito, se aprovecha de sus recursos jurídicos y técnicos refugiado tras el *onus probandi* que, por exigencia constitucional, debe recaer siempre sobre la acusación. Por consiguiente, en una operación de blanqueo no importa tanto demostrar la licitud de los fondos encubiertos como promover su circulación de tal forma que la acusación sea incapaz de demostrar su vinculación a un origen ilegal. Así las cosas, el reciclador, presunto inocente hasta que se demuestre lo contrario en el momento del juicio, se aprovecha de la buena fe que inspira al sistema y juega a su conveniencia con la licitud de la causa de los contratos.

### **3. FASES DEL PROCESO DE BLANQUEO**

#### **A.) Fase de colocación u ocultación: la reducción del dinero al contado**

##### **1. Planteamiento general del problema**

En el marco de la Operación *Green Ice*, a finales de septiembre de 1992, la policía londinense descubrió en Berdmonsey, en el sudeste de la *City*, un garaje en el que aparecieron veinte metros cúbicos de billetes de curso legal. Procedían del tráfico de la cocaína colombiana y descansaban “congelados” a la espera del mejor modo de reintroducirlos en los circuitos económicos oficiales sin que la aparición de semejante avalancha de dinero contante y sonante delatara su ilícita procedencia. Providos de mascarillas, los agentes británicos tuvieron se dedicaron durante varios días a contar dólares, libras, florines y otras muchas divisas, generalmente fraccionadas en billetes de pequeña cuantía, procedentes de la venta de la droga al por menor en toda Europa.

Más allá de la aparente espectacularidad del ejemplo recién citado, cabría citar otro ejemplo en el que se combina el gigantismo de las cifras con el desmoronamiento de las estructuras públicas y el afianzamiento en el tejido social de grandes mafias organizadas. En la Rusia post-soviética, las mayores organizaciones criminales internacionales consiguieron apoderarse a comienzos de los años 90 de cantidades absolutamente exorbitantes de rublos de curso legal —se tiene noticia de la salida de más de medio billón— con la inestimable ayuda de políticos y funcionarios. Amparados por tan singular protección, los contenedores llenos de billetes eran transportados a bordo de *trailers*, trenes y aviones de línea rumbo al Oeste del continente, lugar en los que se canjeaban por divisas occidentales —sobre todo, dólares norteamericanos— a un tipo de cambio varias veces inferior al oficial — según parece, hubo ocasiones en las que los títulos con la efigie de Lenin se compraron por poco más de la vigésima parte de su valor—. Realizada la transacción, y en cumplimiento del pacto celebrado previamente entre las autoridades rusas y los recicladores, los millones y millones de rublos en papel moneda eran remitidos nuevamente a Moscú cumpliendo todas las formalidades legales, siendo reinvertidos allí por las citadas redes criminales en las más diversas actividades. Por su parte, las divisas “fuertes”, obtenidas gracias a las gestiones realizadas por las más altas instancias del Estado, se destinaban a paliar la precaria situación de una economía en la bancarrota más absoluta.

El enorme desarrollo de los intercambios económicos experimentado en nuestra sociedad ha demostrado las grandes limitaciones a las que se encuentra sujeto el dinero corriente como medio de saldar las obligaciones. La necesidad de contar con nuevos instrumentos al servicio de ese complejo mercado ha hecho que el pago en metálico haya sido relegado a un segundo plano en favor de otros muchos medios, más ágiles y seguros, propiciados por los avances jurídicos y tecnológicos. Inmersos en esta *cashless society*, la circulación de moneda de curso legal se ha visto reducida a su mínima expresión, quedando reservada a las transacciones más triviales y económicamente menos relevantes —como media, un 5 por 100 del PIB—, sustituida en la mayoría de las ocasiones por el título valor, la anotación contable, la transferencia bancaria o la compensación electrónica.

En este contexto, la acumulación masiva de papel moneda, por anormal, constituye un problema de primer orden para la criminalidad económica a gran escala. Hace ya algunos años, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos afirmaba que el crecimiento injustificado de los excedentes en efectivo en los bancos constituye el síntoma más evidente de la entrada en el sistema financiero de riqueza procedente de fuentes ilícitas.

Nos encontramos de este modo ante una curiosa paradoja: mientras la delincuencia más tradicional aún hace lo posible por convertir sus ganancias en dinero al contado de pequeña denominación —la libre circulación de billetes usados de poca cuantía impide en la práctica toda posibilidad de mantener su seguimiento—, las grandes organizaciones, bloqueadas por una formidable masa física de riqueza, se ven obligadas a transformar ese dinero corriente en otros activos susceptibles de ser reintroducidos de un modo más discreto en los cauces propios de una economía desmetalizada. De hecho, los expertos de la Policía y de las finanzas coinciden al afirmar que la etapa de colocación es, precisamente, la fase en la que hay más probabilidades de detectar y descubrir eficazmente el blanqueo de capitales; una vez que el flujo de riqueza se ha inyectado en los cauces económicos, las operaciones comerciales y financieras se ejecutan con extrema variedad y rapidez, resultando con ello mucho más difícil la identificación del origen de los bienes.

En este sentido, resulta sospechoso que en un contexto como el español, en el que se ha venido observando con preocupación la consolidación de grupos delictivos organizados en ciertas zonas del país, demasiadas veces vinculados al mercado inmobiliario y a la corrupción, se haya llegado a detectar el 30 por 100 de los billetes emitidos de 500 euros para los diecisiete países que actualmente integran la unidad monetaria. Y llama la atención que, desinflada la “burbuja inmobiliaria” desarrollada a lo largo de la pasada década, esa proporción haya descendido, según estimaciones de comienzos de 2013, al 19 por 100; una proporción que, en cualquier caso, excede claramente del PIB de España en relación con el total de la Eurozona.

Cabe advertir, sin embargo, que no toda la gran criminalidad económica opera como un gigantesco colector de liquidez. La progresiva desmaterialización de las transacciones también ha alcanzado en cierta medida al ámbito delictivo, no ya en la ulterior manipulación de fondos obtenidos antes de forma ilegal —como veremos a continuación—, sino incluso en la percepción misma de esos rendimientos. En términos generales, la existencia masiva de dinero sucio al contado suele estar ligada a las actividades continuadas de tráfico ilícito de bienes o servicios —drogas, contrabando, juego clandestino, objetos producidos en infracción de derechos de propiedad industrial, inmigración ilegal, etc.—, agudizándose el problema a medida que disminuye el precio del objeto con el que se comercia y aumenta el número de demandantes. Con todo, existen ciertas formas de delincuencia ajenas a este género de intercambios económicos —secuestro de personas bajo rescate, algunas formas de extorsión, etc.— que pueden producir así mismo grandes cantidades de numerario.

Por ello, cuando los beneficiarios de ese formidable flujo emprenden la tarea de reciclarla, el primer problema al que se enfrentan no consiste tanto en distanciarla jurídicamente de su origen ilícito como en superar con éxito el punto de choque o estrangulamiento que constituye su extraordinario volumen. Al menos en el caso de la heroína y la cocaína, el espacio físico que ocupan los billetes procedentes de la venta al consumidor final es bastante superior al calibre de las propias drogas.

La forma más simple de reducir papel consiste en canjear el dinero que procede directamente del delito por otros billetes de mayor valor. Así operaba, por ejemplo, la red de blanqueo desmantelada tras las investigaciones seguidas hace ya bastantes años con motivo de la operación italo-norteamericana *Pizza Connection* contra el tráfico de heroína. Recurriendo a una diversidad de técnicas gracias a las cuales llegaron a difuminar la procedencia criminal de unos 1.650 millones de dólares, los miembros de la organización acostumbraban a comenzar el proceso de reciclaje

utilizando a jóvenes estudiantes que, ignorando para qué intereses trabajaban, eran enviados a diversas oficinas bancarias a fin de trocar los billetes de 5, 10 y 20 dólares que se les entregaban —procedentes de la venta en la calle de la droga— por otros de 100 dólares, todo ello a cambio de una pequeña comisión.

Con todo, hay ocasiones en las que la cantidad de efectivo es tan grande que ni siquiera su permuta por moneda de mayor denominación basta para reducirlo hasta límites aceptables. Resignados ante la imposibilidad material de contar uno tras otro los miles de billetes de 100 dólares que habrían de ser transportados hasta los paraísos financieros del Caribe, los *pizzaioli* implicados en la trama antes citada se vieron forzados a utilizar balanzas comerciales a fin de conocer el peso exacto de un millón de dólares. Averiguado este dato, lograron acelerar considerablemente los envíos de numerario llenando cajas hasta completar la carga necesaria en cada una de ellas para alcanzar la referida cifra.

Sin embargo, los enormes riesgos que encierra para los recicladores la manipulación de una mercancía tan especial demuestran la necesidad ineludible de transformar toda esa moneda bajo algún otro título jurídicamente reconocido que sea capaz de documentar la mayor cantidad posible de numerario y que, al mismo tiempo, pueda transmitirse y ejecutarse con las máximas facilidades. Llegados a este punto, comenzaremos a comprobar cómo el blanqueo y la defraudación tributaria —conceptos, en teoría, contrapuestos— participan de los mismos cauces en un buen número de ocasiones, al mismo tiempo que los dispositivos legales tradicionalmente destinados a prevenir el segundo pueden ser de gran utilidad a la hora de controlar las operaciones de lavado de capitales.

## **2. Depósitos bancarios**

Evidentemente, el procedimiento más extendido para deshacerse del dinero al contado consiste en dejarlo en manos del sistema financiero mediante su ingreso en una o varias cuentas bancarias abiertas al efecto. No obstante, este método se encuentra sometido a un inconveniente considerable: resulta muy difícil encontrar a un empleado de caja que no sospeche de un cliente que, sin razones que lo justifiquen, se presente ante él con una suma extraordinaria de billetes. En ocasiones, se cuenta con la complicidad del personal al servicio del banco, en cuyo caso nada impide, por ejemplo, el ingreso de sacos cargados de dinero en metálico en cuentas numeradas internas del propio banco, ajenas a su contabilidad oficial. Cuando no es así, una manera habitual de amortiguar esos lógicos recelos radica en fraccionar artificiosamente el ingreso por ventanilla de la totalidad del dinero en una pluralidad de imposiciones de menor cuantía a lo largo de un periodo de tiempo determinado —*structuring*, *smurfing*, *pitufeo*—, bien sea al contado, bien a través de otros instrumentos.

La popularización de los cajeros automáticos ha incrementado las posibilidades de eludir el control sobre la circulación masiva de dinero al contado. En tanto lo permita el sistema, ciertos recicladores se valen de estas máquinas para efectuar ingresos fuera del horario de apertura al público, impidiendo con ello que los empleados al servicio de la oficina puedan supervisar personalmente la entrada de efectivo y vinculen a un cliente determinado con la manipulación masiva de dinero. De este modo, cuando los responsables de la sucursal bancaria recogen lo acumulado durante la noche o el fin de semana, poco más pueden hacer que verificar la realización del depósito y confirmar el asiento contable que la máquina ya se encargó de realizar provisionalmente.

Otro de los medios más empleados por los recicladores consiste en consignar todo ese dinero en una o varias de las cajas de seguridad de un banco. Realmente, con ello no se soluciona el problema que implica la tenencia de una cantidad excesiva de dinero; de hecho, el contrato no obliga al banco a custodiar el contenido de la caja —que suele desconocer—, sino la caja misma, que ha de permanecer cerrada e intacta hasta el momento en que el propietario de los objetos en ella colocados decida retirarlos. No obstante, los recicladores pueden valerse de este servicio para

mantener a buen recaudo una cantidad importante de billetes en tanto encuentren la mejor forma de poderlos reintegrar a los cauces regulares de la economía.

### **3. Instrumentación de títulos valores**

La especial configuración legal de los títulos valores justifica el hecho de que su adquisición también haya sido utilizada con mucha frecuencia por los blanqueadores como medio para alcanzar los fines señalados. Por otra parte, la seguridad con la que pueden hacerse efectivos los derechos de crédito incorporados a este género de instrumentos comerciales, unida a su fácil transmisibilidad, los convierte en un medio idóneo para facilitar la ulterior circulación de capitales ilícitos de cara a su final reinversión.

Sin perjuicio del posible uso de documentos nominativos y a la orden — el más notorio de estos últimos sería la letra de cambio—, los que más se prestan a las operaciones de lavado son los títulos valores librados al portador. Para su transmisión basta la simple tradición o entrega, siendo suficiente para el tenedor la mera posesión, ya fuere justa o injusta, para poder exigir la satisfacción del crédito que les es inherente. Por consiguiente, los títulos valores al portador pueden circular de mano en mano de forma ininterrumpida sin que consten en ellos más datos personales que los del obligado a pagar, convirtiéndose en titular de pleno derecho —y, con ello, acreedor de la cantidad reflejada en el documento— quien cuente en cada instante con su dominio material.

Los cheques y los pagarés anónimos son dos de los activos más utilizados para acumular dinero al margen del oportuno control de las Haciendas Públicas. Asistimos con ello a un indeseable proceso de pervisión de la finalidad económica de estos títulos cambiarios: creados para servir a la dinamización de las operaciones comerciales, facilitar los pagos y documentar el crédito, se convierten ahora en un cómodo instrumento a través del cual se inmoviliza la riqueza y se mantiene —al menos, durante el espacio de tiempo que sea funcional a la operación de lavado de que se trate— separada del mercado.

Respecto de los primeros, conviene llamar la atención sobre la frecuente utilización por parte de los recicladores de los llamados “cheques de caja”, emitidos por las instituciones financieras contra sí mismas a cambio de una determinada cantidad en metálico. Ésta es una manera realmente ventajosa de deshacerse del dinero al contado, sobre todo en aquellos países en los que la legislación vigente permita el libramiento de tales títulos en favor de un portador anónimo. A semejanza de lo ocurrido con otras operaciones en efectivo ni la adquisición ni el posterior pago de los cheques bancarios suele reflejarse en la contabilidad de la entidad —todo lo más, se hace a través las llamadas “cuentas puente”, cuya titularidad pertenece al banco por razones técnicas o de tesorería para realizar operaciones a cortísimo plazo—, facilitándose con ello de manera considerable la tarea de los blanqueadores en pos del encubrimiento definitivo de los capitales ilícitos.

Por lo que se refiere a los pagarés al portador o pagarés de empresa, la extraordinaria difusión de la que han gozado como instrumento al servicio del fraude fiscal ha provocado su proscripción en muchos Estados. Con todo, la presencia en algunas de esas jurisdicciones de un importante sector de actividad económica ajeno a toda clase de tributación ha motivado la adopción de ciertas medidas excepcionales que, aun destinadas a propiciar el paulatino reflotamiento de toda esa riqueza sumergida, han supuesto la derogación —cuando menos, parcial— de la citada prohibición.

Asociado al problema de la economía sumergida, el alarmante crecimiento del déficit público que se produjo hace años en algunos Estados de nuestro entorno, unida a una elevada tasa de fraude fiscal, movió a las respectivas autoridades económicas a facilitar la emersión del dinero negro mediante el ofrecimiento de Títulos de Deuda Pública. Empleando un ejemplo producido en España, la Ley 18/1991 introdujo la denominada “Deuda Pública Especial”. Mediante la adquisición

de estos activos emitidos al descuento, los compradores disponían de la potestad de legalizar cualesquiera rendimientos ocultos sin más inconveniente que el sometimiento a un reducido tipo de interés del 2 por 100, así como a un período ordinario de vencimiento de seis años. Por su parte, el Estado, deliberadamente ignorante de la procedencia de los fondos —parte promotora de este verdadero “pacto ilícito de silencio”—, conseguía de sus ciudadanos el crédito necesario para salvar durante un tiempo considerable esa diferencia entre ingresos y gastos públicos a un precio realmente bajo, a la vez que lograba el sometimiento al debido control fiscal de capitales ocultos hasta entonces. En tiempos mucho más recientes, la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 ha establecido una “declaración tributaria especial” conforme a la cual se ha establecido un cauce para aflorar rendimientos no declarados a un tipo de gravamen del 10 por 100; medida extraordinariamente discutida, que ha dado lugar a la aparición de más de 87.000 millones de euros, de los cuales se sospecha que una buena parte se corresponden con rendimientos derivados de actividades ilícitas.

Mecanismos parecidos han tenido lugar en otros países. Valga como ejemplo la también ampliamente criticada Ley 26.860 argentina, de *exteriorización voluntaria de la tenencia de moneda extranjera en el país y en el exterior*, promulgada el 31 de mayo de 2013.

#### **4. Operaciones de ingeniería financiera**

La cruzada emprendida por las Administraciones Públicas contra las bolsas de riqueza que aún permanecen ajenas a esa intervención fiscal ha provocado la aparición de nuevos productos financieros que, amparados bajo la cobertura legal ofrecida por instituciones jurídicas pensadas para otro género de situaciones, brindan al contribuyente la oportunidad de que su patrimonio —sea cual fuere su origen, lícito o ilícito— se mantenga libre de toda vigilancia por parte del Estado. En esta línea, España conoció hace años la instrumentación del mercado de seguros mediante la suscripción de pólizas de prima única. En ellas, el tomador abonaba de una sola vez el importe, comprometiéndose la compañía a devolverlo junto con los intereses en el plazo de tiempo acordado, promesa que se combinaba con un seguro para el caso de fallecimiento. Cumplida —cuando menos, aparentemente— la vertiente asegurativa del negocio, las compañías no estaban obligadas a practicar retenciones de intereses ni a entregar al Ministerio de Hacienda la relación nominal de los clientes, con lo que se garantizaba la total opacidad fiscal del dinero negro aportado.

Una vez reducida la huida hacia las primas únicas después de la necesaria actuación del Ministerio de Hacienda, las técnicas de ingeniería financiera lanzaron al mercado español otro mecanismo de evasión fiscal que pronto comenzó a hacerse célebre: las cesiones temporales de créditos. En síntesis, la operación giraba en torno a un traspaso con pacto de retorno de una participación en un crédito concedido a un tercero por una entidad financiera. De esta forma, los bancos y cajas de ahorro que hubieran otorgado un préstamo a un cliente cedían una parte o incluso la totalidad de dicho crédito a un depositante deseoso de eludir al Fisco. Evidentemente, el interés a percibir por el cesionario era menor que el acordado entre el beneficiario del préstamo y la propia entidad, siendo la diferencia entre ambos tipos el margen de beneficio a percibir por la intermediación. Amparándose en la carencia de una normativa específica que regulara este género de supuestos, las instituciones financieras implicadas se comprometieron con los cesionarios a abstenerse de practicar retención alguna de intereses, así como a no facilitar ningún dato de tales operaciones a la Administración tributaria.

#### **5. Aproximación al ámbito del juego y las apuestas**

La adquisición clandestina de boletos premiados de cualquier clase de lotería legal constituye una de las formas más simples y eficaces de justificar la tenencia de una cantidad excesiva de dinero en metálico. En la mayoría de las ocasiones, quien obtiene un premio de cierta cuantía no suele

arriesgarse a retenerlo en su domicilio hasta el momento en que pueda hacerlo efectivo, sino que acostumbra a depositarlo en poder de un banco a fin de que éste lo custodie y, llegado el momento oportuno, se encargue así mismo de gestionar su liquidación. Por todo ello, cabe la posibilidad de que alguno de los responsables de la oficina ofrezca al ganador la opción de vender ese billete de lotería o esa quiniela —títulos que suelen ser anónimos y que, por ello, pueden ser negociados a semejanza de los cheques al portador— a otro de sus clientes que posea demasiado dinero oculto al Fisco, proceda o no de actividades ilegales, quizás oculto en una caja de seguridad de la propia entidad. Así las cosas, el personal bancario estaría en condiciones de servir de intermediario neutral entre ambos sujetos a fin de acordar un precio de compra —una cantidad superior al importe del premio, diferencia que constituye el precio del blanqueo—. Concluida la transacción, quien antes poseyera excesiva liquidez inconfesada podría manifestarla ante el público como el producto de un cuantioso premio.

Otra forma bastante simple de reducir numerario consiste en participar en el mundo del juego, no ya como sucesor subrepticio del auténtico beneficiario de un boleto ya premiado, sino como legítimo acreedor de una suma obtenida de primera mano tras apostar —real o aparentemente— una determinada cantidad de dinero en metálico. Éste es el caso de quien entra en un casino con una masa importante de efectivo con objeto de comprar fichas y, tras jugar parte de ellas o no jugar ninguna, las restituye a la caja como si fueran ganancias. De acuerdo a esta forma de proceder, el supuesto apostante consigue deshacerse de mucho papel y obtiene a cambio un simple cheque librado por el local, probablemente después de haber jugado lo suficiente como para burlar la atención de los responsables del local.

Otra forma prácticamente indetectable de reducir y blanquear enormes cantidades de efectivo a través del juego consiste en adquirir el mayor número posible de boletos —participaciones de lotería, quinielas, etc.— para un mismo sorteo o jornada deportiva. La captación en masa suprime en la práctica la eventualidad de perder demasiado dinero, dado que, al aumentar el número de sucesos, el cálculo matemático de probabilidades relega a un segundo plano la aleatoriedad que caracteriza al juego. De este modo, a medida que crece la cuantía empeñada en la operación, mayores son las probabilidades de obtener una cantidad de dinero próxima al porcentaje del total apostado que la entidad organizadora se compromete a devolver a los participantes. Así mismo, el incremento del capital aplicado también favorece las posibilidades de que la red de blanqueo consiga, por mediación de alguno de sus apostantes, algún premio de importancia susceptible de ser cobrado mediante cheque o transferencia bancaria.

## **6. Establecimientos abiertos al público: las “transacciones-masa”**

Indudablemente, si la existencia física del dinero sucio constituye una fuente de sospechas en el marco de una *cashless society*, la mejor forma de atenuarlas habrá de consistir en desviar toda esa riqueza hacia aquellos mercados lícitos en los que la presencia de moneda de curso legal resulte más usual. Por consiguiente, a medida que aumente el grado de liquidez en el mercado —bien se refiera a un determinado territorio, bien al objeto en torno al cual se desarrolle—, mayores posibilidades habrá de iniciar con éxito un proceso de blanqueo.

Como ya tuvimos ocasión de apuntar más arriba, los sectores de actividad económica en los que se manifiesta con mayor intensidad la presencia de dinero al contado suelen ser aquéllos sobre los que converge una masa anónima e indeterminada de consumidores que demandan bienes o servicios de primera necesidad. Por ello, no debe de extrañar que una de las técnicas utilizadas por los blanqueadores para conceder carta de legalidad a sus voluminosas ganancias sea la de aproximarlas al enorme chorro de numerario recaudado diariamente, por ejemplo, en una cadena de grandes almacenes o de superficies comerciales tales como los hipermercados. En términos generales, resulta prácticamente imposible establecer un control pormenorizado de todas y cada una de las transacciones puntuales con la clientela en estas hipótesis de “corrupción de un negocio

lícito”, razón por la cual no parece excesivamente difícil “inflar” artificialmente la cifra real de ingresos de caja mediante la incorporación a la misma de caudales procedentes de fuentes ilegales.

En línea con todo lo que acabamos de exponer, la hostelería y el comercio minorista de alimentación son dos de los sectores que presentan mayores ventajas a aquéllos que tratan de reintegrar liquidez a los cauces económicos oficiales. Habitualmente, en bares, cafeterías, restaurantes o pequeños comercios, los clientes pagamos en metálico sin que a cambio se nos entregue ningún documento dotado de relevancia fiscal. Evidentemente, las especiales características de sectores como éstos exigen que el ordenamiento ofrezca a los contribuyentes que en ellos operan alguna fórmula alternativa de determinación de la base imponible que los libere de tener que llevar una contabilidad tan minuciosa como impracticable. Por todo ello, casi todos los países cuentan con una normativa que permite eludir en estos casos los métodos de determinación directa para optar por otros, objetivos o indiciarios, conforme a los cuales la base imponible correspondiente se calcula a partir de los índices, signos o módulos externos que el legislador considere representativos de la capacidad económica del contribuyente en el sector de que se trate.

Ciertamente, en tanto haya sectores de la actividad económica que operen con una clientela masiva que paga con dinero contante prestaciones de ínfima cuantía, será necesario contar con este género de técnicas indiciarias. No obstante, también es verdad que tales métodos pueden ser instrumentalizados con mucha facilidad para hacer emerger a la superficie de la legalidad rendimientos ocultos, ya sean lícitos o ilícitos, incorporándolos a la caja diaria como si se tratase de ingresos ordinarios. Por lo tanto, un restaurante, una discoteca de moda o un establecimiento de ultramarinos pueden ser lugares ideales para normalizar de forma continuada y sin apenas riesgos cantidades respetables de dinero. En este sentido, la optimización de este procedimiento de lavado dependerá en gran parte del conocimiento que tengan los recicladores de la normativa fiscal imperante y, en especial, del cuadro de índices, signos o módulos vigente en cada momento. Así las cosas, añadir unos metros de barra, aumentar la plantilla de trabajadores o añadir algunas mesas al local pueden ser medios idóneos para optimizar este sistema de legalización.

Antes de cerrar estas anotaciones sobre las transacciones-masa, creemos necesario referirnos, siquiera puntualmente, a la introducción de algunas de las organizaciones más importantes dedicadas al blanqueo de capitales sucios en el universo del deporte de alta competición. Todos sabemos que una de las principales fuentes de financiación de que gozan las entidades deportivas está constituida por los ingresos de caja realizados en metálico por los aficionados que adquieren su entrada. A semejanza de los casos citados líneas arriba, el enorme movimiento más o menos encubierto de dinero que suele producirse en el ámbito del fútbol, del boxeo o del automovilismo —contratación de jugadores, organización de campeonatos, pago de primas a propios o a terceros, acuerdos millonarios de publicidad, etc.— favorece considerablemente las posibilidades de justificar la tenencia de dinero en efectivo procedente de actividades ilegales.

## **7. Operaciones de préstamo de dinero al contado**

El préstamo de cantidades en metálico es otra de las alternativas que se pueden utilizar para desdibujar la procedencia ilícita de una masa excesiva de dinero. En efecto, los blanqueadores pueden desatar una campaña de préstamo de cantidades moderadas de dinero entre las capas más humildes de la sociedad con objeto de recuperarlo posteriormente, ya blanqueado, al vencimiento de cada una de las operaciones de crédito. Cierto es que este sistema no sirve para reducir sustancialmente la cantidad de dinero en circulación —a medida que disminuye la suma facilitada, mayores probabilidades habrá de que también se restituya en metálico—, pero también es verdad que gracias a él se puede disculpar la tenencia de una masa importante de numerario. Evidentemente, para que este procedimiento de lavado sea operativo será preciso granjearse la confianza de una amplia clientela cuya mera existencia justifique el manejo de mucho dinero de

curso legal. Por ello, el dinero habrá de ofrecerse en condiciones lo suficientemente ventajosas — cuotas de interés muy inferiores a las vigentes en el mercado, no exigencia de garantías para su devolución, facilidades de amortización, etc.— como para atraer la atención de una auténtica legión de interesados. En tales condiciones, incluso los *mass media* pueden ser la vía de penetración.

### **8. La proyección del dinero sucio hacia el exterior y el cambio de divisas**

Agotadas las posibilidades de disimular grandes cantidades de dinero de curso legal fronteras adentro del lugar en el que se generan, los recicladores pueden verse obligados a transportarlo materialmente a otras jurisdicciones más apropiadas para ello, si no transformado en otros activos financieros dotados de un valor equivalente. Es indudable que esta particular forma de contrabando implica riesgos importantes y se encuentra superada en gran medida por los avances tecnológicos de nuestro tiempo. No obstante, la enorme productividad de las actividades ilícitas permite asumirlos como un coste más de empresa.

Son dos los factores que condicionan la elección de un territorio como lugar ideal al que destinar esa riqueza. El primero de ellos, técnico, vendría determinado por la mayor o menor debilidad de los mecanismos legales destinados a vigilar la circulación de la riqueza, así como por las posibilidades reales de eludir tales dispositivos de control. El segundo, más subjetivo, dependería del grado de colaboración demostrado por las personas e instituciones encargadas de practicar los citados controles.

A pesar de su estrecha relación, ambos factores no siempre discurren en el mismo sentido. Así, parece poco probable que una entidad financiera, actuando en contra de sus intereses, renuncie a efectuar una operación sospechosa de estar vinculada a un proceso de blanqueo, a no ser que una ley se lo imponga bajo la amenaza de una sanción. *Contrario sensu*, existen numerosos países cuyos ordenamientos están dotados de normas dirigidas a neutralizar los movimientos irregulares de riqueza, a pesar de lo cual constituyen la base sobre la que operan muchas instituciones abiertas al público que ignoran en mayor o menor medida las obligaciones de este orden a la que pudieran estar sometidas, a veces con el concurso del propio Estado.

En un buen número de ocasiones, la salida de dinero en metálico del país está ligada a la necesidad de transformar previamente las ganancias ilícitas en una divisa sólida y estable, como el dólar o el euro, dotada del suficiente grado de reconocimiento internacional como para poder ser aceptada en cualquier Estado. Además, la adquisición de una divisa “fuerte” no sólo sirve para facilitar el blanqueo de capitales, sino que también puede ser precisa, sin salir del ámbito ilegal, para hacer frente al pago de la mercancía con la que se negocie —drogas, armas, tecnología, órganos humanos, etc.—.

La transformación del dinero inmediatamente procedente de la comisión de actividades ilegales puede constituir, además, el primer paso de ese proceso de paulatino distanciamiento de las ganancias sucias respecto de su origen. No hay que olvidar que las grandes multinacionales criminales cobran sus ingresos en una pluralidad de monedas extranjeras que debe ser homogeneizada bajo la forma del menor número posible de divisas a fin de llamar lo menos posible la atención de las autoridades. Así mismo, mediante esta operación también cabe la posibilidad de reducir el volumen físico de ese capital, siempre y cuando la divisa originaria sea canjeada por billetes o cualesquiera otros instrumentos financieros dotados de mayor valor.

Los recicladores cuentan con una serie prácticamente ilimitada de métodos idóneos para convertir una moneda en otra. Con todo, la amplitud del abanico de posibilidades se encuentra en íntima conexión con el grado de flexibilidad del régimen de control de cambios imperante en el país de que se trate. Evidentemente, el método más sencillo de conseguir divisas consiste en acudir a

un intermediario financiero para solicitar allí la cuantía deseada en la especie que se necesite. Sin embargo, las limitaciones impuestas por la legislación vigente —establecimiento de topes máximos de adquisición de moneda extranjera, necesidad de conocer la identidad completa del solicitante y el destino de la moneda, exigencias de orden formal como la obtención de la pertinente autorización administrativa, dilaciones en el tiempo, etc.— pueden llevar a quienes se dediquen al blanqueo de dinero sucio a optar por otros cauces alternativos, dotados o no de cobertura legal.

La adquisición de cheques de viaje permite la conversión de cantidades moderadas de dinero nacional en otras divisas generalmente reconocidas sin apenas tener que someterse a la legislación vigente en materia de control de cambios. De este modo, los *travellers checks* se constituyen como medio ideal para propiciar el blanqueo de pequeñas sumas de dinero.

Otra posibilidad de trocar moneda al margen de toda supervisión viene dada por la divulgación de cajeros automáticos de compra de divisas. A cambio de una pequeña comisión, estas máquinas están programadas para admitir un amplio surtido de monedas extranjeras —dólares, euros, libras, coronas, etc.— y emitir, de conformidad al contravalor vigente en cada momento, la cantidad de moneda nacional correspondiente. Conforme a este procedimiento tan elemental, resulta fácil convertir dinero de un modo absolutamente anónimo a lo largo de las veinticuatro horas del día, suprimiéndose con ello toda posibilidad de reconstruir la operación a los efectos de una eventual investigación. Duramente criticados por el GAFI, han sido progresivamente retirados.

Más allá de su mera instrumentación, las entidades financieras que desempeñan tareas de intermediación en el mercado de divisas también pueden colaborar activamente en el blanqueo de capitales. En efecto, resulta prácticamente imposible impedir que una institución legalmente habilitada, quebrantando flagrantemente tanto la normativa vigente sobre control de cambios como los límites de su autorización, retenga clandestinamente una parte de la moneda extranjera que le llegue a sus mostradores a fin de venderla más tarde a quienes puedan encontrarse ante la necesidad de adquirirla en las mejores condiciones de anonimato. Señalemos, además, que este método resulta especialmente ventajoso para tales establecimientos, si no lo es para el personal a su servicio, pues a través del mismo se elude el cumplimiento de unas obligaciones formales realmente incómodas —identificar al cliente que vende moneda extranjera, comunicar los pormenores de la operación a las autoridades competentes, etc.—, al mismo tiempo que permite lograr unas ventajas económicas que pueden llegar a ser muy importantes —no se declara a las autoridades el cobro de la correspondiente comisión de cambio, existe la posibilidad de percibir una cuantiosa remuneración por colaborar en el proceso de reciclaje, etc.—.

La realidad demuestra que las pequeñas oficinas de cambio poseen unas cualidades excepcionales para el suministro irregular de divisas. Situadas en la mayoría de las ocasiones en zonas turísticas o próximas a los pasos fronterizos, estos establecimientos sólo están autorizados a comprar billetes extranjeros y pagarlos en moneda nacional. Sin embargo, el contexto social en el que operan —muchos de sus clientes acuden a la ventanilla en bermudas y con una máquina fotográfica colgada al cuello, ajenos a si la transacción se refleja en un documento oficial, en un simple trozo de papel o, incluso, en nada— propicia sobre manera la informalidad del negocio. En estas condiciones, no debe de extrañarnos que estas oficinas se convirtieran durante un tiempo en una de las piezas fundamentales sobre las que se apoyan algunas de las redes más importantes dedicadas al blanqueo de capitales a gran escala.

Con todo, la obtención de divisas al margen de los cauces oficiales no tiene por qué pasar necesariamente por el mostrador de alguna de las citadas entidades. En efecto, una de las formas más fáciles de conseguirlas consiste en acudir a aquellos establecimientos mercantiles que, en razón a su actividad o a su ubicación geográfica, acepten moneda extranjera como medio habitual de pago. Así, las operaciones que ahora comentamos pueden asociarse a la técnica ya mencionada de las transacciones-masa, de manera que los responsables de un supermercado, un

restaurante, un hotel o una gasolinera que estén situados cerca de la frontera pueden abstenerse conscientemente de acudir con esas divisas a un intermediario autorizado y optar por traficar privadamente con ellas a un tipo de cambio a convenir entre las partes.

Otra de las innumerables formas que se han detectado para favorecer la proyección del dinero en efectivo al exterior está relacionada con la adquisición de grandes cantidades de pasajes aéreos o de cualesquiera otros títulos de transporte internacional dotados de un cierto valor económico. En efecto, estos billetes se compran en el interior del país con dinero local procedente de la comisión actividades ilegales para luego venderse más allá de las fronteras a cambio de divisas “fuertes”, apoyándose en la sobre la infraestructura prestada por una o varias agencias de viajes.

Las Autoridades españolas tuvieron conocimiento del empleo de esta técnica de lavado con ocasión del *boom* turístico generado en 1992 con motivo de la Exposición Universal de Sevilla y los Juegos Olímpicos de Barcelona. Según parece, una red de narcotraficantes llegó a constituir una sociedad instrumental en Suiza a fin de financiar con dinero sucio la compra de grandes cantidades de pasajes con destino a ambas capitales y que eran expedidos a través de una agencia de viajes situada en Frankfurt. Una vez vendidos los billetes, los beneficios obtenidos —ya transformados en marcos libres de toda sospecha— eran nuevamente remitidos a Suiza en concepto de devolución del préstamo facilitado por la financiera.

Como no podría ser de otro modo, el blanqueo de capitales efectuado a través del mercado de divisas adquiere su máxima expresión cuando se cuenta con la colaboración de las autoridades del Estado. Un excelente ejemplo de ello lo constituye el denominado *Caso Bahl*, al que se hizo referencia al comienzo del presente apartado, y en el que fueron intervenidos en Europa Occidental varios contenedores llenos de rublos de curso legal procedentes, en última instancia, del Gobierno de Yeltsin.

## **B.) Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto**

### **1. Consideraciones preliminares**

No todo proceso de blanqueo se inicia reduciendo grandes cantidades de dinero en metálico. De hecho, ya hemos señalado más arriba que existen ciertas actividades ilegales que no dan lugar a esas avalanchas de numerario a las que nos hemos venido refiriendo hasta ahora. Sin embargo, nada puede evitar que todo capital sucio haya de someterse necesariamente a un ciclo de blanqueo *stricto sensu* que sea lo suficientemente eficaz como para borrar las huellas que pudieran vincularlo a su origen ilegal y separarlo definitivamente del mismo. Con vistas al logro de esa apariencia de legitimidad, es necesario propiciar la circulación de toda esa masa patrimonial en el mercado, esto es, convertirla en el objeto de una serie de operaciones económicas tan prolongada como sea preciso para conseguir tal finalidad.

La traslación de los reglas de la dinámica patrimonial al ámbito del reciclaje de capitales ha generado ciertas consecuencias. Así, en este ámbito, el término “circulación” no sólo debe vincularse al movimiento material de esos capitales —en especial, la adquisición de otros bienes a cambio de los originales—, sino también a cualquier otra clase de intervención sobre los mismos que de alguna forma los aleje de su ilegítima procedencia. Así mismo, deberemos de admitir la posibilidad de que una maniobra de blanqueo se verifique sin que los bienes a reconvertir cambien de titular, toda vez que hay ocasiones en las que puede bastar la simple modificación del título en virtud del cual se detentan para dotarlos de un disfraz de licitud: si una empresa constituye a través de una falsa facturación un fondo no inscrito en el balance destinado al pago de comisiones ilegales con el fin de obtener la adjudicación de una concesión estatal y, tras frustrarse la operación, incorporara la citada cuantía en el balance mediante un artificio contable, continuaría siendo titular del importe del fondo, consiguiendo sin embargo ocultar su origen ilícito.

## **2. Uso del sistema financiero. El papel de otras instituciones formales y no formales**

Los bancos y el resto de instituciones financieras son los principales transmisores de dinero. Así las cosas, no debe extrañar que una de las operaciones que se efectúan con más frecuencia en el marco de los procesos de blanqueo consista en promover la circulación de esos capitales sucios a través del número que sea preciso de cuentas corrientes, entidades o jurisdicciones. A medida que aumente el número de transferencias realizadas, menor será la posibilidad de reconstruir documentalmente el recorrido del dinero —*paper tracing, paper trail*— y mayores las probabilidades de distanciar definitivamente los capitales respecto de su origen ilícito.

Evidentemente, al buen fin de estas operaciones ha colaborado la creciente universalización del mercado de capitales y la existencia de una tupida red que ha permitido interconectar jurídica y tecnológicamente a la mayoría de las entidades financieras repartidas por todo el mundo. En el momento presente, una enorme masa de dinero caliente y sin nacionalidad circula electrónicamente en cuestión de instantes de un punto a otro del Planeta con un coste absolutamente irrelevante. Seguir las huellas de ese dinero a través de tales transacciones se torna en una tarea casi imposible en la práctica.

Si bien es cierto que esta clase de operaciones se pueden efectuar en el interior del país donde se ha generado el dinero a blanquear, lo normal es que trasciendan más allá de sus fronteras y se apoyen en las facilidades ofrecidas por los refugios financieros. En efecto, se tiene noticia de la existencia de organizaciones dedicadas al reciclaje de fondos sucios que instalan su centro de operaciones en estas plazas financieras internacionales, abriendo en ellas cuentas-colector a las cuales van a parar las sumas venidas desde cualquier punto del planisferio, ya sea a través de las transferencias electrónicas más complejas o por medio de contrabandistas provistos del clásico maletín repleto de dinero. Posteriormente, esas cantidades son distribuidas entre las cuentas abiertas en el país de acogida a nombre de aquellas personas que hayan encargado a la red de blanqueo la salida de sus capitales o en favor de sus fiduciarios.

Una de las formas más discretas de canalizar dinero de un punto a otro consiste en valerse de mecanismos de compensación entre dos oficinas de una misma institución financiera, estén o no ubicadas bajo una misma jurisdicción. En estos casos, los dispositivos oficiales de detección de operaciones sospechosas suelen revelarse ineficaces, toda vez que estos movimientos se verifican puertas adentro de una misma entidad, generalmente ajenos a los controles que pudieran proceder del exterior de la misma.

Por otra parte, en aquellos países en los que las entidades financieras están sometidas a la obligación de conocer la identidad de sus clientes y a facilitarla a las Autoridades, se ha podido constatar que ciertas instituciones han constituido sociedades fiduciarias *off shore* a cuyo nombre abren cuentas en el seno de la casa matriz. En estas condiciones, los haberes de determinados clientes se transfieren desde las cuentas de la entidad principal hasta las de las “entidades-satélite” radicadas en el exterior, siendo el nombre de estas últimas el único que figura en los archivos de aquélla. Por consiguiente, en el caso de que las Autoridades soliciten cualquier información relativa a alguno de los verdaderos clientes de la financiera local, ésta puede responder que esa persona les es totalmente desconocida, dado que las relaciones que sostiene con ella se encuentran amparadas por la mediación de tales sociedades interpuestas.

Con todo, la actitud de los bancos tiende a cambiar, bien sea por miedo a los controles, bien sea por participar de los criterios que los inspiran. Como resultado de esta nueva forma de actuar, las organizaciones dedicadas al blanqueo de capitales sucios vienen manifestando una creciente tendencia en los últimos tiempos a trasladar sus operaciones hacia otros sectores de la actividad económica en los que les resulta más fácil canalizar el dinero sucio.

Por otra parte, la evolución que ha experimentado el crimen organizado en los últimos años ha favorecido la aparición de redes financieras clandestinas dirigidas única y exclusivamente a facilitar la circulación internacional de dinero sucio. Valiéndose en la mayoría de los casos de la compensación internacional entre sucursales situadas en dos puntos separados por miles de kilómetros, este género de redes —“Hawalla” en los países árabes, “Chop Shop”, “Chiti” o “Hundi” en China y en otros países asiáticos, “Stash House” en Estados Unidos y en Latinoamérica, “Bancos Brujos” en Panamá, etc.—, fundadas en ocasiones sobre vínculos familiares, consiguen transferir dinero en efectivo, títulos valores o metales preciosos sin ninguna constancia documental oficial ni control por parte de las autoridades de ninguno de los dos países. En ocasiones, la necesidad que tiene la red clandestina de contar con una prueba del negocio efectuado se soluciona mediante el empleo de naipes partidos por la mitad.

### **3. Adquisición efectiva de bienes**

La transformación en otros bienes de las ganancias obtenidas a resultas de la comisión de actividades ilegales constituye una de las maneras más conocidas y más simples de alejar esos beneficios de su origen. De hecho, se sabe que los clanes criminales han incrementado significativamente sus movimientos de dinero a través de medios no monetarios como el oro o los diamantes.

Como ya hemos señalado antes, los recicladores ocultan con bastante frecuencia las ganancias ilícitamente obtenidas transformándolas en otros bienes patrimoniales, ya sean muebles o inmuebles —fincas rústicas o urbanas, metales y piedras preciosas, joyas, colecciones de sellos, obras de arte, antigüedades, etc.—, dotados de una cierta significación económica. A su vez, estos bienes pueden ser vendidos o permutados por otros, incurriendo con ello en un ciclo ilimitado de transacciones dirigido a alejar progresivamente esa riqueza de su origen. En muchas ocasiones, tales maniobras dejan de ser una forma de facilitar la circulación de esas ganancias para constituir en sí mismas auténticos actos de inversión final de las ganancias.

Evidentemente, las posibilidades que ofrece esta técnica de reciclaje se potencian en el momento en que el precio declarado en la transacción sea inferior al valor real del objeto adquirido —*double invoicing, double pricing*—. Así, mientras la cuantía manifestada frente a terceros suele satisfacerse con dinero obtenido lícitamente o tras haber sido sometido a un proceso de blanqueo —en cualquier caso, riqueza susceptible de ser justificada—, la diferencia existente hasta alcanzar el importe efectivo del negocio se completa con la entrega de una cantidad aún pendiente de ser regularizada. De este modo, una vez realizada la operación, el adquirente logra deshacerse de una masa patrimonial no confesada, obteniendo a cambio un bien cuyo auténtico valor podrá defender en negociaciones posteriores. Este último procedimiento es frecuentísimo en el mercado inmobiliario, convirtiéndose de hecho en un elemento más de negociación.

En los últimos tiempos, la globalización de los mercados y las grandes diferencias existentes entre los costes de producción en los países del extremo Oriente y en Occidente ha propiciado la tentación de blanquear fondos a través de la gran diferencia existente entre los bienes en origen y el precio de venta a los consumidores finales. Así, ante el caso de prendas de vestir declaradas en frontera a menos de medio euro que se colocan en mercado a seis, cabe sospechar que una buena parte de los beneficios aparentes proceda realmente de la infiltración de capitales ocultos a las instancias públicas de control. Probablemente, esas prendas cuesten más de ese medio euro declarado por unidad; pero este posible desfase con la realidad —que puede resolverse entre las partes facturando menos en origen, aunque el proveedor cobre la diferencia a través de una operación financiera paralela— permite incorporar a la legalidad fondos ilegales como si fueran beneficios comerciales. Añádase a ello el posible fraude tributario para las arcas del Estado receptor que derive del impago de los aranceles que concurren en el caso.

Sin embargo, hay determinadas ocasiones en las que los recicladores no están en condiciones de acceder directamente a los cauces oficiales para efectuar tales adquisiciones. Con bastante frecuencia, esta clase de operaciones comienzan a gestarse en el mismo ámbito ilegal en el que se produjeron los fondos a blanquear, contexto en el que la riqueza sucia se cambia una o más veces por otros objetos ilícitos. De este modo, la secuencia de compraventas o permutas clandestinas se prolonga hasta que los distintos agentes que participen en tales negociaciones obtengan unos bienes susceptibles de ser reintroducidos en la economía regular sin que ello levante demasiadas sospechas.

#### **4. Instrumentación de transacciones ficticias**

En ciertos momentos, el interés de los recicladores no se centra tanto en la transformación un capital sucio en otros bienes como en traspasar su titularidad en favor de otro sujeto. Con independencia de aquellos hipótesis en las que el destinatario de esas ventajas económicas es utilizado para tal fin sin que para ello se cuente en ningún momento con su colaboración —así ha ocurrido en algunas ocasiones con menores, ancianos o disminuidos psíquicos, cuando no de personas ya fallecidas—, lo más corriente es que dos o más individuos, unidos bajo una comunidad de intereses económicos, convengan en aparentar la celebración de una supuesta transacción económica que sirva para justificar la transferencia de un patrimonio de unas manos a otras. De este modo, se consigue que el capital ilícito circule —y, en definitiva, se blanquee— sin que ello suponga su salida del círculo de poder en el que se generó.

Estas operaciones simuladas pueden estar dotadas de una base material que sirva para disfrazarlas de un elevado grado de verosimilitud. De este modo, se han conocido algunos casos de supuestas compras internacionales de metales preciosos en las que los lingotes de oro cruzaban efectivamente la frontera, si bien luego eran reintegrados clandestinamente por contrabandistas al lugar de donde partieron, manteniéndose el precio abonado por tan singular contrato en poder de los presuntos vendedores. En otras ocasiones, los recicladores han aparentado exportar grandes cantidades de oro en barras cuando, en realidad, los envíos que remitían al exterior no eran otra cosa que acero dorado. Así actuó el *Cártel* de Medellín en Uruguay —país que ese año fue el segundo exportador de oro del mundo, tras Sudáfrica, según las estadísticas oficiales—, según revelaron las investigaciones seguidas con motivo del caso “Polar Cap”.

No obstante, el grupo de casos en los que la falsedad de la transacción es más evidente está constituido por aquellos supuestos en los que no existe más que un título puramente ficticio —*counterfeit invoice*—, capaz de justificar frente a las instancias oficiales de control el traspaso de una masa patrimonial de una persona a otra, pero que en realidad no se corresponde con ninguna prestación —ni siquiera aparente— de bienes o de servicios. Llegados a este punto, parece confirmarse la regla: “si quieres producir dinero negro, rompe una factura (o redúcela); si quieres blanquearlo, invéntatela (o increméntala)”.

Aunque se tiene constancia de algunas de estas hipótesis en el ámbito de las operaciones de intercambio de bienes, es evidente que la técnica de la facturación falsa cuenta con muchas más posibilidades de prosperar en el marco de las denominadas “operaciones invisibles”, es decir, aquellas en las que tiene lugar el pago o cobro de servicios. A medida que crece el porcentaje de la Renta Nacional generado por el sector terciario de una economía, mayores son las facilidades para blanquear riqueza en ella, toda vez que la intangibilidad de la prestación declarada reduce considerablemente las posibilidades reales de controlar su efectivo cumplimiento. Con ello nos encontramos ante un procedimiento habitualmente utilizado en el marco de la financiación ilegal de partidos políticos, que obtienen fondos libres de sospecha a través de entidades instrumentales creadas al efecto, procedentes de empresas que aparentan prestar servicios inexistentes de consultoría.

En línea con este género de sucesos, también se ha apuntado por algún autor la eventualidad de reciclar dinero a través de la ejecución judicial de deudas derivadas de negocios jurídicos ficticios. Para ello bastaría contar con dos partes puestas de acuerdo: mientras una solicita la satisfacción de un crédito en virtud de un título imaginario previamente pactado —realización de un documento cambiario, reclamación de una indemnización en concepto de unos hipotéticos daños y perjuicios, etc.—, la otra se limita a esperar una sentencia condenatoria o incluso se allana ante las pretensiones del demandante. Todo parece indicar que la acumulación de asuntos ante los Tribunales perjudica las posibilidades de detectar una maniobra semejante.

## **5. Préstamos de dinero**

Las Autoridades de supervisión bancaria han venido advirtiendo en los últimos tiempos a las entidades dedicadas a la intermediación financiera de la progresiva utilización de los contratos de préstamo de dinero como forma idónea para lavar capitales sucios. Evidentemente, las posibilidades de culminar con éxito este tipo de operaciones aumentan a medida que se incrementa el grado de implicación de la entidad de que se trate con los poseedores del dinero a reciclar, alcanzando su máximo en aquellos casos en los que tales sujetos —por lo general, escondidos tras un testaferro radicado en algún paraíso fiscal— son los propietarios de la entidad financiera. Sin embargo, el banco no tiene por qué ser más que un simple instrumento en manos de los blanqueadores que acuden a él fingiendo ser clientes necesitados de financiación.

En muchas ocasiones, los préstamos son utilizados como medio de retornar la riqueza procedente de actividades ilícitas al lugar del que partió en su día para su blanqueo en el exterior. Así, se sabe que ciertas organizaciones criminales han solicitado a bancos situados en el mismo refugio financiero en el que se reciclaron los fondos ilícitos la concesión de cuantiosos créditos a fin de contar con una masa limpia de dinero con la que introducirse en el mercado inmobiliario o en cualquier otro sector de inversión ubicado en el territorio nacional. Naturalmente, la devolución del dinero prestado se efectúa con cargo a las cantidades depositadas en esos “paraísos”, bien sea de manos del propio prestatario, bien a través de cualquier otro sujeto que pudiera presentarse como aparente avalista.

Por otra parte, no conviene descartar la posibilidad de que el beneficiario del préstamo se dote a sí mismo de un disfraz de precariedad económica permitiendo la ejecución de las garantías patrimoniales que ofreciera en su momento para el reembolso del crédito —activos financieros, depósitos en moneda extranjera, avales bancarios de entidades extranjeras, etc.—. De acuerdo a esta forma de proceder, el blanqueador consigue deshacerse de una riqueza que pudiera estar demasiado próxima a la comisión de las actividades ilícitas que la generaron.

Para contar con una causa aparente que justifique la concesión del crédito y atenúe al máximo las posibilidades de que los responsables de la entidad financiera recelen de la finalidad real de la operación, hay ocasiones en las que los recicladores se valen de la organización de espectáculos de masas —artísticos, deportivos, etc.— como excusa válida para solicitar la concesión de préstamos millonarios. Tras obtener esa financiación libre de toda sospecha, su reintegro se efectúa con dinero sucio, si bien declaran hacerlo con las ganancias en metálico logradas a partir de la celebración de tales acontecimientos.

## **6. Instrumentación de personas físicas y jurídicas. Las sociedades interpuestas**

La complejidad de los procesos de blanqueo crece a medida que aumenta la importancia de la masa patrimonial a reciclar. En ese contexto, la circulación de capitales sucios necesita contar con un número cada vez mayor de puntos de apoyo y, en especial, con la cifra más elevada posible de sujetos ajenos a toda sospecha que puedan figurar como titulares de las múltiples transacciones

económicas —reales o ficticias— que compongan un ciclo completo de lavado. Así las cosas, no debe de extrañar que los recicladores, a semejanza del resto de la moderna criminalidad económica, hayan demostrado su disposición por constituir cuantas entidades dotadas de capacidad jurídica les sean precisas para poder disfrazar la auténtica naturaleza de sus actividades.

Teniendo presente cuál es la finalidad a la que sirven estas entidades, sus promotores se esfuerzan por dotarlas de un tinte de legalidad lo más perfecto posible, cumpliendo la normativa vigente sobre la materia con objeto de aparentar que su fundación y llevanza tiene lugar en el marco del tráfico jurídico honesto. No obstante, la necesidad de someterse a Derecho, unida a la conveniencia de dificultar al máximo la posible acción de la Justicia, han hecho que la domiciliación de tales sociedades se realice con mucha frecuencia más allá de las fronteras nacionales —*off-shore companies*—, en un intento por buscar en otros ordenamientos más permisivos el amparo que no pudo encontrarse en el propio. En este sentido, resulta fácil comprobar que las jurisdicciones más ventajosas para esta clase de operaciones suelen coincidir con aquellas que acostumbran a recibir el calificativo de “paraísos fiscales”, a pesar de que en estos casos los objetivos tributarios sean subsidiarios.

En efecto, las investigaciones policiales y judiciales han dado en incontables ocasiones con las denominadas “sociedades ficticias” —*sham corporations, sociétés fictive*— o “sociedades-buzón” —*letter-box companies, sociétés boîte-aux-lettres, briefkartenfirmen*—, caracterizadas por no contar con ninguna clase de medios de gestión ni de actividades económicas, limitándose tan solo a tener un simple casillero con su nombre situado en un banco o en el despacho de un abogado o de un contable en el que recibir la correspondencia. Evidentemente, no todos los países aceptan la constitución en su territorio de este género de entidades. Con todo, también es cierto que no siempre es fácil determinar la pertenencia de una determinada corporación a alguna de estas categorías, especialmente si tenemos en cuenta que las implicadas en los procesos de blanqueo suelen distinguirse por mantenimiento aparente de una actividad que no se da en la realidad. Aparte de aquellas que se fundan con el falso propósito de secundar toda clase de finalidades cívicas, benéficas o altruistas bajo la forma de ONG’s, lo normal es que las sociedades instrumentales declaren oficialmente su adscripción al sector terciario de la economía —asesoría de empresas, elaboración de informes, etc.—, ámbito en el que es prácticamente imposible fiscalizar el efectivo desarrollo de sus actividades. Con motivo de las investigaciones desarrolladas en España en relación con la denominada “Operación Emperador”, se ha puesto recientemente de manifiesto que la red de blanqueo liderada presuntamente por Gao Ping planeaba fundar una entidad que atendiera a chinos que sufrieran adversidades económicas exigiéndoles a cambio participar en el envío de remesas de dinero a su país de origen.

Así mismo, los refugios financieros internacionales también son empleados en las operaciones de blanqueo debido al elevado grado de secreto profesional que en ellos se garantiza. Como ya vimos antes, la normativa vigente en algunos de esos territorios no sólo protege el derecho al anonimato de quien desea constituir una persona jurídica valiéndose de un testaferro — técnica que, por lo demás, se encuentra ampliamente extendida por todo el mundo sin que pueda hacerse demasiado por evitarla—, sino que incluso suprime toda posibilidad de desenmarañar el pacto fiduciario celebrado entre quien se aprovecha en realidad del negocio realizado —*beneficial owner, ayant droit économique, dirittoavente economico*— y el que aparentemente lo efectúa. Si a ello unimos la existencia de una legislación demasiado tolerante a la hora de fijar los requisitos necesarios para que una determinada entidad sea dotada de personalidad jurídica —número mínimo de miembros, capital social, fines de la corporación, etc.—, no nos será demasiado difícil encontrar en estos países algún despacho de abogados que se dedique profesionalmente a mantener a disposición del cliente un amplio muestrario de sociedades ficticias “de papel” o “de estantería” prefabricadas, constituidas, administradas y participadas en apariencia por ellos mismos.

Evidentemente, la supuesta desvinculación que se produce entre un capital y su detentador a través de la constitución de sociedades interpuestas se potencia a medida que aumenta el número de entidades de este género que intervienen en el proceso de reciclaje. De entre todo este marco de actuaciones, posiblemente la que más desarrollo está teniendo hoy día sea la creación de grupos de empresas, pequeñas y medianas, con una complejidad organizativa extrema cuyo fin no es el desarrollo de tipo productivo, sino que responde más bien a la exigencia de ocultación y blanqueo de capital y restituirlo a los circuitos legales. En última instancia, los blanqueadores se esfuerzan por formar grupos internacionales de empresas ficticias con el fin de favorecer la circulación de la riqueza ilícita entre las mismas. Por lo general, tales entidades se compran acciones las unas a las otras con dinero sucio, convirtiéndose en algo muy remoto la posibilidad de conocer la identidad de las personas físicas que dominan en la práctica estos *holdings* tan especiales.

Contando a su entera disposición con un ramillete de entidades de este tipo, quienes se dedican a reciclar riqueza sucia pueden cruzar entre ellas cuantas transacciones estimen por conveniente. De este modo, las probabilidades de efectuar al margen de todo control muchas de las operaciones que hemos descrito hasta el momento —transferencias de capital, adquisición de valores a nombre de estas sociedades, doble o falsa facturación de bienes o servicios entre ellas, cesión aparente de patentes o *royalties*, préstamos de dinero, etc.— se multiplican casi hasta el infinito.

De todos modos, la complejidad de las operaciones indicadas se reduce a veces de manera considerable cuando el sujeto interpuesto es un simple ser humano. En estos casos, la persona física participa a veces del conocimiento de la operación, siendo por ello un reciclador más. Sin embargo, hay otras ocasiones en las que el sujeto implicado es totalmente ajeno a la transacción —ancianos, disminuidos psíquicos, personas fallecidas, etc.— o, siendo consciente de ella, desconoce la ilicitud de la causa y participa en tales actos llamado por el deseo de conseguir una recompensa fácil. Hace muy poco tiempo, una entidad rusa que se presentaba como agencia matrimonial remitió un correo electrónico a un número indeterminado de personas residentes en España, prometiendo una tentadora comisión a quienes aceptaran recibir en su cuenta bancaria personal importantes sumas —derivadas, según su testimonio, del citado negocio en nuestro país— para luego reintegrarlas y reenviarlas a quienes en cada momento se indicara a través de una conocida empresa dedicada a la ejecución de remesas internacionales. La excusa que se indicaba en el propio *e-mail* para valerse de este procedimiento era muy simple: los altos costes que para la citada empresa implicaría el mantenimiento de una cuenta bancaria en España. El mensaje de correo electrónico se remitió empleando como servidor un portal de Internet en el que es muy fácil conseguir una dirección sin necesidad de aportar ninguna clase de identificación.

## **C.) Fase de integración en la economía oficial. La “reversión” de los capitales ilícitos**

### **1. Introducción**

A menos que el capital sucio sea despilfarrado por quienes lo produjeron o se reintroduzca en el circuito ilegal para financiar la realización de nuevas actividades clandestinas, la última fase del proceso dirigido al aprovechamiento de los beneficios ilícitamente obtenidos se encuentra constituida por la integración final de esa riqueza vacante en los cauces económicos oficiales.

No obstante, parece oportuno advertir que la reintroducción de una masa patrimonial ilegítima al ámbito lícito del que se detrajo en su día no tiene por qué constituir forzosamente una maniobra de inversión en el sentido más estricto del término. El Diccionario de la Real Academia nos dice que, hablando de caudales, invertir consiste en “emplearlos, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas”, y es evidente que el objetivo prioritario en un proceso de blanqueo no estriba tanto en situar un capital allí donde el mercado ofrezca una mayor rentabilidad —poco prudente sería un hipotético reciclador que, por ejemplo, se limitara a depositar en un banco los fondos que le

hubieren sido encomendados por la única razón de que tal entidad fuera la que prometiera un tipo de interés más elevado— como en desviarlo hacia aquellos sectores en los que sea más difícil descubrir su origen inconfesable, incluso en el caso de que el cumplimiento de este último fin implique un decremento patrimonial.

Por ello, no debe de extrañar que las redes de blanqueo se entreguen a la administración de negocios que, si bien pueden ser absolutamente ruinosos, puedan operar a modo de magníficas “lavadoras” en las que dotar de apariencia lícita a cuantos beneficios ilegales se presenten. Con todo, si realizáramos una valoración del problema que trascendiera más allá de esa perspectiva puramente pecuniaria, quizás fuera más fácil aceptar el concepto de inversión antes indicado, pues el beneficio que implica el pacífico disfrute de unas rentas ilícitas puede compensar con creces los costes derivados de las pérdidas dinerarias en las que se incurriere.

*A fortiori*, la imposibilidad de equiparar el destino final de las ganancias ilegales con la inversión de las mismas se acrecienta si analizamos la cuestión desde la perspectiva estrictamente económica. Técnicamente, sólo las empresas —es decir, aquéllos sujetos que lanzan al mercado bienes y servicios— pueden realizar inversiones en el sentido más riguroso del término, adquiriendo capital con vistas a obtener una mejora de la producción y, en su caso, un incremento del beneficio empresarial.

Por otra parte, debe tenerse presente que el ejercicio de compartimentación que ahora se concluye —*colocación, conversión e integración* de capitales sucios—, si bien puede ser aceptado desde el punto de vista conceptual sin demasiadas reservas como una fórmula idónea para facilitar la investigación de una realidad bastante compleja, revela ciertas deficiencias a la hora de ponerlo a prueba en el campo de la práctica. Las tres fases citadas del proceso de blanqueo se solapan con bastante frecuencia, llegando incluso a coincidir en no pocas ocasiones. Creemos que esta circunstancia justifica la relativa brevedad del presente apartado, último elemento de la citada terna, que se convierte de este modo en una suerte de furgón de cola —aunque no por ello menos importante, por supuesto— en el que sólo se describen aquellas hipótesis cuya especial naturaleza difícilmente hubiera permitido su acomodo en los asientos de alguno de los dos vagones precedentes.

## **2. Factores que favorecen la integración**

Si bien no es demasiado difícil encontrar un cierto número de referencias bibliográficas dedicadas directa o indirectamente al estudio fenomenológico del blanqueo de capitales y al de su tan abundante casuística, resulta mucho más complicado descubrir alguna obra en la que se analicen con algún detenimiento las razones por las cuales los recicladores escogen determinados sectores de la economía lícita en perjuicio de otros como lugares hacia los cuales destinar las ganancias ilegales que les son confiadas.

Según COLOMBO, son tres los factores que determinan el grado de aptitud de un determinado sector económico con vistas a la reintroducción en el mismo de la riqueza sucia. Como es de todos conocido, a medida que un solo sujeto logra acaparar una mayor proporción de la oferta de bienes o servicios en el mercado de que se trate, más fácil le resulta evitar los controles espontáneos que derivan del sistema de libre competencia —adecuación del precio a la demanda, baremos de calidad de los productos, etc.— y, por consiguiente, cuenta con mayores posibilidades de planificar sin sobresaltos la progresiva ampliación de las actividades de un modo totalmente independiente. Así las cosas, la perspectiva de poder erigirse en monopolio sería el primero de los citados factores, dado que la estabilidad que caracteriza a un mercado semejante facilitaría la infiltración incontrolada de capitales sucios en la economía diaria.

El segundo elemento estaría relacionado con la eventualidad de que la aplicación masiva de

capitales sucios sobre el sector económico considerado dé lugar a una inmediata productividad. Con todo, ya sabemos que éste es un aspecto que se encuentra claramente subordinado al objetivo primordial perseguido por los recicladores, esto es, la total desvinculación de la riqueza ilícita a su origen y la ocultación de la procedencia de tales fondos. De poco serviría situar una ingente masa patrimonial en el negocio más provechoso imaginable si con ello quedara al descubierto su auténtica naturaleza.

El tercero y último de los factores recogidos por el mencionado jurista italiano, aun siendo ajeno a la actividad económica en sí misma, conlleva tanta importancia que puede determinar que el interés de los blanqueadores por un determinado mercado respecto de otro u otros se modifique radicalmente. Nos referimos con ello al sistema de controles jurídicos al que se encuentren sometidos tales sectores por la legislación vigente en un momento dado. La existencia de una normativa administrativa eficaz, destinada a vigilar la ejecución conforme a los cánones de la buena fe de aquellas transacciones susceptibles de ser utilizadas como medio de lavar capitales sucios, constituye una forma excelente de evitar el reciclaje de los mismos.

Aun aceptando los tres criterios expuestos, a continuación nos permitimos señalar otros dos más que, a nuestro juicio, cobran una especial importancia en aquellos casos —frecuentes en extremo— en los que las operaciones de blanqueo no responden a la necesidad de legalizar las ganancias obtenidas a partir de la comisión de un hecho ilícito aislado sino que, por el contrario, son el medio a través del cual se blanquean los beneficios derivados de una actividad delictiva ininterrumpida desarrollada por una organización criminal.

En efecto, hay ciertos sectores de la economía que, además de soportar en mayor o menor medida la recepción de fondos para su blanqueo, ofrecen otras ventajas añadidas encaminadas directamente a consolidar, potenciar o facilitar el ciclo generador de capitales ilegales. Así las cosas, estamos convencidos de que la perspectiva de dominar un haz de entidades capaces de coadyuvar de algún modo a perpetuar la producción de riqueza sucia — empresas de seguridad, industrias lícitas dedicadas a la fabricación de armas o de sustancias químicas, compañías de transportes internacionales, etc.— es lo suficientemente halagüeña como para que los recicladores sientan cierta predilección por las mismas.

Con todo, pensamos que el objetivo más codiciado por quienes gestionan los procesos de normalización de rendimientos sucios consiste en lograr el dominio de empresas cuya actividad les permita, a su vez, lavar cuanta riqueza sucia pase a través de ellas. De esta manera, los recicladores no sólo procuran el blanqueo de un patrimonio determinado, sino que también multiplican su capacidad de maniobra conforme a los patrones propios de una progresión geométrica al dotarse a sí mismos de los medios necesarios para mantener permanentemente abiertos los cauces a través de los cuales canalizar esas rentas hacia el ámbito de la legalidad. Resulta mucho más práctico comprarse una lavadora que llevar la colada todos los días a la lavandería, pues nunca se sabe si el establecimiento puede quebrar, si va a aumentar su tarifa, si acaso emplea el detergente más eficaz contra las manchas o si un día puede darnos con la puerta en las narices.

### **3. *Algunos ejemplos concretos***

Resulta difícil encontrar un ámbito económico en el que se manifiesten simultáneamente todas las características que sirven de reclamo para el dinero ilícito, razón que lleva a los recicladores a aguzar el ingenio de cara a la búsqueda del mercado más favorable y a sopesar cuidadosamente tanto las ventajas como los inconvenientes que cada uno de ellos esconde.

A continuación recogemos un limitado catálogo de hipótesis de regreso de capitales sucios a los circuitos oficiales que habrá que sumar a aquellas otras ya citadas en este mismo apartado o

en otros anteriores. El listado es breve por necesidad, pues la pretensión de realizar un análisis exhaustivo de la cuestión nos llevaría de manera obligada a estudiar las potencialidades de un número prácticamente interminable de sectores de actividad económica, tarea que estimamos prácticamente imposible, amén de inconveniente a los efectos del presente trabajo. Por ello nos limitamos a exponer una serie de supuestos que hemos considerado de especial importancia, ya sea por la frecuencia con la que se manifiestan en la práctica, ya por su relevancia puramente cuantitativa.

La inversión en el sector financiero y el dominio de la gestión de la actividad crediticia constituyen objetivos dotados de un poderoso atractivo. La posibilidad de servir de cauce de inmensas fortunas hace que estas empresas se encuentren, sin lugar a dudas, entre las más codiciadas por las organizaciones dedicadas al reciclaje. Por otra parte, conviene tener presente que el sistema bancario es, además, el principal receptor de la documentación relativa a toda clase de intercambios comerciales, ofreciendo con ello la posibilidad de manipular tales registros según convenga.

Los mercados del juego y de las apuestas autorizadas ofrecen así mismo excelentes posibilidades de blanquear riqueza sucia —total anonimato de las transacciones, imposibilidad práctica de someterlas a una eventual reconstrucción, rentabilidad inmediata del negocio, total estabilidad, etc.—, llegándose a afirmar que es éste el sector sobre el que convergen todos los factores que pueden facilitar una operación de lavado de capitales a gran escala.

La práctica de algunos países nos demuestra que la contratación pública es una de las áreas que mayor delincuencia económica aglutina, convirtiéndose en el destino de un volumen considerable de fondos ilegales. A tenor de las noticias que de allí proceden, la situación resulta paradigmática en Italia, país en el que la constelación de las adjudicaciones públicas —los famosos *appalti*— es invadida con mucha frecuencia por el capital procedente de las actividades de la *Mafia*, la *Camorra*, la *N'Drangheta* o la *Sacra Corona Unita*. En relación con este tema, creemos necesario advertir de los riesgos que implica una regulación en materia de contratos del Estado que se base predominantemente en consideraciones de índole pecuniaria: coste estimado de la obra o servicio proyectado, precio ofrecido por el potencial concesionario, etc. Tras el ofrecimiento de una plica inmejorable puede esconderse el interés de una organización criminal por blanquear una enorme masa de dinero, aun a costa de perder una porción del mismo.

Otra de las formas más eficaces de lograr el mantenimiento de cauces expeditos para la realización continuada de operaciones de blanqueo consiste en desviar fondos ilícitos para constituir o adquirir empresas cuya normal actividad en el mercado les permita contar con enormes cantidades de dinero en metálico. Además de los sectores de la intermediación financiera o del juego, citados pocas líneas arriba, merecerían ser mencionados sin duda alguna todos aquellos negocios vinculados al ámbito de las llamadas “transacciones-masa”, así como algunos otros como el campo ocupado por las entidades de seguros.

Igualmente, se viene observando el interés de las organizaciones criminales por apoderarse de empresas lícitas, sea cual fuere el sector al que pertenezcan, que se encuentren en situaciones económicas apuradas, incluso próximas a la quiebra. En efecto, parece ser que una de las últimas formas a través de las cuales se procura el afloramiento de la riqueza sucia a la legalidad consiste en inocular todo ese patrimonio en explotaciones mercantiles en crisis a fin de procurar su reflotamiento y, eventualmente, su ulterior enajenación a cambio de un capital absolutamente libre de toda sospecha. Cabe la posibilidad de que ese apoyo financiero adopte en un primer momento la forma de un préstamo por parte de las organizaciones criminales en condiciones más favorables que las dadas por cualquier otra entidad de crédito a una empresa en crisis a fin de hacerse luego con su control. Valorado todo ello en su conjunto, creemos oportuno tener muy presente la eventualidad de que ciertos empresarios dotados de una audacia y de una capacidad

de sacrificio tan aparente como falsa —presuntos garantes del mantenimiento de plantillas de trabajadores en épocas de recesión— se ganen la confianza, si no el favor, de las instituciones públicas y de la sociedad en general.

No deberíamos de concluir este breve muestrario de grupos de casos sin antes citar un procedimiento de retorno de las ganancias sucias cuya eficacia trasciende mucho más allá del plano jurídico-económico para proyectarse sobre el tejido social, generando en éste un alarmante sentimiento de armonía con las organizaciones criminales, versión adaptada a nuestros días del “pan y circo” que con tanta frecuencia ha servido de instrumento a las tiranías que ha conocido la Historia para comprar el apoyo de sus súbditos y, con ello, la estabilidad en el poder. Como si de modernos césares se tratase, los dirigentes de esos clanes no dudan a la hora de destinar una parte sustancial de sus ganancias a la creación de infraestructuras allí donde más falta hacen —colegios, hospitales, guarderías, carreteras, casas de acogida, instalaciones deportivas, etc.—, cuando no al puro obsequio en metálico. Por otra parte, la imagen de padrino mafioso también se enmascara tras la postiza bonhomía de un aparente padrino benéfico a través de la organización de grandes espectáculos para el disfrute de sus conciudadanos —financiación de equipos deportivos plagados de estrellas internacionales, organización de carreras de automóviles o de combates de boxeo, festejos taurinos, etc.—.

En tal sentido, resultan paradigmáticos los casos de ciertos narcotraficantes a quienes se les dedican capillas donde rezar por su alma... y seguir pidiéndoles su ayuda. La propia Iglesia Católica mexicana legó a expresar su preocupación por el culto a la “Santa Muerte”, mezcla de rituales en la que la veneración por el poder derivado de los usos mafiosos tiene mucho que ver.



**Principios y  
Recomendaciones  
Internacionales para  
la Penalización  
del Lavado de Dinero.  
Aspectos Sustantivos\***

**CAPÍTULO**



**Isidoro Blanco Cordero**

**Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alicante  
Secretario General Adjunto de la  
Asociación Internacional de  
Derecho Penal (AIDP)**

\* Trabajo realizado el marco del Proyecto de investigación titulado "Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad" (Ref.: DER 2011-26909), del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador responsable es Antonio Doval País.

# Subíndice

<b>I. Introducción</b>	<b>97</b>
<b>II. Instrumentos internacionales relativos al delito de lavado de activos</b>	<b>99</b>
<b>III. Los comportamientos descritos en los instrumentos internacionales</b>	<b>102</b>
<b>1. Conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir.</b>	<b>103</b>
La conversión y la transferencia	
1.1 La conversión de bienes procedentes de un delito grave	103
1.2 La transferencia	105
2. La ocultación o encubrimiento	106
2.1 La ocultación	107
2.2 El encubrimiento o disimulación	109
3. Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir	109
3.1 La adquisición de bienes	109
3.2 El transporte	111
3.3 La posesión y la tenencia	111
3.3.1 Introducción	111
3.3.2 Identificación entre tenencia y posesión. Características de la tenencia	112
3.3.3 Distinción entre tenencia y posesión	112
3.4 La utilización	113
3.4.1 Introducción	113
3.4.2 Necesidad de restricción de la interpretación del término utilización	114
3.5 La administración	115
3.6 El problema de las acciones socialmente adecuadas	115
4. Examen especial de la conducta omisiva	118
<b>IV. Objeto de la acción de acuerdo con las recomendaciones internacionales</b>	<b>120</b>
1. En la normativa internacional	120
2. Características que debe reunir	121
2.1 Amplitud del término	122
2.2 Necesidad de conexión con un delito previo	122
2.2.1 La conexión de los bienes con un delito previo. La “contaminación” de los bienes	122
2.2.1.1 Clases de delitos previos	122
2.2.1.2 La vinculación del delito de blanqueo de capitales con la actividad delictiva previa	124
2.2.1.3 Grado de comisión del delito previo. La participación en el delito previo	125
2.2.2 El lavado de bienes sustitutivos y el lavado en cadena	125
2.2.3 Lavado de bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero	126
<b>V. El sujeto activo en la normativa internacional</b>	<b>127</b>
<b>VI. Responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos</b>	<b>130</b>
1. Introducción	130
2. En los instrumentos internacionales	130

2.1 Naciones Unidas	130
2.2 Convenio de Varsovia	131
2.3 Unión Europea	131
2.4 Las cuarenta recomendaciones del GAFI. La evaluación de la normativa española	132
2.5 Reglamento modelo de la CICAD sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves	132
3. Derecho comparado	133
<b>VII. La parte subjetiva del delito según los instrumentos internacionales:</b>	<b>134</b>
1. La expresión “a sabiendas”. Su referencia al dolo	134
2. El momento del conocimiento del hecho previo. El problema del dolus subsequens	136
3. La ignorancia intencional	136
4. ¿Elementos subjetivos específicos?	137
5. El error en el delito de lavado de activos	138
6. La realización del delito de lavado de activos por imprudencia/culpa	139
6.1 El delito imprudente de blanqueo de capitales en los instrumentos internacionales	139
6.2 La imprudencia y el blanqueo de capitales	140
6.2 El sujeto activo del delito de lavado imprudente	141
6.3 Phising, pharming y muleros: ¿lavado de activos?	142
<b>VIII. Grados de ejecución: actos preparatorios y tentativa</b>	<b>146</b>
1. Actos preparatorios punibles	146
1.1 Introducción	146
1.2 Normativa internacional	147
2. La tentativa del delito de lavado de activos en la normativa internacional	148
<b>IX. Autoría y participación en el delito de lavado de activos</b>	<b>149</b>
1. La autoría del delito de lavado de activos	149
2. La autoría mediata en el delito de blanqueo de capitales	149
3. La coautoría en el delito de blanqueo de capitales	150
4. La participación en el delito de blanqueo de capitales	151
4.1 La participación en el blanqueo de capitales según la normativa internacional	151
4.2 La inducción al delito de blanqueo de capitales	151
4.3 Cooperación necesaria y complicidad en el delito de blanqueo de capitales	152
<b>XI. Tipicidades agravadas según en los instrumentos internacionales</b>	<b>152</b>
1. La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte	153
2. La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas	155

# Subíndice

3. La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito	155
4. El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo	155
<b>XII. Excurso: el delito de enriquecimiento ilícito</b>	<b>155</b>
1. Instrumentos internacionales	155
2. Sobre los modelos	158
<b>XIII. Situaciones concursales con otros delitos: la receptación, el encubrimiento, y otras figuras delictivas</b>	<b>159</b>
1. Lavado de activos y receptación	159
2. Lavado de activos y encubrimiento	160
3. Lavado de activos y otras figuras delictivas	160
4. Unidad y pluralidad de acciones	161
<b>XIV. Excurso. Responsabilidad penal de los abogados por el lavado de activos</b>	<b>162</b>
I. Prevención del lavado de activos, derechos humanos y secreto profesional del abogado	162
1. Introducción	162
2. Sobre los hechos discutidos en la Sentencia del TEDH	163
3. Comentario de la Sentencia Michaud v. France. El secreto profesional del abogado	165
3.1 El secreto profesional como garantía de un proceso justo o equitativo	165
3.1.1 La jurisprudencia del TEDH en relación con el secreto profesional del abogado	165
3.1.2 La normativa europea de prevención del blanqueo de capitales no vulnera el derecho a un proceso justo	166
3.2 La normativa europea sobre el blanqueo de capitales limita razonablemente el derecho a la intimidad	169
3.2.1 El secreto profesional y derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH: el artículo 8 CEDH	169
3.2.2 Lavado de activos, secreto profesional y respeto del derecho a la vida privada: opinión del TEDH	170
3.2.2.1 Prevista por la ley	170
3.2.2.2 Necesaria para alcanzar objetivos legítimos	171
5. El problema del asesoramiento jurídico	173
6. Limitación del secreto profesional del abogado cuando ejerce funciones ajenas a la defensa o asesoramiento jurídicos	176
7. La necesidad de crear un organismo autorregulador de la Abogacía	176
II. La asistencia letrada: honorarios satisfechos al abogado con bienes de origen delictivo	178
3.1 La solución de la tipicidad	179
3.2 La solución de la justificación	180

<b>3.3 La solución del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht - BVerfG). La sentencia de 30 de marzo de 2004. Solución en el marco del tipo subjetivo</b>	<b>181</b>
<b>Prevención del lavado de activos, derechos humanos y secreto profesional del abogado* Isidoro Blanco Cordero</b>	<b>183</b>
<b>El delito tributario como delito previo del lavado de activos Isidoro Blanco Cordero</b>	<b>203</b>

---

1 \* Trabajo realizado el marco del Proyecto de investigación titulado "Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad" (Ref.: DER 2011-26909), del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador responsable es Antonio Doval País.



## I. Introducción

El lavado de activos es uno de los fenómenos criminales que más atención ha suscitado a nivel internacional. La estrategia de política criminal diseñada a finales de los años ochenta del siglo pasado para hacer frente al mismo ha experimentado cambios extraordinarios durante los últimos tiempos. Caracterizada por una regulación muy estricta para prevenir, detectar y sancionar el blanqueo, esta estrategia se ha desarrollado en la época de la globalización, cuya seña de identidad ha sido la desregulación de los mercados financieros internacionales y la disminución de los controles sobre el sistema financiero por parte de los Estados y de las instituciones internacionales. La crisis económica actual, sin embargo, está llevando a repensar esta orientación y parece ir en sentido contrario; hacia una regulación más intensa del sistema financiero internacional.

Lo que comenzó siendo un delito (lavado o legitimación de activos o de dinero), cuya sanción era promovida esencialmente por los Estados Unidos de América, ha acabado convirtiéndose en un vasto mercado de bienes y servicios que mueve enormes cantidades de dinero. Paralelamente a la creación de la figura delictiva, se han aprobado normas administrativas con el objetivo de prevenir su comisión, impidiendo el acceso del dinero sucio al sistema financiero. Como consecuencia de la aprobación de estas normas se ha creado en el sector público un sistema administrativo encabezado por las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), cuya función esencial es recibir, analizar y transmitir a las autoridades competentes información sobre las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales<sup>1</sup>. Además de estos organismos públicos, la estrategia de prevención de este fenómeno criminal ha consistido en imponer deberes de colaboración a determinadas entidades del sector privado. Estas se han visto obligadas a realizar enormes inversiones para crear sistemas internos dirigidos a detectar y evitar el blanqueo. Se puede observar que el proceso de prevención, detección y represión del blanqueo implica tanto al sector público como al sector privado. El público persigue esencialmente la detección y sanción del blanqueo, mientras que el privado dedica todo su empeño en prevenir y detectar las operaciones sospechosas. A esta confluencia de energías entre lo público y lo privado le denomina Verhage “complejo contra el blanqueo de capitales” (“AML complex”)<sup>2</sup>. La evolución ha ido más allá; han aparecido empresas que ofertan bienes y servicios a las entidades privadas para cumplir de manera más eficaz con sus obligaciones. Las grandes consultoras aportan asesoramiento y otros servicios a los sujetos obligados: formación del personal, programas informáticos...

La filosofía que se ha adoptado en la lucha contra el blanqueo de capitales se basa en la idea expresada en inglés como “follow the money”<sup>3</sup>, que consiste en seguir el dinero de origen delictivo, y proceder a su decomiso, evitando así que el delito sea una actividad lucrativa. Se persigue disuadir a los delincuentes de cometer delitos que generan grandes beneficios económicos. La idea que subyace en todo esto es que el delincuente es un ser racional que actúa movido por una ponderación de riesgos y resultados. Esto es lo que explica la teoría criminológica de la elección racional (rational choice theory), de corte marcadamente utilitarista. Fue formulada en el trabajo de 1985 titulado *Crime and Human Nature*, de Wilson y Herrnstein (1985)<sup>4</sup>, y en las obras de Clarke y Cornish de 1985 y 1986. En cierta medida esta teoría revitaliza las ideas de la Escuela Clásica, cuyos mayores representantes fueron Beccaria y Bentham. Sus antecedentes más inmediatos pueden situarse en dos importantes tendencias criminológicas. La primera es la que surge de la aplicación de la teoría económica al delito, en concreto, de los análisis económico-matemáticos del delito

1 Fondo Monetario Internacional – FMI (2004), Unidades de inteligencia financiera: Panorama general -Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros.

2 VERHAGE, A. (2008), “Between the hammer and the anvil? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 52 Nº. 1, pp. 9-32.

3 Naylor, R.T. (2004), *Wages of Crime: Black Markets, Illegal Finance and the Underworld Economy* (Ithaca NY).

4 WILSON, J.Q./HERRNSTEIN, R.J. (1985), *Crime and Human Nature. The definite study on the causes of crime*, New York.

realizados por Becker (1968)<sup>5</sup>, que ponen el acento en la explicación de la percepción por parte del delincuente de los riesgos que corre, de los esfuerzos que ha de realizar y de las recompensas que va a obtener con el delito. La segunda se sitúa en los trabajos sobre la prevención situacional del delito elaborados en la década de los años 1980, especialmente por Clarke (1980 y su trabajo posterior de 1995)<sup>6</sup>, cuyo objetivo es bloquear las oportunidades de comisión del delito mediante cambios ambientales<sup>7</sup>.

Con base en ambas tendencias se formula una teoría centrada en la toma de decisiones por parte del delincuente. Su principal idea es que el delito es el resultado de una elección racional; es un comportamiento intencional (*purposive behavior*) dirigido a beneficiar al delincuente de alguna manera. El delincuente persigue fines cuando comete un delito, pero también corre algunos riesgos, como el de ser detenido. El delincuente, por lo tanto, se encuentra ante una elección, y ha de optar. Pues bien, según esta teoría las personas actúan en función de las expectativas de beneficio que puedan obtener. En esa relación entre recompensas y riesgos, el sujeto optará por cometer un delito cuando los beneficios calculados sean mayores que los riesgos generados<sup>8</sup>. En esta línea, las normas sobre prevención del blanqueo de capitales persiguen incrementar los riesgos de resultar descubierto, intimidando y disuadiendo a los delincuentes de cometer delitos. Y en este contexto, y para evitar que el delito pueda verse como una fuente de ganancias, cobra especial relevancia también toda la legislación relativa al comiso (algunos aluden al comiso como una nueva industria de control del delito<sup>9</sup>).

Algunas investigaciones recientes muestran que en el origen de esta estrategia político criminal han influido las creencias religiosas. Existe un reciente trabajo que apunta a la ideología propia de la moral cristiana como la inspiradora del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Bosworth-Davies advierte que el enfoque dirigido a hacer frente a las finanzas de origen delictivo (*follow the money*) tiene su origen en la moral judeo-cristiana que ha influido en los dirigentes de los Estados Unidos de América y el Reino Unido, hasta conseguir extenderse a todo el mundo<sup>10</sup>. De acuerdo con dicha moral, los productos del delito están corruptos y son por ello intocables, hasta que pierdan su mancha retornando a su legítimo propietario. Esta afirmación, válida para los delitos patrimoniales de desapoderamiento, se ha extendido a todos los delitos que generan ganancias (en semejanza a la fruta del árbol prohibido que comió Eva). Hasta que no vuelven a la economía legítima de manera lícita, algo que sólo puede hacer el Estado mediante la institución del comiso, no se pueden realizar operaciones con tales bienes. Esta forma de entender las cosas se ha impuesto en todo el mundo a través de las normas internacionales. Bosworth-Davies señala que en algunos países asiáticos no se comprende esta filosofía al no acomodarse a su experiencia social y cultural.

Sentado esto, la presente contribución se va a centrar no en los aspectos preventivos del lavado de activos, sino en el delito y, específicamente, en los instrumentos internacionales. El objetivo es evidenciar el estado actual de los principios y recomendaciones internacionales contenidos en estas iniciativas para la sanción penal del lavado de dinero, con atención exclusiva a los aspectos sustantivos.

5 BECKER, G.S. (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 76, pp. 169-217.

6 CLARKE, R.V. (1980), "'Situational' crime prevention: Theory and practice", *British Journal of Criminology*, Vol. 20, pp. 136-147, CLARKE, R.V. (1995), "Situational Crime Prevention", en *Building a Safer Society. Strategic Approaches to Crime Prevention*. Edited by Michael Tonry and David P. Farrington. *Crime and Justice. A Review of Research*, Vol. 19, pp. 91-150.

7 Véase la obra NEWMAN, G./CLARKE, R.V./SHOHAM, S.G. (eds.) (1997), *Rational Choice and Situational Crime Prevention: Theoretical Foundations*, Ashgate, Dartmouth, U. K.

8 CLARKE, R.V./CORNISH, D.B. (2001), "Rational Choice", en *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Raymond Paternoster/Ronnet Bachman, Roxbury Publishing Company, Los Angeles, California, pp. 23-42.

9 Así FINDLAY, M. (1999), *The Globalisation of Crime Understanding Transitional Relationships in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, pg. 50.

10 BOSWORTH-DAVIES, R. (2008), "The influence of Christian moral ideology in the development of anti-money laundering compliance in the west and its impact, post 9-11, upon the South Asian Market: An independent evaluation of a modern phenomenon", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 11; Issue: 2, pp. 179 – 192.

## II. Instrumentos internacionales relativos al delito de lavado de activos

El delito de lavado de activos, a diferencia de los delitos más clásicos (homicidio, robo, etc.), es de tardía aparición. Una de las primeras referencias internacionales a este fenómeno la encontramos a finales de los años 70 del siglo pasado, cuando el Consejo de Europa abordó los graves problemas que en el marco de los países miembros planteaba el lavado de activos de origen delictivo. Esto llevó a la aprobación de la Recomendación Nº R(80)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980. Las recomendaciones dirigidas a sus Estados miembros tienen como objetivo garantizar que el sistema bancario colabore y preste asistencia a las autoridades judiciales y policiales en la lucha contra el lavado de activos<sup>11</sup>.

Hay que esperar hasta el mes de diciembre de 1988, cuando el Comité de Basilea sobre Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias (compuesto por representantes de los bancos centrales del Grupo de los diez países más industrializados (G-10)) promulgó una declaración de principios urgiendo a los bancos y otras instituciones financieras a tomar medidas para impedir que puedan ser utilizados para el lavado de activos. Estas medidas incluyen: obtener información sobre la identidad de sus clientes, adoptar medidas para averiguar la verdadera titularidad de las cuentas y bienes, rechazar la realización de negocios con clientes que se nieguen a proporcionar información sobre su identidad y a cooperar con las autoridades, rechazar la realización de transacciones sospechosas, y adoptar acciones legales apropiadas en respuesta a las transacciones sospechosas<sup>12</sup>.

Pero hasta finales de los años 80 no se llevó a cabo un intento serio de lucha contra el lavado de activos. Este tuvo lugar en el marco de las Naciones Unidas, donde se concertó en 1988 la Convención contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas<sup>13</sup>. Característica esencial de esta Convención es que impone a los Estados Parte la obligación de sancionar penalmente el lavado de bienes procedentes de delitos relativos a las drogas. Este es el instrumento internacional vinculante de mayor relevancia en la materia, debido a que todos los posteriores tienen como base tal Convención.

Así, por ejemplo, el Consejo de Europa aprobó el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Las novedades más importantes son que se refiere al lavado de bienes procedentes de cualquier delito (y no sólo del tráfico de drogas), y que tipifica los comportamientos de lavado imprudentes en lo relativo a la verificación de la procedencia delictiva de los bienes<sup>14</sup>. Este Convenio ha sido recientemente modificado, para incluir, entre otras cosas, la financiación del terrorismo. Ahora se le conoce como Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

Las normas de prevención del lavado de activos tienen su origen, como se ha dicho, en los Estados Unidos de América. De allí pasaron al ámbito internacional, siendo su expresión más elaborada la

11 Cfr. ampliamente BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pgs. 94 ss.

12 Para más información cfr. RUIZ VADILLO "El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de julio de 1992, nº 1641, pgs. 4277 ss, pg. 4279; GOMEZ INIESTA, D. J., "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español", en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Arroyo Zapatero, L. A./Tiedemann, K. (Comps.), Universidad de Castilla-La Mancha, pgs. 137 ss, pg. 143; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 174 ss; ALVAREZ PASTOR, Daniel/EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 1998, pgs. 56 ss.; ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pgs. 109 ss; PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pgs. 32 ss.

13 Cfr. sobre esta los antecedentes de esta Convención, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., Capítulo II; PRADO SALDARRIAGA, "La criminalización internacional del lavado de dinero: sus desarrollos regionales y nacionales".

14 Extensamente sobre las diferencias con la Convención de Viena, cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 124 ss.

expresada en las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) del año 1990, que han sido modificadas en 2012. Estas recomendaciones constituyen el modelo a seguir en materia de lavado de activos. Tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, el GAFI publicó otras nueve recomendaciones centradas en la lucha contra la financiación del terrorismo<sup>15</sup>. Las Recomendaciones del GAFI fueron tomadas como referencia en la Unión Europea, donde se elaboró la denominada Primera Directiva comunitaria (Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991)<sup>16</sup>. Hoy día nos encontramos ya ante la tercera Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, que intensifica las obligaciones.

Se puede decir que todo organismo internacional que tenga entre sus cometidos temas financieros y/o penales se ha involucrado en la lucha contra el lavado de activos, normalmente porque política y burocráticamente no puede permitirse el lujo de prescindir de esta fuente de fondos, influencia y prestigio. Esto ha motivado la proliferación de regulaciones contra el lavado de activos, leyes y reglamentos modelo, que proceden del Fondo Monetario Internacional, las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, etc.

La Organización de Estados Americanos (OEA) también ha emprendido acciones dirigidas a suprimir el flujo de narcóticos y de productos ilícitos a través de su territorio. En la Conferencia de la OEA sobre tráfico de drogas que tuvo lugar en Río de Janeiro, del 22 al 26 de abril de 1986, se recomendó a la Asamblea General la creación de una Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)<sup>17</sup>. Desde su fundación ha establecido diversos mecanismos para combatir el lavado de activos. En febrero de 1991, la CICAD reunió un grupo de expertos que preparó un reglamento modelo contra el lavado de activos, en el que recomendaba a los países miembros que aprobasen legislación tendente a tipificar como delitos todas las actividades relacionadas con el lavado de los productos procedentes del tráfico ilícito de drogas<sup>18</sup>. La CICAD aprobó en marzo de 1992 el Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, y posteriormente lo hizo la Asamblea General de la OEA, en la octava sesión plenaria celebrada el 23 de mayo de 1992, en las Bahamas. El Preámbulo y la introducción del Reglamento modelo toman como referencia expresa las disposiciones del Convenio de Naciones Unidas de 1988. Las disposiciones del Reglamento modelo pivotan sobre la mencionada Convención, en cuyo contenido se inspiran y pretenden desarrollar. Este Reglamento no es un Convenio vinculante, de manera que su incumplimiento no conlleva consecuencias jurídicas negativas para los Estados.

Posteriormente el Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos se reunió en Santiago, Chile, en octubre de 1997, en Washington, D.C., en mayo de 1998 y en Buenos Aires, en octubre del mismo año, e introdujo una serie de modificaciones al mencionado reglamento modelo, que fueron aprobadas por la CICAD en el vigésimo segundo período ordinario de sesiones, llevado a cabo en Lima, Perú, en noviembre de 1997, y en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones celebrado en Washington D.C., en mayo de 1999. La mayoría de estas modificaciones han de ser positivamente valoradas, en la medida en que acogen las tendencias más novedosas en la materia, ampliando el delito de lavado a las acciones de reciclaje que recaiga, no sólo sobre bienes procedente en delitos de tráfico ilícito de drogas, sino también de otros delitos graves. Han

15 BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 167 ss.

16 *Ibidem*, pgs. 125 ss.

17 Cfr. Capítulo IV, nº 1 a) del Inter-American Program of Action of Rio de Janeiro Against the Illicit Use and Production of Narcotic Drugs and Psychotropic Substances and Traffic Therein, April 1986.

18 Cfr. Initiative by the Organization of American States to Prepare Model Regulations on the Laundering of Property and Proceeds Related to Drug Trafficking: Articles Considered by the Inter-American Group of Experts, 9-13 December, 1991, Doc. OEA/Ser.L/XIV.4.4, CICAD/GT.LAVEX/doc.20/91; Model Legislation for the Group of Experts Responsible for Preparing Model Regulations on the Laundering of Property and Proceeds Related to Drug Trafficking, (Articles considered by the Group of Experts. December 9 to 13. 1991).

sido diversas las modificaciones llevadas a cabo por el Grupo de Expertos siendo las últimas las procedentes de los informes finales de las reuniones del Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), celebradas en Washington D.C. del 13 al 15 de Julio de 2004, y en Bogotá, Colombia del 14 al 18 de noviembre, 2005<sup>19</sup>.

En Centroamérica las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá suscribieron, en el marco de la XIX cumbre de presidentes centroamericanos, que tuvo lugar en Panamá el 12 de junio de 1997, el Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. En él se pretende armonizar las legislaciones de los países centroamericanos con la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con el Modelo de Legislación sobre el Blanqueo de Dinero y el Decomiso en Materia de Drogas del Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) de 1995. El artículo 2 de este Convenio obliga a las partes a tipificar penalmente el delito de lavado de activos. Las conductas constitutivas de este delito son prácticamente idénticas a las previstas en la Convención de Naciones Unidas<sup>20</sup>.

Todos estos instrumentos internacionales, como decimos, imponen a los Estados parte la obligación de sancionar penalmente el lavado de activos.

Hay otras iniciativas de interés emprendidas en el ámbito de las Naciones Unidas. Así el 9 de diciembre de 1999 se adoptó el Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo. Si bien no hace referencia expresa al lavado de activos, exige expresamente la sanción del delito de financiación del terrorismo, que da cabida a la conducta de quien “por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte” para cometer delitos de terrorismo (art. 2.1).

Es de destacar también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo). En el mes de diciembre de 2000 la Organización de Naciones Unidas aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>21</sup>. Con el propósito de “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (art. 1), esta Convención contiene disposiciones relativas al lavado de activos. En concreto, los artículos 6 y 7 se refieren, respectivamente, a la “penalización del blanqueo del producto del delito” y a las “medidas para combatir el blanqueo de dinero”.

También en el seno de las Naciones Unidas se negoció la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción (conocida como Convención de Mérida), que fue abierta a la firma en dicha ciudad mejicana el 9 de diciembre de 2003. El artículo 23 de este precepto contiene el delito de blanqueo del producto del delito, inspirado en gran medida en el Convenio de Viena de 1988. Impone la obligación de tipificar penalmente el delito de lavado, con una advertencia a que cada Estado ha de velar para que el marco de delitos previos sea lo más amplio posible.

Por último, es de destacar que en el marco de las Naciones Unidas, y en concreto en el ámbito de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, se ha creado el Programa Mundial contra

19 Cfr. El documento Proyecto de resolución. Modificaciones al Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos (Aprobado por la Comisión General en su sesión del 22 de mayo de 2006).

20 BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 165 ss.

21 Para ello se celebró una Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos, en Palermo (Italia), del 12 al 15 de diciembre de 2000.

el Lavado de Dinero (GPML, en sus siglas en inglés), que es el instrumento más importante del que dispone esta organización internacional en esta materia. Mediante este Programa Mundial las Naciones Unidas ayuda a sus Estados miembros a introducir legislación contra el lavado de activos y a desarrollar y mantener los mecanismos que hacen frente a este fenómeno delictivo<sup>22</sup>. Entre otras cosas, elabora legislaciones modelo para servir de orientación a los países que pretendan implementar leyes contra el lavado. Destacan sobremanera en este ámbito dos legislaciones modelo:

- a) La Ley Modelo en Lavado de Dinero y Financiamiento de Terrorismo (2005);
- b) Las disposiciones modelo para sistemas jurídicos del Common Law sobre lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, medidas preventivas y productos del delito a Ley Modelo sobre el blanqueo de dinero y los productos del delito (Model Provisions for Common Law Legal Systems on Money-Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and the Proceeds of Crime) (2009), elaboradas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en colaboración con la Commonwealth Secretariat y el Fondo Monetario Internacional (FMI) International Monetary Fund (IMF).

La diferencia entre ambas radica fundamentalmente en los países a los que van dirigidas. Y es que la segunda se refiere a los países cuyos sistemas jurídicos se basan en la tradición del common law. Su objetivo es facilitar la elaboración de disposiciones legislativas por parte de los países que deseen crear una legislación contra el lavado de activos, o modernizar la ya existente. En todo caso, como su propio nombre indica, es una norma modelo que carece de fuerza vinculante.

### III. Los comportamientos descritos en los instrumentos internacionales

El análisis de la normativa internacional permite hacer una primera clasificación de las conductas constitutivas de lavado de activos: en primer lugar, las realizadas con la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se produzca tal ocultación o encubrimiento; en segundo lugar, las conductas constitutivas de ocultación o encubrimiento de bienes de origen delictivo; finalmente, comportamientos realizados sobre los bienes de origen delictivo sin ninguna intención específica.

a) Las primeras, esto es, las dirigidas a ocultar o encubrir el origen de los bienes, se encuentran recogidas en el artículo 3 b) i) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE, en el artículo 6.1. a) del Convenio del Consejo de Europa y en el art. 6.1.a) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Los términos empleados para describirlas se refieren a la **“conversión”** y a la **“transferencia”** de los bienes de origen delictivo, para ocultar o encubrir su procedencia. De todas las conductas tendentes a la ocultación o encubrimiento, solamente las que consistan en la conversión o transferencia de los bienes son constitutivas de lavado. También lo es la participación en la conversión o transferencia de los bienes<sup>23</sup>.

b) Las segundas, recogidas en el artículo 3 b) ii) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE, en el artículo 6 1. b) del Convenio del Consejo de Europa, en el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA, y en el art. 6.1.1.ii) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, se refieren a la **ocultación o encubrimiento** (simulación dice con mejor criterio la convención contra la delincuencia organizada transnacional y disimule dice el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA)<sup>24</sup> de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de

22 Además el GPML coordina el International Money Laundering Information Network (ImoLIN) en nombre de las Naciones Unidas, el GAFI, Interpol, el Consejo de Europa, la Secretaría de la Commonwealth y el Grupo Asia/Pacífico sobre el blanqueo de dinero.

23 Artículo 3 1. c) iv) del Convenio de Viena; artículo 1 Directiva CE; artículo 6 1. d) del Convenio del Consejo de Europa.

24 Esta es nuestra opinión la mejor expresión, y evita confusiones con el delito de encubrimiento. Ampliamente sobre esto ABEL SOUTO, Miguel, El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español, Barcelona, 2005, pgs. 158/9.

bienes, o derechos relativos a tales bienes origen delictivo. Todas las acciones que produzcan la ocultación o el encubrimiento de bienes de procedencia delictiva o de derechos sobre los mismos, son constitutivas de lavado de activos. También lo es la participación en tales actividades<sup>25</sup>.

c) Por último, aluden los instrumentos internacionales al definir el lavado de activos a **otra serie de conductas**: la “adquisición”, la “posesión” y la “utilización”<sup>26</sup>, así como la “tenencia” y la “administración”<sup>27</sup> de los bienes de procedencia ilícita. Por su parte, el Reglamento Modelo de la OEA castiga las ya aludidas conductas de “conversión”, “transferencia” o “transporte” de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se encuentren movidas por la intención de ocultar o encubrir su procedencia. Es importante destacar que estos comportamientos en los Convenios de Naciones Unidas (y también en el Convenio de Estrasburgo y Viena) se castigan a reserva de los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado (art. 3.1.c) del Convenio de Viena).

De lo descrito se desprende que los legisladores internacionales pretenden evitar que quede alguna laguna en la punibilidad de las conductas de lavado de activos. Se trata de una descripción que incorpora **fórmulas omnicomprendivas**, de gran casuismo<sup>28</sup>, que dan cabida prácticamente a todo comportamiento que suponga un contacto con bienes de origen delictivo.

## 1. Conductas realizadas con la intención de ocultar o encubrir. La conversión y la transferencia

### 1.1 La conversión de bienes procedentes de un delito grave

Uno de los términos empleados en los instrumentos internacionales es el de “**conversión**”. Las conductas consistentes en la conversión de bienes procedentes de un delito, con intención de ocultar o encubrir su origen, son constitutivas de lavado de activos. De lo que se trata ahora es de determinar su contenido, esto es, en qué ha de consistir la conversión de los bienes procedentes de un delito, y su alcance, es decir, la delimitación del ámbito de prohibición mediante el recurso a las modalidades de conversión.

Un criterio de interpretación puede provenir del **Convenio de Viena** y de los proyectos que le precedieron. El “Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” elaborado por el Secretario General, al definir “blanqueo” en el art. 1.j) se refería a la “conversión del producto por transmisión electrónica”. Posteriormente, otro proyecto incluía la conversión junto con las conductas de ocultación y encubrimiento. Finalmente el texto definitivo sanciona la conversión y la transferencia en el mismo artículo (art. 3.1.b).i)).

El primer nivel de **interpretación** al que podemos acceder es el gramatical. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua dice que el término conversión consiste en la “acción y efecto de convertir o convertirse”, así como en la “mutación de una cosa en otra”. El término “convertir” se define como “mudar o volver una cosa en otra”. Hemos de partir de esta interpretación, así como de la interpretación funcional, determinada por el fin de luchar contra el lavado de activos procedentes de un delito, para fijar el contenido del término que nos ocupa. Un contenido que debe adecuarse al objetivo que se persigue de lucha contra el lavado de activos, pero que no puede sobrepasar lo que es su sentido gramatical, desvirtuándolo o dejándolo sin sentido. De la interpretación gramatical podemos deducir una característica (en nuestra opinión la esencial) consistente en que

25 Artículo 3 1. c) iv) del Convenio de Viena; artículo 1 Directiva CE; artículo 6 1. d) del Convenio del Consejo de Europa.

26 Artículo 3 1. c) i) del Convenio de Viena; artículo 1 de la Directiva CE; artículo 6.1. c) de la Convención del Consejo de Europa.

27 Art. 2.2 Reglamento Modelo OEA.

28 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, “La criminalización internacional del lavado de dinero: sus desarrollos regionales y nacionales”, evidencia el excesivo casuismo de estas descripciones. Con todo, como acertadamente afirma, estas características son las que han inspirado la descripción de los convenios internacionales en materia de tráfico de drogas.

los comportamientos conversores han de recaer directamente sobre el bien procedente de un delito. De ahí el carácter esencial de establecer una relación entre el objeto material del delito y la acción típica que ha de recaer sobre el mismo. Ello se aprecia fundamentalmente en este delito donde el objeto material despliega una gran influencia sobre el contenido de la acción típica, y más concretamente sobre el comportamiento de conversión.

El elemento fundamental que delimita el contenido de las conductas de conversión viene dado, por tanto, por el hecho de que han de **recaer directamente sobre el objeto material**. Ello hay que entenderlo en el sentido de que una vez que se realiza la conducta de conversión, el resultado, esto es, el bien convertido o transformado ha de tener como base el bien originario. Caben conductas de mutación de los bienes, ya sea mediante la adición de nuevos elementos, ya mediante su supresión, o su transformación sin necesidad de segregar ni incluir nada. La transformación puede producirse mediante la adición de otras cosas a las originarias, de manera que como resultado se obtiene otra totalmente diferente. Junto a la adición, puede producirse también la supresión de elementos de la cosa procedente de un delito, de la que resulte otra totalmente distinta. Por último, quedará abarcada por el ámbito de aplicación del tipo de conversión la modificación de las cosas. Para asegurar la efectividad del tipo penal, parece necesario admitir que todas estas acciones puedan ser realizadas ya mediante el trabajo propio del blanqueador, ya mediante el trabajo ajeno, siempre y cuando haya sido ordenado por el blanqueador. De lo contrario se originaría una laguna de punibilidad al quedar impune el blanqueador que ordena a un tercero, que no conoce el origen de los bienes, llevar a cabo tal transformación, al no ser él mismo quien la lleva a cabo<sup>29</sup>. En cualquier caso, es indiferente que la mutación sea reversible (transformación de dinero en cualquier título al portador) o no (transformación de una joya con importante valor histórico en oro)<sup>30</sup>.

El **límite inferior** de la tipicidad viene dado por la descripción de la siguiente conducta típica: la transferencia. Cuando los bienes resultantes de una acción de transferencia de los que proceden de un delito son otros totalmente diferentes no basados en los originarios, estaremos ante otra conducta también típica no subsumible en el tipo de conversión. La doctrina considera que la acción típica de “convertir” hace referencia a un “proceso de sustitución”<sup>31</sup> característico del lavado de activos que normalmente se realiza mediante diversas operaciones financieras o de otro tipo. Según esta interpretación, quedarían abarcados los supuestos en que los bienes procedentes de un delito grave son transmitidos a título oneroso, de manera que el bien originario es sustituido por otro en el patrimonio del blanqueador. Sin embargo, en nuestra opinión, parece preferible considerar estos supuestos como transferencia de bienes, mientras que la conversión quedaría reservada exclusivamente a los supuestos de transformación. En la práctica esta cuestión no tiene mucha relevancia, pues ambos son comportamientos subsumibles en la amplísima descripción típica del Convenio de Viena. Por eso, discutir si quien transmite a título oneroso (si fuese a título gratuito estaríamos indudablemente ante una transferencia) un bien procedente de un delito convierte o transfiere<sup>32</sup> no tiene mucho sentido. La conversión del bien de origen delictivo no necesariamente ha de ser por otro de naturaleza distinta<sup>33</sup>, sino que también comprende supuestos en los que se convierte en otro de la misma naturaleza<sup>34</sup>.

29 También cabría admitir que existe autoría mediata con instrumento que actúa sin dolo.

30 Cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 226; MORENO CANOVES, Antonio/ RUIZ MARCO, Francisco, Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal, Castellón, 1996, pg. 388.

31 GOMEZ INIESTA, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 151. ROMERAL MORALEDA/GARCIA BLAZQUEZ, Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico-forenses, Granada, 1993, pg. 216, opinan que convertir es “cambiar, transformar o permutar una cosa”, de manera que la conversión consiste en “el cambio del bien obtenido de la comisión del delito por otros de naturaleza distinta...”

32 Como hace PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 429/430.

33 Entienden que sí que ha de ser por otro bien de naturaleza distinta ROMERAL MORALEDA/GARCIA BLAZQUEZ, Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses, cit, pg. 216.

34 Cfr. ABEL SOUTO, El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español, cit., pgs. 111 ss, hace un completo estudio de esta conducta, distinguiendo entre conversiones materiales e inmateriales.

En cualquier caso, la referencia a la acción típica de “convertir” ha sido calificada por algún autor como “muy acertada”<sup>35</sup> desde las posturas que interpretan tal término en el sentido de “proceso de sustitución”. En nuestra opinión, y estimando que hace referencia a la transformación<sup>36</sup> de los bienes, también es una **medida positiva**, pues es un ejemplo de acciones características del lavado de bienes de origen delictivo que permite una interpretación adecuada de las posteriores conductas consistentes en la realización de cualquier acto sobre los bienes.

## 1.2 La transferencia

Otro de los términos que emplean los instrumentos internacionales para describir la acción típica es el de “transferir” bienes con la intención de ocultar o encubrir su origen.

Una **interpretación gramatical** del término “transferencia” lleva a algún autor a considerar que “transferir” consiste en llevar una cosa de un lugar a otro, transmitir o traspasar<sup>37</sup>. Por tanto, esta transferencia se produce no sólo con el cambio de ubicación de un bien, sino también cuando se transfiere el bien a terceros<sup>38</sup>.

Para la realización del injusto es necesaria la transferencia efectiva de los bienes procedentes de un delito. Cuando se transfiere un bien, se está haciendo referencia a la **transmisión de los derechos** sobre el mismo. Desde el punto de vista civil se entiende que la transmisión supone traspasar o transferir un derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad<sup>39</sup>. La transmisión en Derecho civil presupone la condición de enajenable del bien o derecho. Tanto un hecho jurídico (la muerte del causante) como un acto voluntario (la compraventa) pueden ser causas de la transmisión. Con carácter próximo a la transmisión por acto voluntario, pero no coincidente, se menciona la enajenación, que se entiende de dos maneras: en un sentido amplio, equivalente al desprendimiento voluntario de un derecho por su titular (incluidos supuestos en que no se produce un traslado del mismo a otro sujeto, como la renuncia al derecho); y en un sentido estricto, relativo a la transferencia de un derecho por acto inter vivos<sup>40</sup>.

El problema reside en determinar si optamos por el concepto civil de transferencia, o si, por el contrario, la transferencia tiene un significado autónomo en el Derecho Penal. Si desde un punto de vista teleológico se pretende restringir la circulación en el tráfico económico de los bienes contaminados, parece más correcto acoger el concepto civil. De esta manera, el tipo abarcaría el **traspaso de los derechos** que recaigan sobre los bienes procedentes de un delito. De adoptar un concepto diferente, que admita algún tipo de traspaso por cualquier título, podría ser una vía de escape para los blanqueadores, quienes tratarían por todos los medios de dirigir sus negocios traslativos hacia tales excepciones.

La conducta de transferencia de bienes procedentes de un delito puede realizarse tanto a título oneroso como gratuito. También, en principio, quedan abarcadas las transmisiones inter vivos y mortis causa. Estas últimas, sin embargo, presentarían problemas en orden a la sanción del autor, sobre todo si la causa de la transmisión es su muerte, dado que ella extingue la responsabilidad penal, no susceptible de transmisión a los sujetos receptores de los bienes, por el principio de personalidad de las penas<sup>41</sup>.

35 Cfr. GOMEZ INIESTA, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 151.

36 En el mismo sentido ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 225.

37 ROMERAL MORALEDA/GARCIA BLAZQUEZ, Tráfico y consumo de drogas, cit., pg. 216.

38 *Ibidem*. Indican estos autores que la transferencia se produce tanto en los casos en los que los bienes se transmiten, como cuando se trasladan de lugar.

39 Cfr. la interpretación que se realiza en Derecho civil en BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 459 ss.

40 *Ibidem*.

41 Sin embargo, podrían ser sancionados estos sujetos mediante el comportamiento de adquisición, de ser punible, siempre y cuando al adquirir tales bienes conozcan su origen delictivo.

Finalmente, van a quedar abarcadas las **transferencias electrónicas** de dinero de unas cuentas bancarias a otras, incluidas las de carácter internacional, uno de los retos más importantes en la lucha contra el lavado de activos. La experiencia pone de manifiesto la utilización masiva de las transferencias bancarias como método para blanquear fundamentalmente dinero<sup>42</sup>. Esta interpretación se adecua así a los proyectos del Convenio de Viena, como por ejemplo el “Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” elaborado por el Secretario General, que al definir “blanqueo” en su art. 1.j) se refería expresamente a la conducta de “movimiento del producto por transmisión electrónica”. Matiza, con todo, esta cuestión Palma Herrera, al entender que en el caso de las transferencias electrónicas se debe producir una salida de los capitales del señorío de quien las realiza, debe producirse un traslado dominical<sup>43</sup>. Es cierto que de no tener lugar tal traslado se produciría exclusivamente un desplazamiento de los bienes, que poco tendría que ver con el lavado de activos. Ahora bien, una interpretación sistemática del tipo del lavado de activos permite comprender también estos supuestos. Imaginemos que el blanqueador hace una transferencia de varios millones a una cuenta que tiene en un banco ubicado en un paraíso fiscal, con el objetivo de ocultar el origen del dinero. ¿Está haciendo una transferencia para ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes? La respuesta ha de ser afirmativa. La interpretación de este autor puede dar lugar a lagunas que van a ser utilizadas de forma muy fructífera por los blanqueadores. Sería entonces muy fácil alegar por quien se dedica al lavado de activos y que dispone de los bienes de origen delictivo, que no comete delito cuando transmite el dinero a una cuenta propia en un paraíso fiscal con la finalidad de reciclarlo.

En **resumen**, la conducta de “transferencia” se define, de acuerdo con el concepto civil de “transmisión”, como traspaso de los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave<sup>44</sup>.

## 2. La ocultación o encubrimiento

Los verbos que describen las conductas típicas nucleares de los instrumentos internacionales son “ocultar” y “encubrir”. Así se recogen las conductas descritas en el artículo 3. 1. b) ii) del Convenio de Viena, en el artículo 1 de la Directiva CE y en el art. 2 del Reglamento Modelo.

En cuanto a la **naturaleza jurídica** de estos tipos penales, son supuestos muy cercanos al favorecimiento o encubrimiento real<sup>45</sup>, pues con tales conductas se está ayudando al delincuente a aprovecharse de los productos de sus delitos, e impidiendo el descubrimiento de tales productos ilícitos. No se trata, por tanto, de un supuesto de receptación, porque no se requiere la intención de obtener una ventaja o beneficio económicos por parte del sujeto activo, aunque tampoco la excluye. Pero el hecho de que el tipo no lo exija, da cabida tanto a los supuestos en que tenga lugar el aprovechamiento, como a supuestos en que no<sup>46</sup>.

La doctrina trata de buscar algún **criterio de delimitación** entre las conductas dirigidas a la ocultación o encubrimiento, y éstas, consistentes precisamente en la ocultación o encubrimiento. Por eso algunos autores entienden que las primeras constituyen el tipo básico, mientras que las segundas tratan de castigar el lavado de los bienes que ya han sufrido una primera transformación, que es la castigada por las primeras. En este sentido, algunos autores se refieren a esta modalidad delictiva como “doble enmascaramiento”, pues se trata de la ocultación de bienes que previamente han

42 ROMERAL MORALEDA/GARCIA BLAZQUEZ, Tráfico y consumo de drogas, cit., pgs. 216/7, se refieren al empleo de entidades financieras por los blanqueadores para realizar movimientos de capitales del país donde han sido obtenidos a otros donde se invierten en negocios lícitos.

43 Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 427 ss.

44 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 459 ss.

45 En Alemania, tanto los materiales explicativos de la ley como la doctrina consideran que el supuesto del § 261 apartado I (referido también a la ocultación y al encubrimiento) constituye un “tipo de encubrimiento” (Verschleierungstatbestand). Cfr. BARTON, „Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?“, NSTZ, Heft 4, 1993, pgs. 159 ss, pg. 159, cita para ello el BR-Dr 507/92, pg. 23.

46 En el mismo sentido VIVES ANTON, T. S./GONZALEZ CUSSAC, J. L., Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen II, (Art. 234 a Disposiciones Finales), Valencia, 1996, pg. 1465, citando a la doctora Vidales Rodríguez.

sido enmascarados mediante las conductas dirigidas a la ocultación o encubrimiento<sup>47</sup>. Por contra, otros entienden que las segundas constituyen el tipo básico del delito de lavado<sup>48</sup>.

Además, se entiende que estamos en presencia de un **delito de resultado**<sup>49</sup>. Por tanto, el encubrimiento de los bienes se considera un resultado, pues su consecución constituye un resultado unido mediante una relación de causalidad a cualquier acción dirigida a ello. Sin embargo, otros autores califican tales delitos como de mera actividad, “desvinculados del eventual resultado delictivo que pueda verse favorecido por la actividad del blanqueo”<sup>50</sup>. En este sentido, algún autor<sup>51</sup> entiende que el delito de lavado es un delito de peligro abstracto para el bien jurídico (la lealtad competitiva a su juicio), siendo muy difícil entender que es un delito de resultado porque éste es un “proceso siempre perfectible”, sin que sea posible afirmar con rotundidad que un bien ha sido definitivamente blanqueado.

Más problemática es la consideración de la **ocultación como resultado** separable espacio-temporalmente de otras conductas<sup>52</sup>. Normalmente, cuando se alude a la ocultación de bienes parece hacerse referencia a una acción dirigida a la consecución de un resultado, y no tanto un resultado como tal<sup>53</sup>. Por eso, podría pensarse que se está haciendo referencia a una mera actividad, y no tanto a un resultado. Incluso que constituye una actividad para la consecución del encubrimiento como resultado. Sin embargo, esto choca con la letra de los convenios internacionales que emplean la conjunción “o” entre ocultar y encubrir, de manera que puede consumarse el delito sólo con la ocultación sin necesidad de que produzca como resultado el encubrimiento. Entendemos que la ocultación hace referencia tanto al comportamiento como al resultado de tal comportamiento<sup>54</sup>.

## 2.1 La ocultación

Define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el vocablo “ocultar” como “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista” y también como “callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad”<sup>55</sup>.

Son diversas las definiciones que se han aportado desde la doctrina penal española en referencia a la ocultación. Rodríguez Mourullo considera que consiste en una “acción que tiende a evitar que

47 Cfr. MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos, Zaragoza, 1996, pg. 395; GONZALEZ RUS, J.J, Curso de Derecho Penal español, Parte Especial, I, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1996, pg. 855; SUAREZ GONZALEZ, Carlos J., en Comentarios al Código Penal, Rodríguez Mourullo (director), Jorge Barreiro (coordinador), Madrid, 1998, pg. 865; VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios al Código penal de 1995, T. II, cit., pg. 1466; ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, La prevención del blanqueo de capitales, cit., pg. 279; VIDALES RODRIGUEZ, C., Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995, Valencia, 1997, pgs. 106/7, entiende que este precepto trata de incriminar la segunda fase del blanqueo de capitales, mientras que la primera resultaría sancionada mediante los comportamientos dirigidos a la ocultación o encubrimiento. Este posicionamiento de esta última autora ha sido criticado por ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 238, pues si esta autora entiende que el blanqueo está integrado por tres fases, no dice qué pasa con la tercera. Además, señala este autor que estando castigado el blanqueo en cadena no parece necesario que el legislador tipifique posteriores operaciones de blanqueo realizadas tras la primera de ellas, y más si no va a alterar la pena.

48 Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., “Receptación y figuras afines”, en Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pgs. 417 ss. pg. 440.

49 Cfr. FABIAN CAPARROS, E. A., “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 (ADPCP), 1993, pgs 585 ss, pg. 607, respecto del CP español derogado.

50 SUAREZ GONZALEZ, C. J., “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, en Cuadernos de Política Criminal (CPC), 1996, pgs. 125 ss, pg. 153.

51 Cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 251.

52 Esta es la opinión de PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 463 s., dice que se trata de un delito de resultado.

53 Puede también ser interpretado como un resultado para conseguir otro resultado.

54 Se trataría, por tanto, de un delito que da cabida también al resultado de encubrimiento. Por eso, entendemos que no interpreta correctamente nuestras palabras PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 464, nota 162, y pg. 467, nota 169, al indicar que opinamos que se trata de un delito de mera actividad. De ser así, evidentemente, no podríamos entender que la ocultación por omisión constituye un delito de comisión por omisión, al no existir resultado.

55 Estas definiciones son también acogidas por RODRIGUEZ MOURULLO, G., en Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo/Casabó Ruiz/del Toro Marzal, Comentarios al Código Penal, Tomo I (Artículos 1-22), Barcelona, 1972, pg. 926; también ABEL SOUTO, El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español, cit., pg. 156 se refiere a las acepciones del Diccionario de la Academia.

algo sea conocido”<sup>56</sup>. Conde-Pumpido indica que la ocultación ha de entenderse no sólo como “acto de tapar o encubrir un hecho, objeto o persona, sino cualquier otro tendente a hacer desaparecer de la escena jurídica los elementos sobre los que el encubrimiento recae”<sup>57</sup>. Gómez Pavón, en relación con la ocultación como conducta activa, la define de manera negativa como “cualquier acción tendente a conseguir el no descubrimiento del hecho anteriormente perpetrado”<sup>58</sup>.

Entendemos que la **ocultación** consiste en acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como en callar lo que se conoce, para evitar el conocimiento por terceros, de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes procedentes de un delito o la propiedad de los mismos. Se podría interpretar que no se refiere a la ocultación de los bienes como tales, esto es, del sustrato material del bien, sino solamente de determinadas circunstancias relativas a los mismos, que expresamente se recogen en el texto legal, como son la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. No se recogen, por tanto, los casos en que los bienes procedentes de un delito grave son materialmente escondidos. De esta manera, se excluye que el enterramiento de los bienes de origen delictivo pueda dar lugar al delito de lavado de activos<sup>59</sup>. No consideramos que sea ésta una interpretación acorde con la finalidad de la norma que pretende sancionar las conductas de ocultación, tanto de bienes como de derechos, que procedan de un delito grave. Ha de ser punible, por tanto, la ocultación de los bienes de origen delictivo, pues es un comportamiento subsumible directamente en un tipo penal. Quien esconde el bien, oculta, por ejemplo, su destino.

La doctrina admite que la ocultación puede realizarse bien mediante una conducta activa -esconder, disfrazar o tapar-<sup>60</sup>, o mediante una conducta pasiva -callar lo que se conoce-<sup>61</sup>. Las activas abarcan conductas de carácter manipulador o clandestino, realizadas en el tráfico económico<sup>62</sup>. La **conducta omisiva** consiste en callar lo que se puede o debe decir<sup>63</sup>. Es discutible si cabe admitir la sanción de las conductas omisivas de ocultación. Gómez Pavón las considera de dudosa admisibilidad<sup>64</sup>. Sin embargo, Rodríguez Mourullo opina que, para que la ocultación omisiva resulte penalmente relevante, ha de existir un específico deber jurídico de obrar, esto es, de sacar a la luz lo que se conoce<sup>65</sup>. Por tanto, cuando la acción que se omite sea adecuada en un juicio ex ante para impedir un resultado lesivo, serán admisibles conductas ocultadoras omisivas. Para ello será necesario un previo deber jurídico que imponga una obligación de actuar que, en virtud de un juicio ex ante, resulte objetivamente adecuada o necesaria para evitar el resultado lesivo<sup>66</sup>. Cuerda Arnau señala que esta interpretación restringe el tenor literal de la Ley, pues desde el punto de vista gramatical, “ocultar omitiendo” no es sólo callar advertidamente lo que se debe decir, sino también lo que se puede decir y no se dice<sup>67</sup>.

56 *Ibidem*; en el mismo sentido, CUERDA ARNAU, Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen II, (Art. 234 a Disposiciones Finales), Valencia, 1996, pg. 1902.

57 CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación. (Ley de 9 de mayo de 1950), Barcelona, 1955, pgs. 17/8. También define la ocultación en el ámbito del favorecimiento real como “cualquier acto que tienda a evitar el conocimiento por terceros de los objetos sobre los que la acción recaiga”; *ibidem*, pg. 229, de manera que ha de entenderse por ocultación “no sólo el hecho de esconder o hacer desaparecer de la vista el objeto encubierto o silenciar la comisión del delito, sino también cualquier acción que enmascare o desvirtúe aquellos objetos o altere las circunstancias de su normal presentación, y hasta la creación de falsos indicios, con el fin de llevar a los investigadores a un conocimiento erróneo de los hechos”; *ibidem*, pg. 230.

58 GÓMEZ PAVÓN, El encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código Penal, Madrid, 1988, pg. 84, considera que esto se puede realizar “tanto actuando directamente sobre el cuerpo, efectos o instrumentos del delito, escondiéndolo, como disfrazando la verdad, alterándola”. En el mismo sentido MARTÍNEZ ARRIETA, “El encubrimiento”, en Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria, Madrid, 1994, pgs. 9 ss, pg. 57.

59 Como parecen admitir algunos autores extranjeros, cfr. bibliografía en BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 514 ss. Ello a no ser que se considere que se oculta la ubicación.

60 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, T. I, cit., pg. 926; CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación, cit., pg. 229.

61 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, T. I, cit., pg. 926; CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación, cit., pg. 229/230; CUERDA ARNAU, Comentarios al Código Penal de 1995, T. II, cit., pg. 1902.

62 Así BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 514 ss.

63 GÓMEZ PAVÓN, encubrimiento, cit., pg. 85. Excluye el carácter de omisivo de las conductas de alteración de lo que se conoce, puesto que consistiría en un hacer, en un falsear lo que se sabe para impedir el descubrimiento del hecho.

64 *Ibidem*, pg. 85, en referencia al Derecho español. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ARRIETA, “encubrimiento”, cit., pg. 57, excluye la posibilidad de la omisión.

65 Cfr. CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación, cit., pgs. 229/230; RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, T. I, cit., pg. 927.

66 GÓMEZ PAVÓN, encubrimiento, cit., pgs. 85/6.

67 CUERDA ARNAU, Comentarios al Código Penal de 1995, T. II, cit., pg. 1902.

En el caso del lavado de activos, la presencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los supuestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídicas de hechos u operaciones sospechosas. Existen **deberes jurídicos de comunicar**, esto es, de no callar información relativa a hechos u operaciones sospechosas de lavado de activos, que recaen sobre personas físicas. Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos. Esta es una interpretación adecuada, pues si la ley exige la comunicación de las operaciones sospechosas, con más razón deben comunicarse a la autoridad las operaciones de las que se tiene constancia de que son constitutivas de lavado de activos, porque sólo se pueden sancionar las conductas de ocultación cuando se conoce la procedencia de los bienes<sup>68</sup>.

## 2.2 El encubrimiento o disimulación

Define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término “encubrir” como “ocultar una cosa o no manifestarla”, “impedir que llegue a saberse una cosa”. Estas definiciones, sin embargo, no son muy clarificadoras sobre el significado jurídico-penal del término “encubrimiento”. El Convenio de Viena pretende sancionar la ocultación del origen delictivo de los bienes y derechos. Sin embargo, en nuestra opinión, la utilización que hace el Convenio de Viena del término encubrimiento ha de entenderse como **sinónimo de ocultación**. Así lo han entendido algunos países, como por ejemplo Portugal, que al incorporar la normativa internacional a su ordenamiento jurídico parece percibir el problema que puede surgir de trasponer textualmente aquélla, y en lugar de hacer referencia al encubrimiento, término técnico en el ordenamiento penal alusivo a una concreta modalidad delictiva, prefiere optar por el verbo típico “disimular”. En la misma línea, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y la Convención de Mérida sobre la corrupción aluden a la disimulación, para evitar confundir el término encubrimiento con el delito de encubrimiento propio de nuestros sistemas jurídicos. Y también el art. 2.3 del Reglamento Modelo de la OEA. Este término es sinónimo del encubrimiento, y alude al enmascaramiento, desfiguración, etc. en este caso del origen delictivo de los bienes.

Entiende la doctrina mayoritaria que los términos ocultar o encubrir son sinónimos<sup>69</sup>, y así se utilizan por los textos internacionales, por lo que se podría haber omitido una de las dos palabras<sup>70</sup>.

## 3. Conductas realizadas sin intención de ocultar o encubrir

### 3.1 La adquisición de bienes

El art. 3.1.c).i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de adquisición de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del su ordenamiento jurídico. De forma prácticamente idéntica se refiere el art. 6.1.b).1) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Y en el mismo sentido el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa. Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere también a la adquisición como comportamiento constitutivo de un delito de lavado.

68 Sobre esta cuestión cfr. ampliamente nuestra obra BLANCO CORDERO, 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), Granada, 1999, pgs. 115 ss.; también PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 465 ss.

69 ABEL SOUTO, El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español, cit., pgs. 156 ss., si bien entiende que la definición textil apunta a la sinonimia entre ocultación y encubrimiento, el principio de vigencia le obliga a distinguir ambos términos. Recurriendo a los instrumentos internacionales en la materia concluye que a diferencia de la ocultación, el encubrimiento “se reservaría para los casos en los que se da a los bienes o a sus características una apariencia distinta, en los cuales se simula o finge que se trata de otros objetos o que las manifestaciones externas de los bienes, por las que devienen susceptibles de identificación, resultan diversas de las reales”

70 ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, pg. 232.

La “**adquisición**” es un término de contenido complejo, por razón de su propia amplitud, pues se puede aplicar a diferentes situaciones jurídicas en diversos campos del Derecho<sup>71</sup>. Así, por ejemplo, en el ámbito civil se hace referencia a la adquisición en el marco de la dinámica de los derechos subjetivos. La cuestión es cuál es el sentido que se ha de atribuir al mencionado término en el ordenamiento jurídico-penal.

Un primer paso es el recurso a la **interpretación gramatical**. El Diccionario de la Lengua Española define “adquisición” como “acción de adquirir”, y, a su vez, define “adquirir” como “comprar” o “hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”. Desde el punto de vista del lenguaje usual se tiende a identificar “adquisición” con “compra”<sup>72</sup>, tal y como se deriva del primero de los significados señalados por el diccionario de la lengua española.

El segundo de los significados aportado por el Diccionario de la Lengua Española se corresponde en gran medida con la definición civil del término “adquisición”, entendida como el fenómeno jurídico que consiste en el ingreso de un derecho en la esfera jurídica de una persona, esto es, “como incremento que experimenta el patrimonio de una persona a consecuencia de un determinado hecho o relación de Derecho”<sup>73</sup>. Desde esta perspectiva, el incremento patrimonial se refiere tanto a un aumento del activo, como a una disminución del pasivo del patrimonio<sup>74</sup>.

La adquisición puede hacerse de tres **formas**: con la voluntad de aquel que adquiere, sin su voluntad o contra su voluntad. Es posible adquirir sin la voluntad del adquirente<sup>75</sup>, e incluso existen supuestos en que la adquisición se opone a su voluntad<sup>76</sup>.

Ya en el **ámbito penal**, algún autor considera que la adquisición es “equivalente a la toma de posesión de un cierto objeto”<sup>77</sup>. Puede realizarse bien en virtud de una acción unilateral del sujeto -sustracción, descubrimiento seguido de ulterior apropiación-, bien en virtud de una conducta de éste concurrente con la de una persona distinta -adquisición a título oneroso o gratuito<sup>78</sup>. Por tanto, se equipara adquisición con ingreso en la esfera jurídica de una persona del derecho de posesión.

Respecto de los **instrumentos internacionales**, cuya finalidad es la lucha contra el lavado de activos de origen delictivo, entendemos que la adquisición consiste en el ingreso de los derechos sobre los bienes de origen delictivo. No va a ser necesario que se produzca un incremento patrimonial<sup>79</sup>, pues también existirá la adquisición de un bien cuando se paga por él un precio muy superior al real, produciéndose así una disminución del patrimonio<sup>80</sup>. Ni siquiera va a ser necesario el ánimo de lucro<sup>81</sup>. Tampoco va a ser precisa una contraprestación para poder hablar de adquisición<sup>82</sup>.

71 RIERA AISA, voz “Adquisición”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo II, Barcelona, 1983, pgs. 408 ss, pg. 408, quien indica que no es una figura exclusiva del Derecho privado.

72 MARIA MOLINER, Diccionario de uso del español, A-G, Madrid, 1988, voz “adquirir”.

73 RIERA AISA, voz “Adquisición”, cit., pg. 408.

74 *Ibidem*. De esta manera -indica este autor- vulgarmente puede considerarse adquisición tanto la compra de un objeto, como la incorporación a nosotros de una obligación por medio de la cual adquirimos el deber de pago y la categoría de deudores.

75 Por ejemplo, la adquisición de la condición de hijo legítimo sin que juegue ningún papel la voluntad del adquirente. *Ibidem*.

76 Por ejemplo, las consecuencias que se derivan de una sentencia de condena, que pueden dar lugar a la adquisición de una obligación de hacer, de dar o de tolerar, en cuyo nacimiento, derivado del fallo judicial, se mostró la voluntad en contra. *Ibidem*, pgs. 408/9.

77 CORDOBA RODA, Comentarios al Código penal, Tomo III (Artículos 130-340 bis c), Barcelona, 1977, pgs. 732, 757.

78 *Ibidem*.

79 Que parece proponer DEL CARPIO DELGADO, J., El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código penal, Valencia, 1997, pg. 172.

80 Así PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 423.

81 Sí que exige el ánimo de lucro en la adquisición Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pg. 25.

82 Como proponen MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos, cit., pg. 387; SUAREZ GONZALEZ, Carlos J., en Comentarios al Código Penal, Rodríguez Mourullo (director), Jorge Barreiro (coordinador), Madrid, 1998, pg. 863; SUAREZ GONZALEZ, en BAJO FERNANDEZ, Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II, cit, pg. 566.

Discute la doctrina si se incluye o no el **derecho de posesión**. Opina un sector doctrinal que la simple posesión fáctica no debería quedar incluida en esta modalidad típica<sup>83</sup>. En este sentido, señala Palma Herrera que la adquisición lo será de la propiedad del bien o titularidad del derecho, sin que quepa la mera posesión del mismo. Esto, concluye, llevaría a la conclusión de que también el alquiler de un bien de procedencia delictiva significa su adquisición. No acabo de entender porqué razón esta conducta no es subsumible en esta modalidad delictiva, pues quien alquila el bien adquiere un derecho sobre él, y puede actuar con la finalidad de ocultar su ilícita procedencia<sup>84</sup>.

Entiendo que la inclusión o no de la posesión va a depender de si se encuentra o no expresamente castigada dicha conducta de posesión. De serlo así, no podrá reconducirse a esta conducta de adquisición. De lo contrario, podría quedar incluido en la adquisición el derecho de posesión<sup>85</sup>.

### 3.2 El transporte

Sólo el **Reglamento Modelo** de la CICAD alude en su art. 2.1 al transporte de bienes de origen delictivo como modalidad de lavado.

El término **transportar** alude al desplazamiento físico de los bienes de origen delictivo. Parece que con este comportamiento se trata de hacer frente a los supuestos de contrabando físico del dinero de un país a otro con el objetivo de lavarlos, un mecanismo muy habitual de ocultar los bienes de origen delictivo.

El problema va a residir en la **distinción** de este comportamiento del de transferencia. Y es que si se castigan penalmente ambos comportamientos, se ha de extraer de la definición de transferencia el comportamiento consistente en el transporte.

Ahora bien, ¿se puede decir que quien transporta el dinero realmente está cometiendo un delito de lavado? Considero que si se entiende el lavado de capitales como el proceso dirigido a dotar de la apariencia de legalidad a los bienes originados en comportamientos delictivos, el comportamiento de transporte queda en la periferia de dicha actividad. En efecto, comportamientos nucleares pueden ser el aprovechamiento o la transformación de los bienes con el objetivo de esconder su origen delictivo, pero el transporte debería considerarse como una mera forma de participación en lavado de activos.

### 3.3 La posesión y la tenencia

#### 3.3.1 Introducción

El art. 3.1.c.i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de posesión de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del su ordenamiento jurídico. De forma prácticamente idéntica se refiere el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa. También la reciente convención contra la delincuencia organizada transnacional somete el castigo de la posesión a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado. Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere también a la posesión como comportamiento constitutivo de un delito de lavado, junto con la tenencia, a la que no aluden los otros dos instrumentos.

83 Cfr. ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 225; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 422.

84 Con todo, esta discusión no tiene mucho sentido, salvo que se entienda que se castiga la mera adquisición a sabiendas del origen delictivo del bien, sin necesidad de que concurra ninguna finalidad adicional. En este caso sí que podría tener relevancia.

85 También MORENO CANOVES/ RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos, pg. 387, entienden que cabe la posesión, siempre que ésta comporte algún grado de disponibilidad sobre los bienes.

La posesión es una **institución jurídica** que procede del ordenamiento jurídico privado, para cuya interpretación en el ámbito penal surgen nuevamente cuestiones relativas a la delimitación de su contenido. Y es que existe una tendencia a identificar la tenencia y la posesión. Pero se ha de tener en cuenta que también es punible como lavado de activos en algunos instrumentos internacionales la conducta de tenencia. Es necesario proceder a una distinción entre ambas conductas y determinar el ámbito de prohibición que delimitan.

### 3.3.2 Identificación entre tenencia y posesión. Características de la tenencia

Una primera interpretación suele **identificar** los términos posesión y tenencia, equiparando así del contenido de ambos términos. Sin embargo, se han levantado voces discrepantes que tratan de diferenciarlos, porque las normas internacionales emplean estos términos de manera diversa.

En el ámbito del delito de tenencia de armas en el Derecho español, CORDOBA RODA indica que, en atención a la letra y al fin de la ley, la tenencia no sólo equivale a posesión, sino que se restringe tal posesión a “aquella detentación que resulte idónea para la utilización del arma según su función”<sup>86</sup>. Con tal interpretación, la tenencia abarca, por razones teleológicas<sup>87</sup>, un ámbito menor que la posesión y restringe su contenido en función del objeto sobre el que recae, de manera que surge aquí un primer criterio de distinción de ambos términos.

Normalmente algunos exigen la concurrencia en la tenencia de determinados requisitos que parecen más bien corresponder a la posesión. Entre ellos, el “animus possidendi” o “rem sibi habendi”, requerido normalmente en el ámbito civil, en el que la posesión civil ha de implicar además de la tenencia, la intención de haber la cosa o derecho como propios.

Además, se exige que la tenencia vaya acompañada de la **disponibilidad** del bien sobre el que recae, entendida no tanto como la situación que permite realizar actos de disposición jurídica (enajenación o creación de gravámenes), sino como la que hace posible la utilización del bien conforme a su función. De este requisito se deriva el carácter innecesario del contacto físico entre el tenedor y el bien sobre el que recae la tenencia, pues se admite la tenencia aun cuando los bienes sobre los que recae se encuentren escondidos u ocultos en un lugar conocido por el sujeto activo.

Otro de los requisitos es que transcurra un cierto lapso de **tiempo** para poder apreciar que existe tenencia.

### 3.3.3 Distinción entre tenencia y posesión

Por otra parte, en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, LUZON PEÑA<sup>88</sup> plantea una distinción entre “posesión” y “tenencia”, fundamentalmente basada en el requisito de la **disponibilidad**<sup>89</sup>. En su opinión la posesión exige disponibilidad real y actual. No se puede aceptar para la “posesión” que el sujeto tenga los bienes a su disposición (en este caso droga) en algún lugar, “en el sentido de que otros la tengan o la hayan puesto a su disposición”<sup>90</sup>. Ello supondría tener un mero poder de disposición sobre los bienes pero no su disponibilidad real y actual<sup>91</sup>.

86 Cfr. CORDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Tomo III, cit., pg. 624.

87 DIAZ-MAROTO, El delito de tenencia ilícita de armas de fuego, Madrid, 1987, pg. 73.

88 LUZON PEÑA, “Tentativa y posesión en el tráfico de drogas. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 15 de marzo de 1989”, en La Ley, 1989, pgs. 744 ss.

89 REY HUIDOBRO, “El delito de tráfico de drogas tóxicas”, en Comentarios a la legislación penal, tomo XII, Madrid, 1990, pgs. 33 ss., pg. 100, entiende la posesión, no en el sentido de que el sujeto activo tenga una inmediata relación de la cosa con el cuerpo (tenencia material), sino que considera suficiente con la disponibilidad de hecho del bien a través de la atracción del mismo al ámbito de la propia esfera de custodia, sin que sea necesaria la presencia del sujeto en el lugar donde se encuentra la cosa.

90 Cfr. LUZON PEÑA, “Tentativa y posesión en el tráfico de drogas”, cit., pg. 746.

91 *Ibidem*, pg. 747.

Admite la “posesión” sin tenencia material, siendo suficiente con la disposición de los bienes. Incluso político-criminalmente (en el caso del tráfico de drogas) se admite la posesión aunque no se haya producido la tenencia material del bien. Define la posesión, según esto, en un **sentido amplio**, que admite la posesión inmaterial o incluso simbólica; en concreto, como “tener el sujeto en su poder o disponible” el bien (en este caso la droga)<sup>92</sup>.

Ahora bien, plantea que el término “posesión” es más **restrictivo** que el de “tenencia”, en la medida en que la posesión requiere siempre la efectiva disponibilidad pero no la exige la tenencia. Textualmente señala que “puede haber posesión con disponibilidad sin tenencia material y también con tenencia material, pero acompañada de disponibilidad efectiva, mientras que podría considerarse que tenencia puede darse (...) con disponibilidad aun sin tenencia material, pero, a diferencia de la posesión, también ya con la tenencia material, aunque no haya disponibilidad”<sup>93</sup>. En este argumento residiría la distinción entre “tenencia” y “posesión”.

En nuestra opinión, es éste el criterio más claro a la hora de diferenciar ambos términos: la tenencia (material o no) no exige la disponibilidad del bien, aunque puede concurrir, mientras que la posesión requiere siempre que exista una disponibilidad real y efectiva. Por ello, en el ámbito del lavado de activos parece más correcto entender la posesión como la tenencia (material o no) de bienes procedentes de un delito, disponibles real y efectivamente. De esta manera se logra una interpretación del término “posesión” acorde con su significado gramatical que implica la tenencia<sup>94</sup>, y adecuado desde un punto de vista teleológico a la finalidad de luchar contra el lavado de activos sancionando a aquellas personas que tienen el poder de disposición sobre los bienes procedentes de un delito, siendo así que la titularidad de los mismos está a nombre de otros.

Por razón de la descripción típica que realiza el art. 3.1.c.i del Convenio de Viena es preciso que los bienes se hayan recibido<sup>95</sup>. Algún autor opina que no es necesaria la tenencia material de los bienes “basta con que el sujeto ... tenga el poder de disposición sobre tales objetos”<sup>96</sup>. Esta interpretación se acomoda a la intención del legislador del luchar contra el lavado sancionando cualquier conducta de posesión vaya acompañada de tenencia material o no.

### 3.4 La utilización

#### 3.4.1 Introducción

El art. 3.1.c.i) del Convenio de Viena se refiere a la conducta de utilización de bienes de origen delictivo, que los Estados han de sancionar a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del su ordenamiento jurídico. También la convención contra la delincuencia organizada transnacional se refiere a la utilización, pero nuevamente somete su sanción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte. Por su parte el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa se refiere al uso. El art. 2.2 del Reglamento Modelo de la CICAD se refiere a la utilización como comportamiento constitutivo de un delito de lavado, junto con la tenencia, a la que no aluden los otros dos instrumentos.

92 *Ibidem*, pgs. 747/8.

93 *Ibidem*, pgs. 748/9.

94 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la “posesión” se define como el “acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro”.

95 También el art. 6.1.b).i) de la convención contra la delincuencia organizada transnacional.

96 QUERALT JIMENEZ, “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*, nº 96, 8 abril 1993, pgs. 1 ss, pg. 3, poder de disposición que “permita auxiliar en la forma típica al autor del delito principal de tráfico de drogas o de precursores”.

La explicación del significado del término utilización es particularmente problemática y de gran trascendencia. La cuestión consiste en determinar la línea donde debe terminar la atipicidad de las acciones de utilización y comenzar la intervención penal, esto es, qué conductas de utilización de bienes procedentes de un delito reúnen la suficiente entidad para ser abarcadas por el delito de lavado de activos.

En cuanto al significado del término normativo “utilización”, existe una tendencia doctrinal a identificar los términos “utilización” y “uso”, ambos empleados en la legislación internacional<sup>97</sup>.

Por usar entiende la doctrina “hacer servir una cosa para un determinado objeto”<sup>98</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, a la vista de la diversidad terminológica, parece más correcto dotar de contenido propio y específico al término “utilización”.

Si optamos por una interpretación amplia, es decir, comprensiva de cualquier uso de un bien, va a ser posible imaginar infinitos grupos de casos susceptibles de ser abarcados por la utilización, siempre y cuando concurren todos los requisitos necesarios desde el punto de vista subjetivo. Así, entre otros imaginables, podemos hacer referencia a algunos:

Caso 1: Pedro, invitado por su amiga María a darse un baño en la piscina de sus padres, conoce que éstos se dedican al tráfico de drogas, y pese a ello acude y usa la piscina. Igualmente usa la cocina, la ducha, ve la televisión, etc...

Caso 2: Antonio, mientras pasea por la calle, es invitado por su amigo Juan a subir al coche para acercarle a su casa. Durante el trayecto, Juan le confiesa que se dedica al tráfico de drogas y que el coche en el que viajan lo ha adquirido con las ganancias procedentes del mismo. Pese a su conocimiento, Antonio continúa en el coche hasta ser dejado en la puerta de su casa.

Caso 3: Conductor de autobús de una compañía recién creada, sabe que los dueños se dedican al tráfico de drogas. Pese a ello, conduce el vehículo. Igualmente, Javier, que conoce los mismos hechos, compra un billete de autobús y utiliza el servicio.

Incluso parece posible abarcar todas aquellas conductas de utilización ilegítima de bienes procedentes de un delito. Por ejemplo, la sustracción de un bien por parte de un amigo del narcotraficante, a sabiendas de su origen delictivo, con el único propósito de utilizarlo durante un tiempo y posteriormente devolverlo.

### 3.4.2 Necesidad de restricción de la interpretación del término utilización

Podríamos continuar hasta el infinito en la descripción de casos. Sin embargo, surge la duda de si todos los casos aquí mencionados han de ser considerados típicos, o bien han de establecerse restricciones que limiten esta desmesurada ampliación. Esto es, se trata de determinar el límite inferior de la tipicidad en relación con el elemento normativo “utilización”, de tal forma que nos permita fijar si las conductas mencionadas y similares suponen la realización del delito de lavado. Ello fundamentalmente debido a la amplitud de la materia de prohibición, y a la ausencia de límites expresos en la normativa, salvo los relativos al tipo subjetivo. A la hora de **establecer límites**, parece necesario comenzar por indicar que han de ser atípicos los comportamientos de utilización de bienes procedentes de un delito que no menoscaben el bien jurídico protegido. Por eso, surge la necesidad de incluir criterios correctores en orden a delimitar la frontera entre tipicidad y

<sup>97</sup> Así respecto del delito de utilización ilegítima de vehículos de motor del Código penal español, ver DE VICENTE REMESAL, Javier, Utilización ilegítima de vehículos de motor, Pamplona, 1994, pg. 325, quien considera ambos términos como sinónimos.

<sup>98</sup> Cfr. CORDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, Tomo III, cit., pgs. 917, 967.

atipicidad en los supuestos de utilización de bienes procedentes de un delito. Tales mecanismos vienen dados por el recurso a los principios inspiradores del Derecho Penal, en virtud de los cuales va a ser posible excluir los supuestos que han de quedar al margen de toda intervención punitiva del Estado mediante el recurso a su instrumento más contundente.

Parece excesivo sancionar penalmente todas las conductas de utilización de bienes procedentes de un delito, pues se llegaría a tal **contaminación de bienes en la economía**, que no sería posible su uso desde el momento en que existiese una sospecha de su origen. No se podrían realizar negocios con personas sospechosas de cometer delitos de tráfico de drogas o que implicasen utilización de sus bienes.

Es claro que para hacer uso de un bien, en principio, es necesario que éste llegue al poder del sujeto o se encuentre ya en su poder, aunque las normas internacionales no son claras a la hora de determinar la forma en que ello se puede producir. Únicamente el Convenio de Viena hace referencia a que el sujeto debe haber recibido los bienes. Ambos datos nos inclinan a considerar que es necesaria la **disponibilidad previa** del bien. Es preciso que la utilización vaya acompañada previamente de la disponibilidad del bien procedente de un delito. Requisito imprescindible es ostentar la disponibilidad de tal bien, de forma que permita su uso conforme a su función. Cuando alguien utiliza un bien procedente de un delito que no posee, al no gozar de su disponibilidad, no se puede decir que lo esté utilizando.

**Quedan excluidos** así del término utilización los casos en que el sujeto utiliza la piscina o la casa de un traficante de drogas, o es transportado en su vehículo, puesto que los sujetos no gozan sin embargo de la disponibilidad del bien que le otorgue la posibilidad de utilizarlo conforme a su uso, y en la dirección que estimen conveniente.

Son **atípicas** como utilización las conductas que, pese a constituir una utilización en sentido amplio, no se encuadran en el marco de la disponibilidad del sujeto, sino que, perteneciendo a otro esta posibilidad, exclusivamente lo emplea en la dirección indicada, permitida o normalmente realizada por quien puede disponer.

Con todo, dichas conductas podrían ser constitutivas del comportamiento típico de uso, por lo que podrían ser castigadas con base en el Reglamento Modelo de la CICAD.

### 3.5 La administración

El término administración fue introducido en el Reglamento Modelo de la CICAD en 1998. Administrar significa gramaticalmente “ordenar, disponer, organizar”. Este término parece que pretende sancionar a todas aquellas personas o se hacen cargo de los intereses de otros, gestionando los bienes que tienen origen delictivo<sup>99</sup>.

### 3.6 El problema de las acciones socialmente adecuadas

En relación con estos comportamientos que se pueden realizar sin la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes, surge un importante problema que ha ocupado a la doctrina. En concreto, una cuestión fundamental a analizar es si han de sancionarse las denominadas **acciones socialmente adecuadas**, la **actividad negocial diaria**, esto es, las acciones que se desarrollan en la vida cotidiana. El panadero que vende pan al narcotraficante, el taxista que le transporta, ¿realizan conductas constitutivas del delito de lavado, cuando aceptan el pago por sus bienes y servicios? La oferta de bienes y servicios al público en general puede ser utilizada por los delincuentes para

99 Ver Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pg. 26.

reciclar el dinero. El problema dogmático y teórico concreto ha sido planteado en Derecho alemán, donde se sancionan las conductas de adquirir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo<sup>100</sup>.

La sanción de las conductas de adquirir, recibir u ocultar configura una norma que parece pretender el **aislamiento de autor del delito previo** y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación. Y ello mediante la sanción de todas aquellas personas que realicen negocios con el delincuente a sabiendas del origen de sus bienes. Sería una especie de excomunión económica de los delincuentes. Se sanciona de esta manera a quien quiebra la excomunión económica de los delincuentes. Quedan abarcados todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que estén destinados.

Por ejemplo, van a quedar abarcados los **negocios dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida** de los delincuentes. Se verán así reducidas las posibilidades de subsistencia del autor del delito previo que dispone sólo de bienes de origen delictivo, o de una mezcla de bienes delictivos con otros de origen lícito. El panadero que vende pan al narcotraficante, el tendero que le vende alimentos, o el arrendatario que le arrienda la casa, estarán sometidos a la amenaza de pena por razón del delito de lavado.

También quedarán abarcados los **negocios de bagatela**, esto es, los de escasa cuantía. Las normas relativas al lavado de activos no suelen establecer ningún límite cuantitativo por debajo del cual el lavado sea impune. De esta manera se configura una norma penal muy amplia, que da cabida a gran cantidad de comportamientos en los que los bienes de origen delictivo implicados son de escasa cuantía. Desde esta perspectiva, cabrá sancionar al taxista que transporta al autor del delito previo a cambio de la tarifa normal del viaje, al camarero que le sirve bebidas alcohólicas, etc...

Igualmente será punible la conducta del **abogado** que acepta el cobro de los honorarios profesionales de un cliente a sabiendas de su procedencia delictiva.

El Reglamento Modelo sanciona las conductas de “adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes de origen delictivo”, así como las conductas de “convertir, transferir o transportar dichos bienes”. Tienen cabida aquí, numerosos comportamientos socialmente adecuados. Tratando de limitar un tipo tan excesivamente amplio del lavado de activos se han elaborado doctrinalmente diversos **criterios**. Estos pueden clasificarse en función de si pretenden limitar el tipo en el ámbito subjetivo o bien en el objetivo.

1. Criterios de limitación relativos al **tipo subjetivo**. Un sector doctrinal considera que la cuestión de la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas es en realidad un problema concerniente al dolo<sup>101</sup>, y, en concreto, al dolo eventual. Una acción socialmente adecuada, normal, diaria, pierde este carácter y es punible si se realiza con dolo directo (de primer o segundo grado), ya sea para contribuir a la acción antijurídica de otro (complicidad), ya constituya una actuación delictiva como tal (lavado, encubrimiento). De lo contrario, se dice, quedarían impunes determinados comportamientos típicos y antijurídicos que se realizan bajo la cobertura de acciones socialmente adecuadas.

100 Un temprano proyecto del Bundesrat relativo al § 261 StGB, de 10 de agosto de 1990, declaraba no aplicable lo preceptuado como delito de blanqueo para acciones relacionadas con dinero u otros bienes de origen delictivo, cuando se lleve a cabo una prestación debida o devengada en virtud de la ley, o una contraprestación por bienes o servicios de necesidad diaria que se precisan para sufragar la subsistencia, así como la utilización de tales bienes. Se daba de esta manera una solución material a los posibles supuestos de blanqueo realizados mediante acciones socialmente adecuadas, consistente en declarar que no eran merecedores de pena. Sin embargo, el gobierno (Bundesregierung) rechazó tal regulación excepcional, al considerar que en tales casos también concurre un injusto penal merecedor de pena. En este país, un proyecto de ley estableció una regulación excepcional que declaraba impunes tales acciones. Sin embargo, el gobierno rechazó tal regulación excepcional al considerar que estas conductas también han de ser sancionadas.

101 De esta opinión en Alemania FORTHAUSER, Roman, Geldwäscherei de lege lata et ferenda, München, 1992, pgs. 78 ss; en la doctrina austríaca KLIPPL, Irene, Geldwäscherei, Wien, 1994, pg. 96.

2. Criterios de limitación relativos al **tipo objetivo**. Frente a la postura que excluye la tipicidad de las acciones socialmente adecuadas en función del dolo del sujeto, otros sectores doctrinales opinan que tales acciones quedan fuera ya del propio tipo objetivo. Mención destacada merece la postura de Barton<sup>102</sup> en Alemania, quien intenta llevar a cabo una reducción teleológica de los tipos del lavado de dinero (§ 261 StGB alemán) con base en el criterio del fin de protección de la norma. La finalidad perseguida por el legislador alemán con las normas sobre el lavado es impedir el ingreso oculto de las ganancias ilegales en el circuito financiero legal, de manera que los delincuentes queden aislados del entorno en sentido económico. También pretende dar a las autoridades de persecución penal mecanismos procesales para seguir el rastro documental del dinero con los que obtener la reconstrucción del curso financiero, para tener así acceso a los centros de la organización criminal<sup>103</sup>. Con base en estas finalidades, excluye este autor del tipo del delito de lavado de activos determinadas acciones socialmente adecuadas.

Niega que los negocios con bienes de origen delictivo dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes constituyan un delito de lavado de activos. El límite del aislamiento del delincuente se encuentra situado allí donde éste pretende satisfacer con el dinero de origen delictivo necesidades humanas y sociales básicas. Por eso, opina Barton<sup>104</sup> que quien acepta dinero de origen delictivo destinado a la alimentación, vivienda, vestido, cuidado corporal, cultura, participación en la vida social u otras necesidades humanas básicas del autor del delito previo o del lavador, no realiza el tipo del lavado. La seguridad interior, uno de los fines que pretende la norma del lavado en Alemania, no resulta lesionada cuando alguien satisface en el ámbito de la normalidad social sus necesidades vitales. Más bien, el ordenamiento público y la paz social se verían menoscabadas si se negase a las personas la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas físicas o sociales de forma fraudulenta.

También recurre al fin objetivo de protección de la norma para proceder a una reducción teleológica del tipo del lavado, y negar que el bien jurídico protegido sea menoscabado cuando alguien acepta dinero del autor del delito previo en cantidades pequeñas a cambio de servicios normales<sup>105</sup>.

**A nuestro juicio**, hubiera sido conveniente que desde las instancias internacionales se hubiese limitado de alguna manera la descripción de los comportamientos mediante el recurso a alguna de las fórmulas aquí señaladas. En este sentido, por ejemplo, el legislador español ha excluido las actuaciones socialmente adecuadas del tipo de este delito a través del recurso al reforzamiento del dolo. En efecto, la normativa española exige expresamente que el sujeto activo actúe con la intención de encubrir el origen de los bienes, esto es, se precisa el dolo directo de primer grado<sup>106</sup>.

Por tanto, quien vende y recibe dinero de un traficante de drogas, pese a que conozca su origen delictivo, si no actúa con la intención de ocultar o encubrir el origen de tales bienes, o de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (art. 301 CP español), no realiza el tipo del delito de lavado de activos. Sólo de esta manera se puede evitar una ampliación desmesurada de la punibilidad de las conductas de lavado de activos.

102 BARTON, „Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)“, en StV, n 3, 1993, pgs. 156 ss, pg. 159.

103 En su opinión, en realidad los preceptos sobre el blanqueo tienen una finalidad esencialmente preventiva, pues más que dirigirse a una represión retrospectiva de la lesión del bien jurídico, se dirigen a impedir de futuros hechos delictivos. *Ibidem*, pg. 160.

104 BARTON, „Sozial übliche Geschäftstätigkeit“, pgs. 161/2.

105 BARTON, S., „Sozial übliche Geschäftstätigkeit“, pg. 162; también LAMPE, E.-J., „Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)“, en Juristen Zeitung, 1994, pgs. 123 ss, pg. 128, llega a la misma conclusión. Este autor afirma la inconstitucionalidad del § 261 con base en la infracción del mandato constitucional de determinación.

106 Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, „Acciones socialmente adecuadas y delito de blanqueo de capitales“, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1997, pgs. 263 a 291, con ulteriores referencias bibliográficas.

## 4. Examen especial de la conducta omisiva

Ya hemos aludido al examinar las conductas constitutivas de lavado de activos, que algunas de ellas son susceptibles de comisión por omisión. **La posibilidad de admitir la omisión** va a depender de la estructura de cada conducta típica. Así por ejemplo, la conducta de ocultación admite la omisión en aquellos casos en los que la ley imponga expresamente la obligación de declarar algo. Como se ha señalado, en el caso del lavado de activos, la exigencia de un deber jurídico de obrar cobra especial importancia, fundamentalmente respecto de los supuestos en que la ley nacional impone deberes de comunicación a determinadas personas físicas o jurídicas de hechos u operaciones sospechosas. Quienes omitan esta comunicación, ocultan la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos<sup>107</sup>.

Ahora bien, algunos instrumentos internacionales hacen referencia a la omisión como comportamiento punible. En efecto, el **Reglamento Modelo** de la CICAD alude de manera expresa en el art. 20.3 a la responsabilidad de las instituciones financieras o sus empleados o directivos, por el incumplimiento de las obligaciones que impone este Reglamento (en los arts. 8 y 16 a 19)<sup>108</sup>. En concreto, dispone:

“Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los Artículos 8 y 16 a 19 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados Artículos”.

**Sujetos activos** de este delito pueden serlo, no sólo los empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados de una institución financiera, sino también la propia institución financiera, lo que nos remite al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a examinar más adelante.

El **comportamiento** consiste en “no cumplir” con las obligaciones contenidas en los artículos 8 y 16 a 19 del Reglamento. Tales obligaciones son:

- a) Procedimientos a seguir en transacciones que involucren bienes del terrorismo (art. 8).
- b) Identificación de los clientes y mantenimiento de los registros (art. 16).
- c) Disponibilidad de registros (art. 17).
- d) Registro y notificación de transacciones en efectivo (art. 18).
- e) Comunicación de transacciones financieras sospechosas (art. 14).

Estas son las obligaciones que impone el Reglamento. Pues bien, su incumplimiento por parte de las entidades financieras o por sus empleados o directivos constituye delito penal. Estamos ante una modalidad delictiva omisiva, ante un **delito de omisión**<sup>109</sup>. La omisión consiste, como es conocido, en la inejecución de una acción preceptuada por el Derecho: no es un simple no hacer, es la inejecución de una acción jurídicamente debida.

Desde un punto de vista conceptual se distinguen dos **clases de delitos de omisión**: a) los delitos de simple omisión, también denominados de omisión pura, en los que la inejecución de la acción esperada es consumativa, consuma el delito; b) los delitos de comisión por omisión, en los que no basta la omisión, sino que es preciso además que la omisión produzca un resultado típico. Pues bien, estamos ante un delito de omisión pura, en el que el incumplimiento de las obligaciones impuestas consuma el delito<sup>110</sup>.

107 Cfr. ampliamente nuestra obra BLANCO CORDERO, Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales, cit., pgs. 115 ss.; también PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 465 ss.

108 Junto con el falseamiento o adulteración de los registros o informes a los que aluden los arts. 11 a 14.

109 Sobre este delito cfr. LANGON CUÑARRO, Miguel, “Conducta omisiva y lavado de activos”, en Centro Regional de Desarrollo y Cooperación Jurídica en Centroamérica.

110 Así LANGON CUÑARRO, Miguel, “Conducta omisiva y lavado de activos”, pg. 7.

La **estructura típica** de los tipos de omisión pura o simple presentan una doble exigencia constituida por:

a) La **descripción del supuesto de hecho**, de la situación típica. El delito de omisión simple describe, en primer lugar, una situación (generalmente una situación de peligro para un bien jurídico) que hace surgir el deber de actuar. La situación típica funda el deber de realizar la acción esperada o exigida por el Derecho. Por ejemplo, que el sujeto activo se enfrente a una operación sospechosa que está obligado a comunicar a las autoridades competentes.

b) **Omisión de la acción esperada**, la inejecución de la acción debida. En el ejemplo que acabamos de plantear, cuando el sujeto que se enfrenta a la operación sospechosa la realiza sin comunicar a las autoridades, incumpliendo así su obligación. En todo caso, habrá que exigir la capacidad individual de actuar, de realizar la acción, en este caso, de comunicar.

Desde un punto de vista **subjetivo** será necesario probar que el sujeto activo conoce la situación objetiva, que conoce, por ejemplo, que la operación que pretende realizar el cliente es compleja o insólita. Pero no basta con esto, sino que desde el punto de vista subjetivo exige el Reglamento Modelo que la omisión del sujeto activo sea deliberada. Esta referencia se identifica con el dolo directo, de manera que el sujeto debe tener la intención, la voluntad de incumplir con sus obligaciones<sup>111</sup>.

Como se puede apreciar, es un delito cuyo injusto se cifra en la **infracción de deberes formales**, en el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las instituciones financieras. Se trata de un delito de desobediencia<sup>112</sup>, en el que la consumación viene determinada por dicho incumplimiento obligacional. Estamos ante un delito de peligro abstracto, no siendo necesario acreditar en el caso concreto una puesta en peligro, ni siquiera potencial, del bien jurídico<sup>113</sup>. Y es que es punible el no comunicar una transacción sospechosa, aunque los bienes implicados en la misma no sean de origen delictivo, es decir, aunque no se trate de una operación de lavado.

Es una figura delictiva que se puede observar a nivel del **Derecho Comparado**. Así por ejemplo, en Suiza, el art. 305 ter del Código Penal castiga comportamientos similares, como por ejemplo, omitir verificar, conforme a la diligencia requerida por las circunstancias, la identidad del titular del derecho económico. En la misma línea, en los Estados Unidos se castiga el incumplimiento por parte de las entidades financieras de las obligaciones de identificar y declarar a las autoridades determinadas operaciones. Vemos así que se castigan delitos de mera desobediencia y de peligro abstracto<sup>114</sup>, en los que lo que se pretende es sancionar el incumplimiento de obligaciones por parte de las entidades financieras, con independencia de cual sea el resultado. De esta forma se exige a las autoridades de la difícil prueba del origen de los bienes involucrados en la operación, de manera que, cualquiera que sea éste, se va a castigar a quien incumpla sus obligaciones<sup>115</sup>. Se trata de una manera muy criticable de proceder, contraria a los principios básicos que inspiran el Derecho penal actual.

111 Cfr. LANGON CUÑARRO, Miguel, "Conducta omisiva y lavado de activos", pg. 7.

112 Cfr. LANGON CUÑARRO, Miguel, "Conducta omisiva y lavado de activos", pg. 4.

113 *Ibidem*.

114 Así ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, "Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en Derecho comparado", en Prevención y represión del blanqueo de capitales, Estudios de Derecho Judicial, director Javier Zaragoza Aguado, nº 28, Madrid, 2000, pgs. 289 ss, pg. 315.

115 *Ibidem*, pg. 316, dice que se trata de un adelantamiento de las barreras de protección penal, pues se prescinde de un elemento normativo importante, el origen ilícito de los bienes.

## IV. Objeto de la acción de acuerdo con las recomendaciones internacionales

El **objeto material** del delito se define como la “persona o cosa sobre la que recae la conducta típica”. En lo relativo al lavado de activos el objeto del delito es uno de los elementos de la estructura típica más importantes, alrededor del cual giran todos los demás elementos típicos. La razón estriba en la propia esencia de la conducta de lavado de activos, que ha de recaer sobre bienes, que son los elementos integrantes del objeto material. Característica esencial es que sean bienes originados o motivados por un hecho delictivo. Todos los demás elementos de la estructura típica se dirigen a abarcar los comportamientos que, recayendo sobre los bienes, traten de desligarlos de su origen delictivo.

### 1. En la normativa internacional

La mayoría de los **tratados internacionales** específicamente referidos al lavado de activos realizan indicaciones terminológicas al inicio, tratando de aclarar qué significan algunos de los términos que utilizan para su adecuada aplicación<sup>116</sup>. Así, el informe explicativo de la Convención del Consejo de Europa indica que algunas precisiones que efectúa en relación con los términos empleados lo son de “manera general” para que las legislaciones internas de los Estados no queden fuera del ámbito de aplicación de dicha Convención. Con ello, se pretende crear una “terminología autónoma” que debería ser interpretada en el Derecho interno en orden a garantizar una “aplicación lo más fiel y eficaz posible de la convención”<sup>117</sup>. Entre los términos precisados se encuentra la distinción entre “bienes” y “productos”, elementos posteriormente incluidos en la definición de lavado de activos. El “Proyecto de Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, elaborado por el Secretario General de Naciones Unidas en 1986, definía exclusivamente el término “producto”, pero no el término “bienes”. Entendía por “producto” “los bienes habidos del tráfico ilícito” con inclusión de “la propiedad de cualquier tipo material o inmaterial, mueble o raíz, física o intangible, y las escrituras e instrumentos que prueben un derecho sobre dicha propiedad o un interés en ella” (art. 1.n)).

El texto definitivo de la **Convención de Viena**, acertadamente, diferencia y define ambos términos. De esta forma aclara el significado de dos términos empleados en su articulado, y extrae del contenido de la definición única de “producto” el que corresponde a los “bienes”. Define “bienes” como “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”<sup>118</sup>. En el mismo sentido se expresan el Convenio del Consejo de Europa<sup>119</sup> cuyas definiciones deben armonizarse con la Convención de Naciones Unidas<sup>120</sup>, la Directiva del Consejo de las Comunidades<sup>121</sup>, el Reglamento Modelo de la CICAD<sup>122</sup>, y la Convención contra la delincuencia organizada transnacional<sup>123</sup>.

116 Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, 1991, pg. 13.

117 CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 13.; indica que el comité restringido de expertos ya tuvo en cuenta las peculiaridades procesales de los Estados, pese a lo cual los resultados finales serán los mismos.

118 Artículo 1 de la mencionada Convención.

119 En su art. 1.b. En cualquier caso no se incluyen los términos “tangible” e “intangible” en la definición de “bien” puesto que se considera “sobrentendido” en la definición; ver CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pgs. 14/5.

120 CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 13.

121 En su art. 1 y fundamentalmente inspirada, en lo que a la definición de blanqueo se refiere, en la Convención de Viena.

122 En su art. 1.

123 Art. 2.d)

La Convención de Viena define “productos” como “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito” relativo a las drogas tóxicas o estupefacientes<sup>124</sup>. En sentido similar se recoge en la Convención del Consejo de Europa con una diferencia, que en este caso es de carácter esencial, y es que el delito previo del cual deben proceder no se limita exclusivamente a los delitos relativos a las drogas tóxicas o estupefacientes, sino que se refiere a “infracciones penales” en general<sup>125</sup>. El espíritu de la Convención es que la definición de “productos” sea lo más amplia posible para alcanzar dos objetivos fundamentales: abarcar toda ventaja económica proveniente de la actividad criminal para su posterior comiso; y comprender los productos sustitutivos o el producto indirectamente derivado<sup>126</sup>. En la definición de “producto” según la Convención del Consejo de Europa, “no se excluyen los bienes y los activos que puedan haber sido transferidos a terceros”<sup>127</sup>. Por su parte, el Reglamento Modelo se refiere en el mismo sentido al término “productos”, siendo los delitos previos los de tráfico ilícito u otros delitos graves<sup>128</sup>. Finalmente, la convención contra la delincuencia organizada internacional contiene una definición prácticamente idéntica, aunque no se refiere a ninguna categoría específica de delito previo<sup>129</sup>. Se reproducen en el ámbito internacional algunas discusiones habidas a nivel nacional, como la relativa a si el término “productos” abarca o no los “objetos de las infracciones”, esto es, de los delitos previos. La Convención del Consejo de Europa aborda específicamente este problema, e indica que la definición del término “productos” es lo suficientemente amplia como para abarcar tales objetos, pudiendo incluir en su ámbito tanto los bienes robados como el comercio de especies protegidas ...<sup>130</sup>

La Directiva del Consejo de las Comunidades no ofrece una definición del término “productos”, y se refiere directamente a bienes que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad.

En definitiva, se realiza una definición amplia del objeto del lavado de activos encaminada, de forma inmediata, a conseguir la cooperación internacional que permita el comiso de tales bienes. Ese afán de amplitud lleva a incluir tanto los bienes originados en un delito que pertenezcan a terceros, como los bienes que les sustituyan.

## 2. Características que debe reunir

De la exposición de la regulación de los instrumentos internacionales se derivan una serie de características que han de ser asumidas en la normativa interna de las Partes, y, en concreto, en su legislación penal. Todo ello incide de modo más o menos directo en los elementos definitorios de los tipos penales de lavado de activos, entre los que se encuentra el objeto del delito, que habrá de adecuarse, en la medida de lo posible, a la normativa internacional.

124 Art. 1.

125 Art. 1.1. Se ha optado voluntariamente por el término “infracciones penales” para dejar claro que “el campo de aplicación de la convención está limitado a actividades delictivas”, no siendo necesario definir el término “infracción”; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 14.

Un análisis de esta cuestión en KEYSER-RINGNALDA, F., “European Integration with regard to the Confiscation of the Proceeds of Crime”, en *European Law Review*, 1992, pgs. 499 ss, pg. 510; NILSSON, “The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law”, en *Criminal Law Forum*, 1991, pgs. 419 ss, pg. 428, indica que el objetivo de los redactores con esta ampliación fue crear una herramienta eficaz que posibilitara a los Estados cooperar lo más estrechamente posible en la lucha contra tipos particulares de crímenes graves, sin limitar el ámbito de aplicación a dicha criminalidad; MAGLIVERAS, “Defeating the Money Launderer - The International and European Framework”, en *Journal of Business Law*, 1992, pgs. 161 ss, pgs. 163/4.

126 En el caso del producto sustitutivo, se puede revocar la cooperación internacional cuando una parte alegue el carácter alejado de la relación entre el bien o producto y la infracción; CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 14. También NILSSON, “Council of Europe Laundering Convention”, cit., pgs. 428/9, indicando la dificultad de encontrar bienes que no puedan ser abarcados por la excesivamente amplia definición de “productos” que realiza la Convención, así como la importancia de dicho término en diferentes ámbitos de la Convención.

127 CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit. pg. 14.

128 Art. 1.8.

129 Art. 2.e).

130 CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 15. Se está haciendo referencia al objeto del delito previo como bien posiblemente abarcado por la definición del término “productos”.

## 2.1 Amplitud del término

Característica derivada de los Convenios internacionales es la necesidad de que el objeto sobre el que recae la acción de lavado sea **lo suficientemente amplio** como para abarcar la mayor parte de las formas que los bienes de origen delictivo puedan adoptar. Los nuevos y sofisticados métodos de lavado recaen sobre diversos bienes, directa o indirectamente derivados del delito, que pueden revestir gran cantidad de formas. Además, suelen servir como meros instrumentos para la consecución de los bienes que finalmente se integran en el patrimonio de los delincuentes o de sus organizaciones, con apariencia de legitimidad. Se trata de no dejar ningún resquicio legal, para impedir la elusión de las disposiciones penales mediante nuevos métodos de lavado y nuevos bienes que puedan ser su objeto.

De ahí que al tipificar las conductas constitutivas de lavado de activos se haya optado, en la mayoría de los Estados, por un concepto lo suficientemente amplio para dar cabida a toda clase de **bienes**. En definitiva, se trata de establecer un concepto lo suficientemente amplio para abarcar los bienes muebles, los inmuebles y los derechos sobre unos y otros, no limitado al dinero, sino también a otros activos como los metales y piedras preciosas, títulos valores, créditos, ganancias y disminuciones de pérdidas, cualquiera que sea la forma en que se materialicen<sup>131</sup>.

## 2.2 Necesidad de conexión con un delito previo

### 2.2.1 La conexión de los bienes con un delito previo. La “contaminación” de los bienes

#### 2.2.1.1 Clases de delitos previos

Característica esencial que ha de reunir el objeto del delito de lavado de activos es que **debe tener su origen** en un hecho delictivo previamente cometido. Ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del lavado y un delito previo. Si no está presente ese nexo o unión o si se rompe por alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el delito de lavado de activos. Cuando existe dicha conexión se dice que los bienes están “contaminados” o “manchados”.

Plantea acertadamente FABIAN CAPARROS la cuestión de si se ha de criminalizar o no el lavado de **bienes procedentes de hechos ilegales** (ilícitos administrativos o civiles) no constitutivos de delito<sup>132</sup>. Si el lavado de activos menoscaba el orden socioeconómico, cabe preguntarse porqué no ha de sancionarse penalmente el reciclaje de los fondos que proceden de infracciones no penales, pues puede tener también trascendencia en la economía. Importantes escándalos financieros generadores de elevadísimas ganancias han quedado en meras infracciones administrativas o civiles, aunque el reciclaje de las mismas pueda menoscabar el sistema financiero o la libre competencia. Sin embargo, si se criminaliza el lavado de los bienes procedentes de infracciones no penales podrían producirse situaciones vulneradoras de la necesaria seguridad jurídica. Ello supondría crear una norma penal en blanco contraria a las exigencias del Derecho penal, pues algunos elementos del tipo vendrían fijados por otras ramas del ordenamiento jurídico, hasta el punto de que meros reglamentos administrativos e incluso actos administrativos podrían bastar para integrar la norma penal<sup>133</sup>.

El problema que surge es determinar qué **clase de delitos** son los aptos para generar bienes susceptibles de ser blanqueados. El delito de lavado de activos surge inicialmente en el ámbito

131 En los materiales explicativos de la ley alemana de reforma del Código Penal para la introducción del delito de blanqueo de capitales se habla de “bienes y derechos, por ejemplo bienes muebles e inmuebles, metales y piedras preciosas, inmuebles y derechos sobre los mismos, dinero ...” Cfr. BT-Dr 12/989, pg. 27.

132 Cfr. FABIAN CAPARROS, El delito de blanqueo de capitales, Madrid, 1998, pgs. 289/290.

133 Ibídem, pg. 290, señala que la aplicabilidad de las penas podría depender de la voluntad de un funcionario administrativo adscrito al poder ejecutivo.

de los delitos relativos a las drogas, a los estupefacientes (la normativa internacional así lo exige también), por la gran cantidad de ganancias que de ellos se obtienen. Sin embargo, existen otras actividades delictivas que generan grandes cantidades de beneficios (tráfico de armas, trata de blancas, etc.). Por ello, la evolución más reciente del delito de lavado de activos tiende a incluir como delitos previos otras actuaciones delictivas también generadoras de enormes beneficios.

Un primer ejemplo a nivel internacional es la Convención del Consejo de Europa de 1990, que no restringe el ámbito de los bienes susceptibles de ser blanqueados sino que, por el contrario, lo amplía a todas las infracciones penales, esto es, a todo tipo de delitos. En el mismo sentido se pronuncia la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, en la medida en que el “fenómeno del lavado de dinero no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada y el terrorismo)”<sup>134</sup>. Igualmente, el Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos conexos, de la CICAD, inicialmente limitado a los delitos relativos a las drogas, en sus últimas modificaciones ha acogido esta tendencia dando cabida en la definición del lavado, al que recae sobre bienes producto de un delito de tráfico ilícito de drogas u otros delitos graves. Entre tales delitos graves algunos países del Hemisferio incluyen el tráfico ilícito de armas, tráfico de seres humanos (incluyendo inmigrantes ilegales) y tráfico de órganos, prostitución, pornografía, secuestro, extorsión, delitos contra la Administración (corrupción), terrorismo y fraude.

La **Convención contra la delincuencia organizada transnacional** alude también de manera expresa a los delitos previos (delitos determinantes) en su art. 6.2.b). Estos comprenderán en todo caso todos los delitos graves definidos en el artículo 2. Delitos graves son, según dicho artículo, los castigados con pena de privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Además, los delitos determinantes comprenderán los tipificados en los artículos 5 (participación en un grupo delictivo organizado), 8 (corrupción) y 23 (obstrucción de la justicia). Además, alude a los estados que sigan el sistema de lista de delitos previos, que ha de incluir entre ellos, como mínimo, “una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”.

Por su parte la **Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción** impone a los Estados la obligación de velar por aplicar el delito de lavado “a la gama más amplia posible de delitos determinantes” (art. 23.2.a)).

El análisis de la **normativa comparada** pone de relieve que existen diferencias en cuanto a los delitos previos. En este sentido, se pueden distinguir tres modelos para clasificar los delitos previos:

a) El modelo del catálogo de delitos. La norma penal hace un listado de delitos que pueden generar bienes susceptibles de ser blanqueados. Suelen ser delitos de tráfico de drogas, de armas, extorsión, contrabando, etc. Así por ejemplo la legislación de la Bolivia<sup>135</sup>, de Perú<sup>136</sup>, Chile<sup>137</sup> y otras en Europa. La crítica a este modelo es que se muestra insuficiente, puesto que existirán otras actividades delictivas que generan también grandes ganancias que no se encontrarán incluidas en

134 Preámbulo de la Directiva, donde se indica además que “es importante que los Estados miembros, según lo estipulen sus propias legislaciones, amplíen los efectos de la presente Directiva al producto de esas actividades cuando puedan dar lugar a operaciones de blanqueo que justifiquen su represión en este sentido”.

135 El artículo 185 bis del Código Penal que contiene el delito de legitimación de ganancias ilícitas se refiere como delitos previos a los “delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, (...) delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o (...) delitos cometidos por organizaciones criminales”.

136 El artículo 296 – B del Código Penal que contiene el delito de lavado de dinero se refiere al “dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo”.

137 El artículo 29 de la ley 19913 del 12 de diciembre del 2003 tipifica el delito de lavado de dinero y se refiere a los bienes que proceden de “hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos: en los Párrafos 4, 5, 6 y 9 del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal;”.

el listado, por lo que el lavado de los beneficios va a quedar impunes. Ello podría hacer necesaria una constante revisión del catálogo para incluir nuevos delitos. Esto ha ocurrido en Alemania, donde en el año 1992 se aprobó la norma penal que sanciona el lavado, y en 1994 se tuvo que realizar una modificación para ampliar el catálogo de delitos previos.

b) El modelo consistente en indicar una categoría específica de infracciones. Las normativas de Suiza, Austria se refieren a la categoría de los delitos graves. Se sanciona, por tanto, el lavado de los bienes procedentes de delitos graves, que son aquellos que tienen cierta entidad, cierta gravedad. Ahora bien, el problema fundamental que plantea este modelo es el mismo que el anterior: van a existir delitos que sin ser graves generan cuantiosos beneficios que no van a quedar abarcados por el tipo del delito de lavado.

c) El tercer modelo sanciona el lavado de los bienes procedentes de cualquier delito. Siendo el lavado un delito contra el orden económico, es indiferente el delito del que proceden los bienes. Así, a nivel internacional es de destacar la Convención del Consejo de Europa de 1990, que no restringe el ámbito de los bienes susceptibles de ser blanqueados sino que, por el contrario, lo amplía a todas las infracciones penales, esto es, a todo tipo de delitos. En el mismo sentido se pronuncia la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, en la medida en que el “fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada y el terrorismo)”. Esto se puede apreciar en normativas como la italiana (arts. 648bis se refiere a los bienes procedentes de cualquier delito no culposo y 648ter relativo a los bienes procedentes de cualquier delito), la belga (art. 505 CP belga, alude a la comisión de un crimen o delito), o la española, que desde el año 2004 castiga el lavado de los bienes procedentes de cualquier delito.

### **2.2.1.2 La vinculación del delito de blanqueo de capitales con la actividad delictiva previa**

Es necesario, decimos, que exista una unión o nexo entre el delito de blanqueo de capitales y la actividad delictiva de la que proceden los bienes. La realización del contenido de injusto del delito de blanqueo de capitales exige la existencia de alguna actividad delictiva, esto es, de un delito previo. La cuestión principal radica en determinar qué elementos del concepto dogmático de delito han de concurrir en el hecho previo para que el delito de blanqueo tenga relevancia penal.

El delito se define como un hecho típico, antijurídico, culpable (y punible). Normalmente este término no requiere que concurren todos estos elementos, sino que en ocasiones basta con que concurren los dos primeros. Tanto España como en Alemania es suficiente con que el hecho previo sea típico y antijurídico. En algunos países como España y Alemania se prevé expresamente la denominada accesoriadad limitada, según la cual basta con que el delito previo sea un hecho típico y antijurídico. No es necesario, por tanto, que los responsables del delito previo sean culpables o hayan sido efectivamente penados. Sería absurdo sancionar el lavado de bienes procedentes de un hecho conforme a Derecho. Si en la realización de algún hecho constitutivo de un delito grave concurre una causa de justificación o la conducta es atípica, no va a ser posible sancionar el lavado de los bienes procedentes de aquél. Con todo, es difícil que de un hecho justificado se deriven bienes. La presencia de causas de inimputabilidad o de exculpación, de un error de prohibición invencible, el no cumplimiento de condiciones objetivas de punibilidad, la existencia de causas personales de exclusión de la pena o de inmunidades personales, no impide la sanción en virtud del delito de lavado.

Con todo, es cierto que el criterio de la accesoriadad puede generar cierta confusión, pues da a entender que el lavado es un delito accesorio de aquel del que proceden los bienes. Sin embargo, es necesario insistir en que el delito de lavado es un delito autónomo, que se desvincula lo máximo

posible del delito previo. Y ello hasta el punto de que no es necesario que exista una condena por el delito previo para poder castigar a alguien por delito de lavado. Para evitar equívocos, quizás sea más conveniente abandonar expresiones confundentes como la de “accesoriedad limitada”, que pueda expresar una dependencia del blanqueo respecto del delito previo. Simplemente bastará con señalar que para la sanción del blanqueo el hecho previo ha de ser al menos típico y antijurídico, siendo indiferente que el autor del delito principal sea irresponsable o esté exento de pena. En esta línea, el art. 2.6 del Reglamento Modelo OEA dispone expresamente que los delitos de lavado son autónomos de cualquier otro crimen, “no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave”.

Para acreditar la existencia del delito previo -y del conocimiento del origen por parte del lavador- se recurre a la prueba indiciaria. Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha señalado los indicios fundamentales para acreditar la existencia de un delito de lavado. Es muy importante porque ha servido como modelo a las sentencias posteriores la de de 23 de mayo de 1997 que señala que “los indicios más determinantes han de consistir:

- 1.º En el incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por elevada cuantía, dinámica de transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.
- 2.º Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
- 3.º Constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionadas con las mismas», o habrá que añadir, con otras actividades delictivas.

### 2.2.1.3 Grado de comisión del delito previo. La participación en el delito previo

Los bienes que se blanquean no han de proceder necesariamente de un sólo delito, sino que también es punible el lavado de los bienes originados simultáneamente en varios delitos. Los bienes pueden proceder también de una tentativa de delito, siempre y cuando de ella se deriven bienes.

En cuanto a los bienes procedentes de actos preparatorios punibles, habrá que estar a lo dispuesto por cada legislación para entender que son objetos idóneos del delito de lavado de activos<sup>138</sup>.

Igualmente es punible el lavado de los bienes que obtienen los autores o los partícipes en el delito previo. De hecho, a título de ejemplo el Convenio de Viena alude de manera expresa a la posibilidad de que los bienes que se blanquean procedan no sólo de la autoría de un delito, sino también “de un acto de participación” en él<sup>139</sup>.

### 2.2.2 El lavado de bienes sustitutivos y el lavado en cadena

En el lavado de activos juega un papel fundamental la sustitución o la transformación de los bienes inicialmente obtenidos del delito. Siendo esto así, si sólo se penaliza el lavado de los bienes directamente derivados de un delito van a quedar impunes un número importante de actos de reciclaje, pues en la mayoría de ellos lo que se blanquea son bienes que han sustituido a los originarios. Para evitar situaciones de impunidad, los instrumentos internacionales abarcan no sólo los bienes originados directamente en la infracción penal previa, sino también los **indirectamente**

138 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 282 ss.

139 Cfr. así el art. 3.b).ii), y art. 3.1.c).i).

**derivados**<sup>140</sup>, bien a causa de su transformación o de su sustitución. Para ello exige que los bienes tengan “su origen” en un delito (grave o de tráfico de drogas).

De esta expresión se deriva la necesidad de que exista una **conexión** entre el delito previo y el bien objeto del lavado, en el sentido de que el bien provenga, derive directa o indirectamente del mismo. Pero la cuestión reside en tratar de fijar límites a dicha conexión. No parece correcto admitir una derivación ilimitada de los bienes originarios de forma que todos los que tengan algún tipo de conexión con ellos deban ser considerados provenientes del delito previo. Ello fundamentaría un regresus ad infinitum no admisible. En un plazo corto de tiempo se podría llegar a considerar contaminada una parte esencial de la economía legal. Por esta razón se han elaborado criterios limitadores con el objetivo de ofrecer soluciones a la variedad de situaciones que se plantean. En realidad, se han elaborado pautas que fijen cuándo se puede entender que los bienes contaminados por proceder de un delito, han dejado de estarlo, resultan descontaminados. Unos sugieren que los límites han de provenir de las categorías jurídico-civiles<sup>141</sup>, sin concretar cuáles. Otros se remiten al principio de culpabilidad, en virtud del cual debe quedar probado en todo caso que el sujeto conoce el origen delictivo de los bienes para poderle condenar<sup>142</sup>. A nuestro juicio, no es posible dar un único criterio que sirva para solucionar todas las situaciones posibles. Si bien algunas de ellas podrán resolverse con base en las teorías de la causalidad y de la imputación objetiva, otras van a requerir el recurso a criterios distintos, de carácter civil o de otro tipo<sup>143</sup>. Entre otras cosas se discute también si la prescripción del delito previo descontamina<sup>144</sup> los bienes que proceden de él, que dejarían de ser idóneos para el delito de blanqueo.

A menudo la distancia entre el delito grave origen de los bienes y las acciones de lavado es tan grande, que sólo es posible probar un delito de lavado de activos como hecho previo. Por eso tiene interés, desde un punto de vista político-criminal, determinar si es punible o no el **lavado en cadena**, esto es, el lavado de los bienes que proceden de un delito previo de lavado. Entiendo que debería ser punible el lavado en cadena. Según esto, tanto si el segundo blanqueador conoce el delito originario de los bienes, como si conoce el previo delito de lavado, sabe que los bienes tienen su origen en un delito, con lo que su conducta debería ser penalmente relevante. Por lo tanto, debería ser punible la legitimación de un bien procedente de la legitimación de otro bien, que procede de un previo delito<sup>145</sup>.

### 2.2.3 Lavado de bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero

Los instrumentos internacionales en la materia aluden a la sanción del lavado de activos en los casos en los que los delitos de los que proceden los bienes hayan sido **cometidos en el extranjero**. En concreto, el art. 6.2 letra a) del Convenio del Consejo de Europa dispone que para la sanción del lavado de activos “será irrelevante que el delito principal quede sometido a la jurisdicción penal de la Parte”. Por su parte, el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE dispone que existe lavado de activos “aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero”. El Reglamento Modelo, cuando alude a la competencia (art. 4), señala que los delitos de lavado serán “investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente independientemente de que el

140 Como hemos visto al definir el término “productos” en los diversos instrumentos internacionales.

141 Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L., “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en *Actualidad Penal*, pgs 583 ss., pg. 611.

142 Cfr. FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 300. Esta postura, sin embargo, no sirve para resolver la multiplicidad de situaciones que aparecen en la práctica.

143 Ampliamente BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 266 ss.

144 En otra ocasión nos hemos mostrado en contra de que la prescripción descontamine los bienes, que siguen procediendo de un hecho típico y antijurídico; cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 348 ss; se muestra de acuerdo con esta postura PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 367. En contra ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit, pg. 234.

145 Ampliamente sobre el blanqueo en cadena BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 334 ss; VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios II, pg. 1465; PALOMO DEL ARCO, “Receptación y conductas afines”, cit., pgs. 442/3.

delito de tráfico ilícito o el delito grave haya ocurrido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición cuando proceda conforme a derecho”. También la Convención contra la delincuencia organizada transnacional alude a la posibilidad de sancionar el lavado cuando los delitos previos hayan sido cometidos fuera de la jurisdicción del Estado (art. 6.2.c). En definitiva, en virtud de tales instrumentos se considera también lavado el de los bienes que proceden de delitos cometidos en el extranjero.

El lavado de activos es un delito de marcado **carácter internacional**. Es posible, por tanto, que el delito previo que da origen a los bienes haya sido cometido en un país y el delito de lavado en otro diferente. Por ejemplo, se puede cometer un delito de tráfico de drogas en España y blanquear el dinero en Argentina. Surgen problemas allí donde se juzgue el lavado de activos procedente de un delito cometido en el extranjero. Para evitar estos problemas, las legislaciones nacionales de algunos países, como por ejemplo Alemania, Suiza y España, incluyen una cláusula en la norma penal que declara punible el lavado de bienes procedentes de un delito cometido en el extranjero. A mi juicio es muy positiva una cláusula de este tipo, para evitar problemas de interpretación.

Para la aplicación de esta cláusula se ha de respetar el discutido **principio de doble incriminación**. Esto supone que los comportamientos susceptibles de ser calificados como delitos previos deben estar sancionados penalmente tanto en el lugar de comisión como en el lugar de realización del lavado de activos. No es suficiente que se trate de un hecho contra el cual sólo se establecen sanciones administrativas, sino que la sanción ligada al mismo ha de tener un carácter penal. Hechos que sean punibles conforme a la legislación extranjera que sean impunes en el Derecho nacional no pueden considerarse delitos previos del posterior lavado (por ejemplo, si se comete un delito de tráfico de especies animales amenazadas en España y se lava el dinero en Chile, donde no es delito, no cabe sancionar el lavado de tal dinero). A la inversa, hechos impunes en la legislación extranjera que sean punibles conforme al Derecho nacional tampoco constituyen delitos previos del posterior lavado (por ejemplo, si se lleva a cabo una conducta de contrabando de tabaco en Suiza, donde no es delito, no se puede sancionar el lavado de ese dinero en España, porque no procede de un delito).

Un reconocimiento expreso de este principio lo realiza la **Convención contra la delincuencia organizada transnacional**, que en su art. 6.2.c) que dispone que los delitos cometidos en el extranjero constituirán delito determinante “siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte” que persiga el lavado.

También lo reconoce expresamente la **Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción**, cuyo 23.2.c) considera también lavado el de los bienes procedentes de delitos cometidos en el extranjero. Y señala: “No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí”.

## V. El sujeto activo en la normativa internacional

El delito de lavado de activos es fuente de una interesante **discusión** relativa al sujeto activo, esto es, quién puede ser la persona que realice el comportamiento descrito en la ley penal. Dado que el lavado de activos exige la comisión de un delito, se plantea la cuestión de las relaciones que pueden existir entre los sujetos de ambos delitos. El problema en concreto es si el traficante de drogas que se ocupa de lavar las ganancias obtenidas ha de ser condenado como reo de un acto de lavado.

El **Convenio del Consejo de Europa** realiza una mención expresa al sujeto activo del delito de lavado de activos. En concreto, para ayudar a los Estados a aplicar las previsiones del número 1 del art. 6 (relativo al delito de lavado de activos), se establece que pueden prever que el lavado no se aplique a la persona que cometa el delito previo (art. 6.2.b)). Se reconoce así que los principios fundamentales del Derecho Penal interno de algunos Estados no permiten que si una persona ha cometido el delito previo, pueda ser juzgada por el delito adicional de lavado de los bienes procedentes de aquél<sup>146</sup>. Ahora bien, es importante señalar que esta mención del Convenio parece tener un carácter de excepción, es decir, la regla general será la responsabilidad de los intervinientes en el delito previo por el posterior lavado; la excepción será la expresa referencia a la no sanción de los mismos.

Por su parte, la **Convención de Naciones Unidas para Combatir la Delincuencia Organizada Transnacional**, en su art. 6, cuando penaliza el lavado del producto del delito, dispone en su apartado 2 que “si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido previamente el delito determinante”. Y lo mismo dispone el art. 23.2.e) de la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción. La misma relación de regla-excepción que se observa en el Convenio de Estrasburgo se aprecia también en estos instrumentos.

El **Reglamento Modelo OEA** señala en su art. 2.7 “7. La persona que cometa un delito de lavado de activos y una actividad delictiva grave vinculada al mismo, podrá ser condenada por ambos.”<sup>147</sup>.

A nivel de **Derecho Comparado** es frecuente encontrar legislaciones que expresamente excluyen a los intervinientes en el delito previo como posibles sujetos activos del delito de lavado. Las razones que esgrimen para excluirlos son las siguientes<sup>148</sup>:

1) La impunidad de los autores y partícipes en el delito previo se fundamenta en que su hecho reúne el carácter de acto posterior copenado<sup>149</sup>. Se produce un concurso de leyes entre el hecho previo y el posterior lavado, que se resuelve conforme al principio de consunción. Pese a que el posterior lavado del autor o partícipe en el delito previo se puede incluir en dos preceptos (el que sanciona el delito previo y el correspondiente al delito de lavado), sólo uno de ellos puede aplicarse, pues su apreciación conjunta supondría un bis in idem. El principio de consunción implica que el desvalor del hecho previo incluye (“consume”) el desvalor del lavado, sin que sea posible sancionar por este último delito. En este sentido, el Tribunal Supremo español mantiene esta postura, cuando afirma que sólo una completa identidad entre la autoría del delito principal, normalmente la venta de droga, con el de lavado procedente de la venta de la misma impediría una penalización autónoma de ambas infracciones (Sentencias del Tribunal Supremo STS de 10 de enero de 2000, de 14 de abril de 2003 y 29 de noviembre de 2003).

Con todo el Tribunal Supremo español permite que una persona sea condenada por delito de tráfico de drogas y lavado cuando esta última actividad se produce en fechas anteriores a la comisión del delito de narcotráfico. Así por ejemplo, admite la sanción por ambos delitos en el caso de un individuo condenado como autor de un delito de tráfico de estupefacientes por hechos cometidos entre 1989 y 1990, y que además organizó una red de lavado en 1992 (Sentencia del Tribunal Supremo STS de 10 de enero de 2000).

146 Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif, cit., pg. 21

147 PINTO, Ricardo/CHEVALIER, Ophelie, El delito de lavado de activos como delito autónomo. Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación el crimen previo a partir de prueba indiciaria. Editado y aprobado por Dr. Rafael Franzini Batlle. Documento de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Organización de Estados Americanos, pgs. 34/5.

148 Cfr. ampliamente sobre los criterios que a continuación se explican BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 528 ss.

149 En este sentido ZARAGOZA AGUADO, “Receptación y blanqueo de capitales”, cit., pg. 468 en relación con la 457; GONZALEZ RUS, Parte Especial I, cit., pg. 852; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 391 ss; CALDERON CERREZO, A. “Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales”, en Prevención y represión del blanqueo de capitales, Estudios de Derecho Judicial, director Javier Zaragoza Aguado, nº 28, Madrid, 2000, pgs. 263 ss., pgs. 274/5.

Palma Herrera<sup>150</sup> asume esta postura y hace una distinción en relación con los partícipes en el delito previo. Entiende que si el inductor o el cómplice en el hecho previo lava los bienes que éste le reportó, realiza un hecho copenado y no realizará el tipo del injusto del delito de lavado de activos al ser un acto copenado. Sí realizará el lavado cuando blanquea otros bienes, como por ejemplo los que obtuvo el autor material u otro partícipe. En este último caso no se podrá hablar de acto copenado y realizará el delito de lavado de activos.

Frente a este argumento cabe indicar críticamente que para que el delito previo constituya un hecho posterior copenado ha de lesionar el mismo bien jurídico que el delito posterior o ha de encontrarse en la misma línea de progresión en el ataque al mismo bien jurídico. Pero esa identidad de bienes jurídicos no concurre en el delito de lavado de activos. El delito de lavado de activos lesiona un bien jurídico propio, distinto del menoscabado por el delito previo<sup>151</sup>, por lo que no puede constituir un hecho posterior copenado.

2) También se puede afirmar que el criterio sobre el que se apoya la impunidad del delito posterior cometido por los responsables del hecho previo cuando pretenden eludir la acción de la justicia es el privilegio del autoencubrimiento<sup>152</sup>. Su fundamento reside en el principio de la no exigibilidad de otra conducta distinta de la realizada. No se puede exigir al delincuente que se descubra. El sujeto, ante la posibilidad de evitar los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la acción policial o judicial, encubre su delito mediante la ocultación de los bienes que de él ha obtenido. Esta solución conecta incluso con derechos fundamentales constitucionales, como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. No se puede castigar a quien ha cometido un delito por encubrir los bienes derivados del mismo, pues ello equivaldría a exigirle una declaración contra sí mismo. En cambio, sí se puede sancionar al delincuente que realiza otros delitos distintos para encubrir los bienes, tales como estafas, falsedades, etc. El mero hecho de autoencubrirse, sin cometer para ello otros delitos, da lugar a una situación de no exigibilidad de una conducta diferente, que excluye la culpabilidad del sujeto.

En nuestra opinión, y pese a los argumentos anteriores, los intervinientes en el delito previo que blanquean sus ganancias quedan en el radio de acción del tipo de lavado de activos. De hecho, como venimos diciendo, las tendencias observables en los instrumentos internacionales más recientes se dirigen a exigir responsabilidad penal a los responsables del delito previo por el posterior delito de lavado. Los grandes capos de la droga lavan los fondos obtenidos y lesionan gravemente el bien jurídico que entendemos que ha de proteger el delito de lavado de activos: el orden socioeconómico. Este resulta igualmente afectado cuando quien blanquea es un interviniente en el delito previo<sup>153</sup>. Quizás, para evitar problemas sería más conveniente establecer expresamente que se admite la sanción como blanqueadores de los autores, coautores o cómplices en el delito previo.

El empleo de los parientes o de personas ligadas por análoga relación de afectividad para blanquear dinero ha suscitado la cuestión de si éstos, al igual que ocurre con el encubrimiento, quedan exculpados por el delito de lavado de activos. Imaginemos la esposa o la madre del narcotraficante que ocultan el dinero de origen delictivo. Entendemos que esto no es así, porque la causa de exculpación del encubrimiento entre parientes no es de aplicación al delito de lavado de activos<sup>154</sup>.

150 Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 393.

151 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 528 ss.

152 Cfr. una amplia exposición de esta postura en BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 528 ss, y la bibliografía allí citada.

153 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 501/2.

154 Ampliamente sobre las razones que confirman esta postura BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 546 ss.

## VI. Responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos

### 1. Introducción

Es frecuente señalar que en la comisión de delitos de blanqueo están a menudo involucradas empresas. Frecuentemente se recurre a sociedades puramente instrumentales creadas y utilizadas para blanquear dinero, si bien en ocasiones se recurre a sociedades con un fin lícito que son utilizadas para realizar actuaciones de blanqueo<sup>155</sup>. La práctica ha puesto en evidencia que es muy difícil procesar a los individuos que actúan en nombre de las personas jurídicas. Por ejemplo, dado el tamaño de la empresa y la complejidad de sus estructuras, es muy difícil identificar a la persona física penalmente responsable del delito de blanqueo. Asimismo las personas jurídicas eluden frecuentemente sus responsabilidades por la toma de decisiones colectivas. Por otro lado, las prácticas de blanqueo de capitales a menudo continúan después de la detención de miembros de la dirección, puesto que la empresa como tal no se ve afectada por las sanciones individuales<sup>156</sup>.

No existen muchos ejemplos de responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de blanqueo de capitales. En Francia se encuentra el asunto *Sentier II* relativo a un caso de blanqueo que implicaba un tráfico de cheques entre Francia e Israel entre 1996 y 2001, que suponía dinero de estafas, en el que se encuentran implicadas diversas instituciones financieras. A falta de sentencia firme, algunas de ellas han sido imputadas por blanqueo de capitales. En los Estados Unidos podemos mencionar el caso *Wachovia*. Este banco, adquirido en 2008 por Wells Fargo, fue objeto de una minuciosa investigación por no mantener un programa eficaz contra el blanqueo de capitales, pero nunca llegó a los tribunales. De acuerdo con las informaciones sobre el caso, presuntamente entre 1996 y 2004 Wachovia fue consciente del elevado riesgo de que se estuviese lavando dinero de la droga a través de las casas de cambio mexicanas. Pese a todo, siguió haciendo negocios con dichas casas de cambio. Como resultado de ello, desde el 1 de mayo de 2004 hasta el 31 de mayo de 2007 se realizaron transferencias desde las casas de cambio a las cuentas de Wachovia por un valor de al menos 373.000 millones de dólares; más de 4.000 millones fueron transportados desde las casas de cambio en México a cuentas de Wachovia. Pagó a las autoridades norteamericanas una cantidad de 110 millones que constituían cantidades que podían ser decomisadas por estar relacionadas con el blanqueo de capitales y una multa de 50 millones<sup>157</sup>. Por lo que en este caso se llegó a un acuerdo para no perseguir penalmente al banco. Hay otros casos en los Estados Unidos en los que diversas instituciones financieras llegan a acuerdos económicos con el gobierno para evitar ser imputadas penalmente por delitos de blanqueo.

### 2. En los instrumentos internacionales

#### 2.1 Naciones Unidas

La **Convención de Palermo** exige que se establezca la responsabilidad tanto de las personas físicas como de las jurídicas. De acuerdo con el artículo 10, los Estados Parte deben adoptar las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención. Dicha responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa. De esta manera se tiene en cuenta la diversidad de los ordenamientos jurídicos a la hora de sancionar a las personas jurídicas, por lo que un Estado puede no prever que dicha responsabilidad sea penal si

155 FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas", *Diario La Ley*, Nº 7657, 2011.

156 Explanatory Report, Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, (CETS No. 198), nm. 103.

157 Cfr. U.S. District Court Southern District of Florida Case No. 10 – 20165-CR-LENARD -, *United States of America v Wachovia Bank N.A.*, Deferred prosecution agreement.

es incompatible con sus principios jurídicos<sup>158</sup>. El Estado cumple con sus obligaciones si prevé una responsabilidad de índole civil o administrativa.

De acuerdo con el párrafo 3 del artículo 10 la responsabilidad de las entidades jurídicas debe establecerse sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. Por lo tanto, si una persona física comete un delito en nombre de una persona jurídica, ha de ser posible sancionar tanto a una como a la otra. Por lo tanto, la responsabilidad de las personas jurídicas es adicional de la de las personas físicas.

Asimismo, la Convención requiere que las sanciones –penales o no- que se impongan (monetarias o de otra naturaleza) sean eficaces, proporcionadas y disuasivas. Esta disposición complementa la regla general contenida en el párrafo 1 del artículo 11 de que se tenga en cuenta la gravedad del delito al imponer las sanciones<sup>159</sup>.

Una disposición similar se contiene en el art. 26 de la Convención de Mérida.

## 2.2 Convenio de Varsovia

El artículo 10 del Convenio de Varsovia se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas. De acuerdo con el número primero los Estados deben garantizar que las personas jurídicas puedan ser responsables por los delitos de blanqueo de capitales. No obliga, sin embargo, a prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>160</sup>. Cumple el Estado cuando las sanciones previstas para las personas jurídicas sean penales, civiles o administrativas, siempre u cuando sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” como se especifica en el párrafo 4 de este artículo. De acuerdo con este precepto, las personas jurídicas serán responsables cuando concurren tres requisitos: 1) que se haya realizado un delito de blanqueo de capitales. 2) Que el mismo se haya cometido por cuenta de la persona física. 3) que lo haya ejecutado alguna persona física que actúe individualmente o en calidad de miembro de un órgano de la persona jurídica, y que ejerza un **poder de dirección** dentro de la misma. Este poder de dirección puede estar basado a) un poder de representación de la persona jurídica; o; b) la facultad de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica; o c) la facultad de ejercer control dentro de la persona jurídica<sup>161</sup>.

El apartado 2 se menciona específicamente la obligación de las Partes Contratantes a extender la responsabilidad de la persona jurídica a los casos en los que la falta de supervisión o control por parte de una persona física que ejerza un poder de dirección haya hecho posible la comisión del delito de blanqueo, por cuenta de dicha persona jurídica, por una persona física sometida a su autoridad. Se responsabiliza así a la persona jurídica por la falta de control por parte de los directivos de los actos cometidos por sus subordinados en nombre de la empresa<sup>162</sup>.

El apartado 3 precisa que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad penal de la persona física que perpetre, instigue o actúe como cómplice del delito de blanqueo.

## 2.3 Unión Europea

La tercera Directiva, que como sabemos carece de naturaleza penal, alude a la responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 39.1. Este únicamente obliga a que los Estados miembros dispongan

158 NACIONES UNIDAS, Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2004, nm. 253.

159 *Ibidem*, nm. 256.

160 Explanatory Report, Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, (CETS No. 198), nm. 105.

161 Asimismo se exige la implicación de dicha persona física en calidad de cómplice o instigador de los delitos.

162 Explanatory Report, Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, (CETS No. 198), nm. 106.

sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias” para las personas jurídicas cuando infrinjan la normativa antiblanqueo. Por su parte, el art. 39.2 solo exige, para las entidades de crédito o financieras infractoras, medidas o sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

#### **2.4 Las cuarenta recomendaciones del GAFI. La evaluación de la normativa española**

De acuerdo con la Recomendación 2 apartado b) de las cuarenta recomendaciones del GAFI: “Los países deberían garantizar que: b) Se debería aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal y, en los casos en que no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa. Esto no debería obstaculizar a los procedimientos penales, civiles o administrativos paralelos con respecto a personas jurídicas en aquellos países en que se apliquen esas formas de responsabilidad. Las personas jurídicas deberían estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas.”

Cuando el GAFI evaluó la legislación española sobre el blanqueo de capitales en el año 2006 puso en evidencia que las personas jurídicas no eran entonces penalmente responsables. Señaló que de acuerdo con la versión vigente en aquel momento del art. 302 nº 2 CP relativo al blanqueo de capitales eran aplicables las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP a las personas jurídicas<sup>163</sup>. Tras analizar la situación vigente en aquel momento, concluye el precepto que no existe en la legislación española ningún principio fundamental que impida establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que más bien se trata de una tradición jurídica. Esto impide, dice el informe, imponer a las personas jurídicas una multa (como pena) en los casos de blanqueo de capitales. Con todo, la falta de sanción de las personas jurídicas responsables penalmente de un delito de blanqueo queda mitigada por las disposiciones del artículo 129 CP que contienen una amplia gama de medidas punitivas distintas de las multas, que pueden imponerse a una persona jurídica por delitos de blanqueo. Por ello, concluye el informe que, de acuerdo con las 40 Recomendaciones del GAFI, España está obligada a extender la responsabilidad penal por el delito de blanqueo de capitales a las personas jurídicas<sup>164</sup>. Por ello concluye que España debería asegurarse de que se prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de blanqueo de capitales<sup>165</sup>.

#### **2.5 Reglamento modelo de la CICAD sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves**

El artículo 20 del Reglamento modelo se refiere a la responsabilidad de las instituciones financieras. No se trata, por tanto, de una norma general relativa a todas las personas jurídicas, sino exclusivamente a dichas entidades financieras. De acuerdo con el número 3 de este precepto “comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los Artículos 8 y 16 a 19 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados Artículos”. Se alude esencialmente al incumplimiento de obligaciones tales como la de identificar al cliente, mantener registros o comunicar operaciones financieras sospechosas. El número cuatro alude a las sanciones que podrían imponerse (no se refiere a su naturaleza) que son la multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera.

163 Financial Action Task Force, Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating The Financing of Terrorism. Spain. 23 June 2006, núms. 12 y 102 ss.

164 *Ibidem*, núm. 106.

165 *Ibidem*, núms. 12 y 112.

En América latina recordemos que Chile y Argentina castigan a las personas jurídicas por los delitos de blanqueo de capitales.

### 3. Derecho comparado

En la Unión Europea se observa que la mayoría de los Estados miembros castiga a la persona jurídica por los delitos de blanqueo cometidos en su seno<sup>166</sup>. En América latina recordemos que Chile y Argentina también castigan a las personas jurídicas por los delitos de blanqueo de capitales.

Quizás la cuestión más compleja es la de la imputación o atribución de delitos de lavado de activos a la persona jurídica. Los elementos que se derivan de la normativa comparada en la materia son los siguientes.

1. La definición de qué ha de entenderse por persona jurídica le corresponde al Derecho nacional. Normalmente se admite la responsabilidad penal de los entes privados con personalidad jurídica así como de las empresas del Estado. No se suele admitir la responsabilidad penal de las instituciones públicas.

2. Los delitos que se imputan a la persona jurídica han de ser cometidos por los órganos directivos de la empresa o por los empleados de la misma.

a) En el primer caso, serán responsables de los delitos los representantes de la empresa (sean dueños, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración).

b) En el segundo, son los empleados, o mejor, las personas sometidas a la dirección, control o supervisión de los sujetos anteriores quienes llevan a cabo la conducta delictiva. Este supuesto requiere que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección, control y supervisión por parte de los representantes y directivos de la persona jurídica.

3. No basta con constatar que un administrador o representante legal (o trabajador) de una persona jurídica haya cometido un hecho típico para que se pueda imputar éste a aquella. Es necesario también que los delitos sean cometidos en nombre o por cuenta y en su interés o para el provecho de la persona jurídica. Es decir, ha de ser acciones u omisiones que el agente estaba formalmente habilitado a llevar a cabo, lo que supone que se ha comportado dentro de su ámbito de sus funciones empresariales, y por lo tanto obligan a la empresa que tiene se soportar las consecuencias. Será necesario aquí determinar cuándo el sujeto actúa en el marco de sus competencias dentro de la persona jurídica, o cuando se excede de las mismas o incluso contradice la política empresarial de la empresa.

4. En algunas legislaciones la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma de la de la persona física que haya realizado materialmente el delito (en España el art. 31 bis. 2 y 3 CP). Por lo que se puede decir que el delito cometido por la persona física es una realidad diferenciada del cometido por la persona jurídica. Esta autonomía se deriva de una serie de datos:

a) La persona jurídica puede ser condenada aun cuando no lo sea la persona física que ha ejecutado el delito. Es suficiente con constatar que quien ostenta los cargos o funciones examinadas ha cometido un delito para poder condenar a la persona jurídica. La responsabilidad penal de la persona jurídica se declara pese a que:

- No se haya identificado a la persona natural que ha cometido el delito, basta con que se constate que se ha cometido un delito.

166 BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 853 ss.

- La persona natural no resulte responsable por concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, estado de necesidad justificante).
- La persona física haya fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia.

Por lo tanto, es posible sancionar a la persona jurídica de forma exclusiva o de forma cumulativa respecto de la persona física.

c) La responsabilidad de la persona jurídica es autónoma respecto de la física, porque no son de aplicación las reglas propias de la autoría y la participación entre ellas.

Estos sistemas se basan esencialmente en el criterio elaborado por el autor alemán Tiedemann del defecto de organización en la empresa. Esto quedará acreditado cuando la persona jurídica no haya aplicado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos, en nuestro caso de lavado de activos. Estos modelos, evidentemente, tomarán como referencia los normativamente establecidos, bien en la norma penal o en la legislación preventiva del lavado de activos. No está claro qué consecuencias tiene el haber adoptado estos modelos para la responsabilidad penal de la persona jurídica. En algunas legislaciones como la de Chile la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal. En España, sin embargo, se prevé únicamente como circunstancia atenuante de su responsabilidad (cuando se adopten tras la comisión del delito y antes del comienzo del juicio oral).

## **VII. La parte subjetiva del delito según los instrumentos internacionales: el dolo y la imprudencia/culpa**

La mayoría de los instrumentos internacionales relativos al lavado de activos exigen que el sujeto actúe “a sabiendas”<sup>167</sup> del origen delictivo de los bienes. Adicionalmente el Reglamento Modelo de la OEA (art. 2) utiliza las expresiones “debiendo saber” o “con ignorancia intencional” de que los bienes son producto de un delito. Estas dos últimas expresiones van a suscitar problemas interpretativos de gran calado, referentes a la incriminación del lavado cometido por imprudencia.

### **1. La expresión “a sabiendas”. Su referencia al dolo**

El lavado de activos es un delito doloso, que requiere que el agente conozca los elementos del tipo objetivo y además que quiera realizarlos. La peculiaridad de la normativa internacional con respecto al tipo subjetivo descansa en el empleo de la expresión “a sabiendas”, cuando hace referencia al origen delictivo de los bienes. Junto a ello, es de destacar la mención expresa a los objetivos que deben guiar al autor, como son el de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.

El sujeto debe tener conocimiento de que los bienes tienen su origen en un delito. El conocimiento del objeto material, o mejor, de su origen, es el que más debate ha sugerido en la doctrina. La expresión “a sabiendas” se refiere al elemento intelectual del dolo, que debe abarcar un elemento del tipo cual es que los bienes tienen su origen en un delito<sup>168</sup>. Se trata éste de un elemento normativo del tipo cuya constatación por los sentidos no es suficiente -a diferencia de lo que ocurre con los elementos descriptivos-, es necesario además realizar una valoración para determinar si los bienes proceden de un delito, y, fundamentalmente, en función de los Estados, si es un delito de los expresamente mencionados en el tipo -un delito grave o de narcotráfico-. De aquí se pueden derivar dos cuestiones problemáticas que se refieren, por un lado, al sustrato fáctico del elemento normativo, y, por otro, a la valoración de tal sustrato.

167 En este sentido, el art. 3.1.b).i), ii), y 3.1.c).i) del Convenio de Viena, y el art. 2.1, 2 y 3 del Reglamento Modelo. “Sabiendo” es el término que emplea el Convenio del Consejo de Europa, art. 6.1.a), b), c).

168 Así BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 656 ss; GOMEZ INIESTA, blanqueo de capitales, cit., pgs. 54 ss; FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pgs. 393/4. Por contra, entiende FARALDO CABANA, P., “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”, en Estudios Penales y Criminológicos, XXI, 1998, pg. 143, que se trata de un elemento subjetivo del injusto.

El sustrato fáctico está integrado por los hechos constitutivos de un delito. El autor ha de conocer aquellas circunstancias fácticas perceptibles por los sentidos, que han de servirle de base para valorar su carácter delictivo. Se trata, al igual que ocurre en los elementos descriptivos del tipo, del conocimiento de los hechos constitutivos de un delito. Ahora bien, puesto que el autor ha de proceder posteriormente a la valoración de tales hechos, cabe plantearse si ha de conocer exhaustivamente todas y cada una de las circunstancias en las que se producen los mismos. En semejanza con el delito de receptación, no es necesario un conocimiento exacto y pormenorizado del delito previamente cometido. En este sentido, la jurisprudencia española considera que el delito previo es un elemento de carácter normativo que “va más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas, sin que sea equiparable al conocimiento exhaustivo y pormenorizado del hecho criminal en cuanto a sus particularidades o circunstancias de fecha, forma o lugar”<sup>169</sup>. Por tanto, circunstancias tales como el tiempo, lugar, formas de comisión, autor, víctimas, etc..., no necesitan ser abarcadas por el conocimiento, aunque si son conocidas forman parte integrante del dolo<sup>170</sup>.

El autor del delito de lavado de activos ha de proceder a una valoración de los hechos que ha percibido. De tal valoración ha de derivarse que tales hechos constituyen una conducta delictiva, y particularmente de las previstas en la norma penal (bien delitos de carácter grave, de narcotráfico, etc.). Este tipo de valoración jurídica, que tiene como referencia el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano, forma también parte del dolo<sup>171</sup>. Sin embargo, no es necesaria una calificación jurídica precisa dentro de la categoría de los delitos a los que alude la norma penal<sup>172</sup>. Basta con que se perciba que los hechos son constitutivos de una infracción dentro de la categoría de los delitos previstos<sup>173</sup>.

En cuanto a la clase de dolo, opinan algunos autores que la expresa referencia al conocimiento (“sabiendo”) limita la aplicación del tipo exclusivamente a los casos en los que concurra dolo directo<sup>174</sup>. Sin embargo, consideramos que la exigencia típica de que el sujeto tenga conocimiento del origen de los bienes no excluye, en principio, el dolo eventual<sup>175</sup>. Hubiera quedado más claro si se hubiese hecho mención específica al dolo eventual (La Ley modelo acoge, como una de sus variantes, el término “sospecha”).

La jurisprudencia española admite claramente el dolo eventual. Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003 (entre otras muchas)<sup>176</sup> señala expresamente que “esta sala abandonó, hace tiempo, 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. Consecuentemente, 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 actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social”.

169 Sentencias del Tribunal Supremo español de 14 de marzo y de 3 de diciembre de 1997.

170 Cfr. PEREZ MANZANO, Mercedes, “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en Cuadernos de Derecho Judicial. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria, Madrid, 1994, pgs. 219 ss, pg. 229.

171 Cfr. PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 229.

172 Así lo entendían respecto de la normativa derogada, cuando se refería a delitos relativos a las drogas, DIEZ RIPOLLES, Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Madrid, 1989, pg. 92; SILVA SANCHEZ, Jesús-María, “La receptación específica”, en Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Tráfico ilegal de drogas), T. XII, Cobo del Rosal, M. (dir.), Madrid, 1990, pgs. 479 ss, pg. 495; PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 230.

173 Cfr. SILVA SANCHEZ, “receptación específica”, cit., pg. 495/6; PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 230.

174 Así, VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., Nuevo Código Penal comentado, Madrid, 1996, pg. 450; DEL CARPIO DELGADO, blanqueo de bienes, cit., pg. 317.

175 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 660 ss; PALOMO DEL ARCO, “Receptación y conductas afines”, cit., pgs. 445/6; FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 397.

176 Cfr. por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo español de 29 de septiembre de 2001; de 4 de enero de 2002.

## 2. El momento del conocimiento del hecho previo. El problema del dolus subsequens

En general, se considera que el dolo debe existir durante la realización del comportamiento, esto es, **durante su ejecución**. Por tanto, el dolus antecedens, es decir, un dolo anterior a la comisión, no es suficiente. Ahora bien, al igual que el dolus antecedens, se admite que el dolus subsequens, esto es, el dolo posterior al hecho, no es dolo en el sentido del Derecho Penal. Como consecuencia de la exigencia de que el conocimiento correspondiente al dolo sea actual, se deriva que no tenga ninguna consecuencia jurídico-penal el conocimiento posterior a la realización de la conducta.

Pese a que normalmente no existe una referencia expresa al momento en que ha de manifestarse el conocimiento, en el ámbito del lavado de activos sí se suele hacer mención a esta cuestión. Así, por ejemplo, es de señalar la mención expresa recogida en el **Convenio de Viena** de 1988 que, en su artículo 3.c).i), se refiere a “la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a)...”. Esta misma mención se reproduce en el art. 6.1.c) del Convenio del Consejo de Europa, y en el art. 1 de la Directiva CE.

Por tanto, en el delito de lavado de activos el dolo debe concurrir en el momento de la realización del comportamiento. Es irrelevante desde el punto de vista penal si el conocimiento del origen delictivo de los bienes es obtenido con posterioridad a la realización de las acciones de lavado de activos. Tiene plena vigencia para el lavado de activos, por tanto, el principio dolus superveniens non nocet<sup>177</sup>.

## 3. La ignorancia intencional

Se trata este de un concepto desconocido en nuestros Derechos, que procede de los Estados Unidos, en el que se ha elaborado el concepto de “willful blindness”, que puede ser traducido textualmente como “ceguera deliberada”, aunque se emplea más comúnmente las expresiones “ignorancia deliberada” o “ignorancia intencional”<sup>178</sup>.

Prado Saldarriaga entiende que la ignorancia intencional acoge supuestos tanto de **culpa con representación como de dolo eventual**<sup>179</sup>.

La **doctrina española** se ha enfrentado al problema que suscitan los supuestos similares a los que en Derecho americano se denominan willful blindness o ignorancia deliberada. Estamos ante lo que los canonistas denominaban “ignorancia afectada”<sup>180</sup>. El sujeto intenta cegar las fuentes por las que puede llegar al conocimiento del delito. Es un problema ya planteado por Pacheco<sup>181</sup> en el siglo XIX para quien estos casos debían ser considerados equivalentes al conocimiento. En su opinión, no cabe alegar desconocimiento cuando los hechos son notorios y de los que todo el mundo hubiera sospechado. De esta forma, sería un encubrimiento punible el supuesto del que debió y pudo racionalmente llegar al conocimiento de la comisión de un delito.

Esta opinión no resulta satisfactoria porque supone equiparar la “posibilidad de conocer” y el “deber de conocer”. Por eso, Rodríguez Mourullo prefiere establecer una equivalencia entre el “doloso no querer saber” y el efectivo conocimiento de la comisión de un hecho punible, siempre y cuando los datos objetivos obliguen o permitan saber<sup>182</sup>.

177 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 668 ss.

178 Sobre las distintas interpretaciones de este concepto puede verse el Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. CICAD, pg. 27.

179 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, “La criminalización internacional del lavado de dinero: sus desarrollos regionales y nacionales”.

180 CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación, cit., pg. 271.

181 PACHECO, El Código Penal concordado y comentado, t. I, Madrid, 1881, pg. 271.

182 RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T. I, cit., pgs. 904/5.

Es interesante el criterio de Conde-Pumpido, quien considera que la solución al problema podría venir del recurso al **dolo eventual**<sup>183</sup>. La razón fundamental es que, pese a que el autor duda del carácter delictivo del hecho, actúa aceptando el riesgo de incurrir en sanción penal<sup>184</sup>. En cualquier caso, pone de manifiesto que la práctica judicial admite la prueba del conocimiento en aquellos supuestos en los que las circunstancias del hecho puedan servir de base a una “presuntio iudex” de la existencia del conocimiento<sup>185</sup>.

Palma Herrera<sup>186</sup> identifica los supuestos de ignorancia deliberada con el dolo eventual. A su juicio, quien ciega las fuentes del conocimiento lo hace porque teme y se plantea la posibilidad de que los bienes tengan un origen delictivo. El sujeto, por tanto, tiene un conocimiento eventual del origen delictivo de los bienes. Restringe las posibilidades que se pueden plantear a dos supuestos: o bien el sujeto se plantea como probable la procedencia delictiva de los bienes, en cuyo caso quien ciega voluntariamente las fuentes de conocimiento actúa con dolo eventual, o no se plantea ni siquiera como probable ese origen, en cuyo caso ya no habrá dolo eventual. Entendemos que la realidad es mucho más rica en matices, y pueden plantearse casos distintos no reconducibles a ninguna de estas opciones. En efecto, son imaginables supuestos en los que el sujeto ciega sus fuentes de conocimiento, no quiera saber el origen de los bienes, y ni siquiera se represente como probable el origen “delictivo” de los bienes. En la práctica se presentan casos en los que determinadas personas realizan operaciones sobre cantidades de dinero que no proceden de la comisión de un delito, sino de infracciones tributarias (dinero “b”), y no quieren conocer la procedencia de tales bienes, ciegan las posibles fuentes de conocimiento de su origen y ni siquiera se representan que puedan proceder de un delito. No es lo mismo la conducta de aquel que recibe grandes cantidades de dinero en efectivo de quien conoce que se dedica al narcotráfico, pero no quiere saber el origen del dinero, que la de aquel que recibe dichas cantidades de un empresario, también sin querer saber su procedencia. En el primer caso podríamos estar ante un supuesto de dolo, mientras que en el segundo ya no habría dolo.

En nuestra opinión, es preciso diferenciar dos situaciones diversas. Por un lado, aquella en la que el sujeto no quiere conocer la procedencia delictiva de los bienes, pero de alguna forma, en función de las circunstancias objetivas, se representa ésta como probable. Este sería un supuesto de dolo eventual. Por ejemplo, recibir elevadas cantidades de dinero en efectivo de un narcotraficante sin querer saber el origen de los bienes. Por otro, la consistente en no querer saber absolutamente nada de los bienes, sin representarse en absoluto su origen delictivo. Por ejemplo, recibir también elevadas cantidades de dinero en efectivo de una persona, sin querer saber nada a cerca de la procedencia de tal dinero. Este caso no sería abarcado por el dolo, pues no se puede decir que actúa a sabiendas o con conocimiento. Estos últimos casos, con todo, serán mucho menos frecuentes.

#### 4. ¿Elementos subjetivos específicos?

El artículo 3.1.b).i) del Convenio de Viena requiere que los actos de conversión y transferencia de los bienes de origen delictivo se realicen con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus acciones<sup>187</sup>. La doctrina se encuentra dividida a la hora de valorar la naturaleza jurídica de tales requisitos. Mientras unos autores opinan que constituyen **elementos subjetivos del injusto**, otros niegan este carácter. En cualquier caso, lo que parece claro es que se excluye el ánimo de lucro como elemento subjetivo necesario<sup>188</sup>.

183 CONDE-PUMPIDO, Encubrimiento y receptación, cit., pg. 271.

184 *Ibidem*, pg. 272. Sin embargo, finalmente excluye la posibilidad del dolo eventual dado que, en coherencia con su postura, el encubrimiento no admite el dolo eventual

185 *Ibidem*.

186 Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 576.

187 El art. 6.1.a) del Convenio del Consejo de Europa se refiere a la conversión o transferencia con el fin de ocultar o disimular la procedencia delictiva de los bienes.

188 Cfr. VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios al Código Penal de 1995, T. II, cit., pg. 1461; ZARAGOZA AGUADO, J. A., “Receptación y blanqueo de capitales”, en El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico (III), vol. 4, pgs. 449 ss., pg. 467; ZARAGOZA AGUADO, J. A., “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, en El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, febrero 1994, pgs. 109 ss.

En nuestra opinión, estamos ante conductas tendentes al encubrimiento o favorecimiento; constituyen supuestos de **tentativa de encubrimiento**. Se exige un dolo de encubrir y se señalan los comportamientos típicos que pueden dar lugar a tal encubrimiento. El autor persigue un resultado situado más allá del tipo objetivo y que, pese a ser contemplado en el tipo, no es necesario alcanzar. De esta forma, cuando el autor convierta o transfiera los bienes, su comportamiento ha de estar preordenado a la meta propuesta, siendo indiferente si la consigue o no. Por eso, optamos por acoger la segunda de las posturas que considera que ambos elementos subjetivos se refieren al **aspecto volitivo del dolo**. Los autores del delito han de actuar con la intención de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, con lo que así se impide su descubrimiento, lo que coincide plenamente con las conductas encubridoras. También la intención de ayudar a los partícipes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos tiene un carácter claramente encubridor, debiendo recaer la conducta típica sobre los bienes de origen delictivo para evitar la sanción de tales partícipes. En definitiva, los elementos subjetivos mencionados son una mención expresa del aspecto volitivo del dolo típico de encubrimiento.

El problema que se plantea ahora es determinar si la mención expresa de elementos intencionales en el tipo exige una determinada forma de dolo. En la doctrina española entiende Pérez Manzano que la referencia expresa a la intención del autor excluye el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual<sup>189</sup>. Se podría reprochar a tal postura que si solamente se exige la concurrencia del **dolo directo de primer grado** podrían surgir lagunas de punibilidad, pues quedarían impunes las conductas realizadas con la concurrencia de dolo directo de segundo grado o dolo eventual. A ello se responde que los supuestos de dolo directo de segundo grado y dolo eventual quedan abarcados por el art. 3.1.b.ii), que castiga la ocultación o el encubrimiento sin exigir ninguna intención expresa<sup>190</sup>. Además, el empleo de la locución “a sabiendas” en este artículo, tal y como hemos visto, no excluye ninguna modalidad de dolo, por lo que no existe ningún obstáculo para admitir los supuestos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual<sup>191</sup>.

## 5. El error en el delito de lavado de activos

En el delito de lavado de activos serán muy frecuentes los casos de **error de tipo**, consistentes en el desconocimiento o el conocimiento defectuoso de algún elemento del tipo penal. Cuando el error de tipo sea invencible no cabe imponer pena alguna. Si es vencible se impondrá la sanción por imprudencia si está expresamente castigada. La exclusión del dolo en este ámbito puede producirse fundamentalmente, aunque no exclusivamente, como consecuencia de un desconocimiento o de un conocimiento defectuoso de la acción típica o del objeto material. El desconocimiento de que se realiza una acción típica de lavado de activos no plantea excesivas dificultades a nivel del error. Más problemática es la cuestión relativa al desconocimiento que recae sobre el objeto material, porque el tipo penal emplea elementos normativos en la descripción de los objetos idóneos. Para apreciar mejor esta cuestión vamos a distinguir las diversas situaciones que se pueden plantear<sup>192</sup>:

1. Representación errónea de los hechos de los que proceden los bienes. El ejemplo típico es aquel en el que el potencial blanqueador considera que los bienes objeto de su conducta son de origen legal cuando en realidad proceden de un delito. En tales casos concurre un error de tipo que excluye el dolo, y que de ser vencible dará lugar a su sanción por imprudencia de estar castigada.
2. El error de subsunción. El error de subsunción se produce en aquellos casos en los que el autor conoce las circunstancias fácticas, los hechos de un elemento normativo, pero yerra en su valoración jurídica. Esta modalidad puede ser de importancia en los casos en los que la legislación

189 Respecto del Código Penal español derogado, cfr. PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 240.

190 Cfr. PEREZ MANZANO, “blanqueo de dinero”, cit., pg. 240.

191 *Ibidem*, pgs. 240/1.

192 Una amplia descripción, con ulteriores referencias bibliográficas BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 763 ss.

nacional castiga el lavado de los bienes que proceden de un delito grave. Por ejemplo, si el sujeto piensa que los bienes proceden de unos hechos que considera constitutivos de un delito no grave, cuando en realidad son constitutivos de un delito grave. En estos casos el error de subsunción recae sobre un elemento del tipo de carácter normativo. Cuando el autor piensa que los bienes que blanquea proceden de un delito no grave, siendo así que proceden de un delito grave, hay un elemento del tipo que no se encuentra plenamente abarcado por el dolo: concretamente el elemento normativo que exige que los bienes procedan de un delito grave. Por tanto, se plantea un problema en el ámbito del tipo, determinado por un déficit en el conocimiento de un elemento normativo del tipo, que se ha de resolver primeramente en él. En tal caso concurre un error de tipo que excluye el dolo, y que de ser vencible dará lugar a su sanción por imprudencia, de ser punible<sup>193</sup>.

3. Representación falsa de las circunstancias fácticas de las que proceden los bienes, siendo así que tanto ellas como las circunstancias reales constituyen delitos previos idóneos para el lavado. El supuesto de hecho es aquel en el que un potencial blanqueador se representa erróneamente hechos distintos de los reales, y tanto los hechos reales como los representados son delitos (o son delitos graves, tal y como prevé la normativa nacional). Estamos ante un error irrelevante, pues el sujeto se representa exactamente lo que el tipo exige, esto es, conoce que los bienes que blanquea tienen su origen en un delito de los expresamente tipificados.

## 6. La realización del delito de lavado de activos por imprudencia/culpa

### 6.1 El delito imprudente de blanqueo de capitales en los instrumentos internacionales

Los instrumentos internacionales vinculantes no han mostrado una especial atención a la modalidad imprudente del blanqueo de capitales, especialmente en el contexto de las **Naciones Unidas**. De hecho, ninguno de los Convenios de esta organización internacional la contempla<sup>194</sup>. Ni el Convenio de Viena, ni la de Palermo ni la de Mérida contienen disposiciones sobre la forma imprudente. Sin embargo, esto no significa que los Estados no puedan ir más allá y castigarla, como efectivamente ocurre. Y ello porque no debemos olvidar que tales textos internacionales constituyen normas de mínimos<sup>195</sup> que deben cumplir los Estados parte, que están autorizados a prever medidas más estrictas o rigurosas<sup>196</sup>.

Distinta es la situación en los instrumentos elaborados en el contexto del **Consejo de Europa**. Ya el art. 6 del Convenio de Estrasburgo de 1990, que obliga a tipificar el blanqueo doloso en su párrafo 1, prevé en el apartado a) de su párrafo 3 la posibilidad de que las Partes tipifiquen todas o parte de tales conductas intencionales cuando el sujeto “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”. En la misma línea el párrafo 3 del art. 9 del Convenio de Varsovia de 2005 permite a los Estados que sancionen los hechos cuando su autor “b) debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”. No debe perderse de vista que estas disposiciones carece de carácter vinculante para los Estados parte, sino que es puramente opcional<sup>197</sup>.

193 Con todo, podrían aplicarse a este supuesto los delitos de encubrimiento o de receptación (si se trata de un delito socioeconómico).

194 Así FABIAN CAPARROS, Eduardo A., “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, en *Revista General de Derecho Penal*, 16 (2011), pg. 4.

195 Como dice FABIAN CAPARROS, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, cit., pg. 4, nota 12, constituyen un “estándar mínimo”, no tanto un “estándar máximo abierto” como indica ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, pgs. 177-178.

196 Cfr. el art. 24 de la Convención de Viena, el art. 34.3 de la Convención de Palermo y el art. 65.2 de la Convención de Mérida.

197 Explanatory Report al Convenio de Varsovia (cit.), nº 98.

En cuanto a la **Unión Europea**, las iniciativas del tercer pilar han ido en la línea de exigir a los Estados miembros que incorporen algunos contenidos del Convenio de Estrasburgo<sup>198</sup>, especialmente las disposiciones relativas a la penalización del blanqueo, si bien sin incidir en la necesidad de castigar el blanqueo imprudente<sup>199</sup>.

Por su parte la primera de las cuarenta recomendaciones del **Grupo de Acción Financiera Internacional** (GAFI) se remite a la definición prevista en los Convenios de Viena y Palermo, que como hemos visto no contienen ninguna disposición sobre el blanqueo imprudente.

El Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos, aprobado en el marco de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la **Organización de Estados Americanos** también prevé la modalidad imprudente. En efecto, el art. 2 define los delitos de lavado de activos en sus tres primeros párrafos, previendo la tipificación de las conductas allí previstas cuando se cometen “a sabiendas”, con “ignorancia intencional”, y también “debiendo saber” que los bienes proceden de actividades delictivas. Esta última referencia, el “debiendo saber”, se interpreta como imprudencia o culpa. Precisamente el Reglamento modelo, en una nota al pie, señala que la imprudencia se puede considerar en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros esta por debajo de los estándares mínimos, por lo que aquellos que lo “apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico”.

Como conclusión, no podemos concluir de manera decisiva, como apunta algún autor, que “el castigo del blanqueo imprudente no constituye una prioridad en el marco internacional”<sup>200</sup>. Es cierto que no parece existir un consenso internacional a cerca de su carácter obligatorio, sino que normalmente es de naturaleza facultativa. Pero su referencia en algunos instrumentos internacionales evidencia en realidad la importancia que se le otorga a este tema. Sí que es cierto que tales instrumentos aligeran bastante la prueba del dolo mediante el recurso a la prueba de indicios, para posibilitar así a los Estados que no asuman la modalidad imprudente una mayor efectividad en la persecución penal del blanqueo.

## 6.2 La imprudencia y el blanqueo de capitales

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina es la necesidad o no de castigar las conductas imprudentes de lavado de activos. La exigencia de dolo da lugar inevitablemente a **dificultades de prueba**. Los responsables de estos delitos van a poder eludir sin problemas su responsabilidad alegando el desconocimiento del origen delictivo de los bienes. Las autoridades se van a encontrar con grandes dificultades para probar la existencia de un conocimiento positivo, lo que va a dejar prácticamente sin aplicación al delito de lavado de activos. Para evitar esto, algunos países han criminalizado del lavado imprudente, cuya ventaja reside en que facilita la prueba del delito. En Latinoamérica también castigan algunos países (pocos de momento) el lavado imprudente. Así en Chile, el art. 27 de la Ley num. 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, castiga (con pena rebajada en dos grados) las conductas de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes si el autor no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable. El art. 196 del CP del Paraguay castiga con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa al que cometa un delito de blanqueo y por negligencia grave, desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico. En realidad, se pretende proporcionar a las autoridades policiales y judiciales un instrumento que simplifique la prueba.

198 Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito [Diario Oficial L 182 de 5.7.2001].

199 Así FABIAN CAPARROS, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, cit., pgs. 5-6.

200 FABIAN CAPARROS, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, cit., pg. 6, indica que la referencia al blanqueo imprudente está sólo presente en contadas iniciativas, y que en ellas no se impone a los Estados la obligación de que tipifiquen esta conducta, sino más bien a proponer que así se haga.

La comisión imprudente del lavado de activos se va a referir mayormente al desconocimiento del origen delictivo de los bienes. En efecto, el núcleo más problemático lo constituyen aquellas operaciones en las que se desconoce imprudentemente el origen delictivo de los bienes. En el lavado imprudente el sujeto desconoce el origen de los bienes. Sin embargo, realiza un delito de lavado como consecuencia de la **infracción de una norma de cuidado**, que le impone la obligación de examinar cuidadosamente los bienes implicados en la operación para conocer su procedencia. Detrás de la sanción penal del desconocimiento imprudente del origen de los bienes reside la idea de que los destinatarios de las normas debían haberlo conocido. Para sancionar el lavado imprudente es preciso, por tanto, que exista una norma que imponga esta obligación especial de cuidado. Esto es especialmente importante en aquellos países en los que existe una normativa administrativa que exige a los empleados y directivos de las entidades financieras que examinen determinadas operaciones. Por tanto, teóricamente sólo las personas legalmente obligadas (normalmente empleados y directivos de las instituciones financieras) podrán cometer el delito de lavado imprudente, ya que sobre ellas recaen los especiales deberes de cuidado. No podrá cometerlo cualquier ciudadano individual<sup>201</sup>, porque sobre él no recae la obligación de conocer el origen de los bienes. En definitiva, la realización del tipo imprudente sólo concurre respecto de grupos profesionales utilizados para el lavado, principalmente en el ámbito del sector financiero y grupos profesionales similares.

Contra la sanción del lavado imprudente se han vertido numerosas críticas. Se alega que no es apta para conseguir realmente el fin perseguido, la evitación de las dificultades de prueba. La introducción de un tipo imprudente no evita los grandes problemas de prueba en el ámbito del lavado de activos. Sólo se puede conseguir una condena por lavado cuando se puede probar en concreto sin ninguna duda la denominada “doble sospecha inicial”: a) Por un lado, que realmente se ha cometido una acción descrita en el tipo. Esto en principio no es muy difícil a la vista de la amplitud de los comportamientos descritos en el tipo del lavado. b) Pero, por otro lado, se ha de probar en concreto que el objeto realmente procede de un delito previo, lo que es extremadamente difícil<sup>202</sup>. Existen dificultades incluso en el simple caso en que un delincuente ingresa directamente y en metálico en su cuenta lo obtenido de un delito. Puesto que el dinero en metálico no muestra exteriormente su origen (*pecunia non olet*), será muy difícil aportar prueba de ello. Pero más difícil es cuando los bienes tienen tras de sí uno o varios procesos de transformación. Se hace prácticamente imposible trazar el camino de un bien “sucio” desde el delito original debido a los múltiples procesos de transformación, y probar para todo proceso de transformación que los bienes implicados se encuentran en relación con el anterior delito.

### 6.3 El sujeto activo del delito de lavado imprudente

Lo habitual es que el tipo penal del lavado imprudente restrinja el círculo de posibles sujetos activos, siendo estos normalmente empleados o directivos de los sujetos obligados por la normativa administrativa. Sin embargo, en algunos países como España el tipo penal no limita expresamente el círculo de sujetos activos del lavado imprudente. Esto ha llevado a interpretaciones contradictorias por parte de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre 2005 señala expresamente “A pesar de las divergencias existentes al respecto en la doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el art. 301.3 CP es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano,

201 Cuestión ampliamente debatida en la normativa española, al existir autores que entienden que la modalidad imprudente puede ser cometida por cualquier persona; cfr. ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit., pg. 289; ARANGUEZ SANCHEZ, *blanqueo de capitales*, cit., pg. 284; FABIAN CAPARROS, *blanqueo de capitales*, cit., pgs. 419/420; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pgs. 593 ss. También la sentencia de la Audiencia Nacional española de 1 de junio de 1999 (Sentencia de la Audiencia Nacional, sec. 1ª, 01-06-1999, núm. 20, rec. 20/1999, rec. 17/1994. Pte. Cezón González) sanciona a ciudadanos no obligados por la normativa administrativa por un delito de lavado imprudente.

202 Cfr. ZARAGOZA AGUADO, “Receptación y blanqueo de capitales”, cit., pg. 478, se refiere a las “enormes dificultades probatorias” que supone tener que demostrar que los valores patrimoniales proceden de un delito.

en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido”. Según esto, todos los ciudadanos tienen un deber de cuidado, que les obliga a advertir el riesgo de blanqueo de capitales que suponen determinadas operaciones económicas o comerciales. Y sigue la sentencia: “Problemático será en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, 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.)”.

Frente a esta postura, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 2005 indica expresamente que “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. Como señala un sector importante de la doctrina, la impunidad de las conductas en las que exista un error sobre el tipo ha de ser la regla general ...”. Y concluye: “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.” En definitiva, según esta sentencia sólo pueden ser sujetos activos los sujetos obligados, y no cualquier ciudadano. Compartimos, como hemos advertido ya, esta segunda opinión del Tribunal Supremo español.

#### **6.4 Phising, pharming y muleros: ¿lavado de activos?**

Son conocidos los comportamientos en los que mediante diversos artificios informáticos algunas organizaciones criminales obtienen beneficios económicos. Son de destacar los fenómenos del phishing y del pharming. El phishing, término anglosajón (escrito con “ph” en lugar de con “f”) que alude a la pesca de datos bancarios a través de Internet, es una técnica fraudulenta que consiste esencialmente en la captación masiva ilícita de datos confidenciales de los usuarios de Internet<sup>203</sup>. La actuación suele comenzar con el envío masivo de correos electrónicos a multitud de personas, que incluyen normalmente enlaces a páginas web, suplantando e imitando la identidad, imagen o apariencia de una entidad generalmente financiera o bancaria. En tales mensajes, utilizando diversos pretextos (seguridad informática u otros) solicitan el envío urgente de los datos de acceso bancarios, tales como la clave de usuario, contraseña, números de tarjeta de crédito, fechas de caducidad, etc. Una vez obtenidas las claves, se procede a realizar con ellas operaciones en la Red, normalmente transferencias de fondos sin el consentimiento de los legítimos titulares, normalmente hacia las cuentas de supuestos trabajadores captados mediante el envío de correos Spam (las denominadas mulas).

El pharming surge en abril de 2005 a causa de fallos de seguridad que se detectaron por aquellas fechas en los servidores de Microsoft<sup>204</sup>. La operativa se basa en la realización de manipulaciones técnicas de las direcciones DNS (Domain Name Server) que utiliza el usuario, de manera que cuando las escribe en el navegador le redirigen a páginas distintas de la deseada, si bien con un aspecto idéntico, creadas por los delincuentes. De esta manera obtienen sin consentimiento los datos bancarios o financieros que en manos de los delincuentes son empleados para operar en la red.

203 VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Estafa informática y banda organizada. Phishing, pharming, smishing y «muleros»”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 49, 2008; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Modalidades de estafas por internet: , y otros ... ing”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, pgs. 233-262, pg. 240.

204 VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Estafa informática y banda organizada. Phishing, pharming, smishing y «muleros»”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 49, 2008; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Modalidades de estafas por internet: , y otros ... ing”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, pgs. 233-262, pg. 240.

Más allá de la calificación jurídico-penal de estos comportamientos, existe también una figura a la que se denomina "phisher-mule", "Scamer" o "mulero". Las redes criminales dedicadas a los fraudes en Internet necesitan la colaboración de terceras personas para que el dinero defraudado llegue a sus respectivos países. Por ello suelen recurrir a ofertas de trabajo a través de Internet (llamado «teletrabajo» informático) con el objetivo de encontrar colaboradores que les ayuden a canalizar o transportar (como una mula) el dinero ilícito a su país. El teletrabajo consiste en prestar servicios laborales desde casa o a tiempo parcial, consistentes en la apertura de una cuenta bancaria (cuenta puente o cuenta nido) que recoge el dinero ilícitamente obtenido de las víctimas del phishing o del pharming. Una vez recibido el dinero se envía de nuevo a los lugares a los que se va indicando por las redes criminales (normalmente a través de empresas de servicio postal). El beneficio del trabajo se obtiene mediante el descuento de un porcentaje del dinero enviado.

La figura del mulero se está siendo cada vez de más relevancia, porque están siendo detenidos por la policía. El problema ha surgido a la hora de calificar jurídico-penalmente su comportamiento. Y ello porque los defensores solicitan la libre absolución alegando que el mulero actúa incurso en un error, dado que cree estar realizando un trabajo, y carecen de conocimiento de la actividad ilícita de la que procede el dinero.

Las posibilidades que se han manejado para castigar penalmente al mulero son de lo más variadas.

- a) Desde luego se descarta que exista un delito de encubrimiento, dado que el mulero actúa con ánimo de lucro propio.
- b) Otra opción que se ha manejado en España ha sido la de castigar al mulero como cooperador necesario en el delito de estafa.
- c) La tercera es la más ampliamente asumida en España y también en Alemania, que consiste en castigar al mulero por un delito de lavado de activos.

Precisamente la calificación de los hechos como delito de lavado de activos es la que más se está extendiendo. En efecto, si no se puede condenar a los intervinientes por el delito previo de estafa informática, solo podrán ser castigados por delito de blanqueo. Y precisamente lo habitual será que no sean susceptibles de sanción penal por la estafa, dado que no suele existir un acuerdo, ni expreso ni tácito, entre los estafadores y los muleros, y estos suelen desconocer que existe un delito de estafa en el que pueden estar involucrados. Por ello, el mulero no es **coautor** de la estafa, ya que el estafador no le incluye en el plan de ejecución de la estafa informática. Simplemente existe un contacto antes del acceso a la cuenta que pretende saquear para que el mulero le transmita el número de cuenta a cambio de una contraprestación. El estafador no permite al mulero conocer nada sobre la posterior transacción. En definitiva, el mulero carece de dominio del hecho y de la voluntad de autor, de manera que no puede ser castigado como coautor en la estafa informática. Tampoco existe **participación** en la estafa informática por parte del mulero. Es cierto que presta una colaboración eficiente y causalmente relevante en una actividad antijurídica por la que cobra dinero. En efecto, objetivamente la puesta a disposición de los datos de la cuenta con la finalidad de posteriores transferencias con dinero que procede de la estafa informática puede constituir una cooperación constitutiva de complicidad (o cooperación necesaria). Ahora bien, en la mayoría de supuestos no se podrá sancionar al mulero como cómplice porque faltará el doble dolo que precisa esta institución. Porque junto al dolo de referido al acto de cooperación, en el sentido de saber que se facilita un hecho ajeno, es preciso el dolo referido a la ejecución del hecho principal, en este caso la estafa informática. Sin embargo, falta el dolo relativo al hecho principal cuando el mulero carece de la representación de que se está cometiendo un delito.

Pero puede ocurrir que sí que actúen en **connivencia** con los estafadores, en cuyo caso deberían responder por la estafa. Es más, en algunos países como España podrían ser incluso castigados por ambos delitos, estafa y lavado de activos por las posteriores transferencias, pues es posible

castigar al autor del delito previo por el posterior blanqueo de capitales. Normalmente el mulero actúa una vez consumado el delito de estafa informática, en una operación posterior a la estafa, en la que recibe el dinero y lo transfiere a un lugar del que no se puede recuperar.

El delito de estafa cometido por los defraudadores es un **delito previo** del blanqueo de capitales del art. 301. En general, suele tratarse de delitos cometidos en el extranjero, que resultan abarcados por el tipo de lavado de activos. Asimismo el dinero obtenido de dichas estafas informáticas, y que es transferido a las cuentas del mulero, constituye un bien originado o procedente de una actividad delictiva. Normalmente el apunte contable en la cuenta del mulero es también un bien. Y también está contaminada la comisión que obtiene el mulero en contraprestación por sus servicios de recepción y transferencia del dinero estafado. Incluso habría que plantearse la posible contaminación de la comisión, si se aplica, que obtenga el banco por razón de la transferencia realizada de la cuenta del cliente a la del mulero. Ello, claro está, si se descuenta del importe defraudado.

En cuanto a la **acción típica**, se ha discutido en la doctrina y en la práctica jurisprudencia alemana cuándo se consuma el lavado de activos. Alguna sentencia alemana entiende que se consuma la acción típica del delito de blanqueo cuando la mula comunica al defraudador la existencia de una cuenta bancaria que pone a su disposición<sup>205</sup>. Esta interpretación no resulta en absoluto convincente. Recordemos que en ese momento todavía no existe ningún bien procedente de un delito que haya sido transferido a la cuenta, pues ello requerirá que la mula comunique el número de cuenta. La mera indicación de la cuenta, si acaso, podría considerarse un mero acto preparatorio del blanqueo (que solo será punible si existe dolo, e impune si es imprudente).

Algunos autores germanos entienden que se produce la acción típica cuando se recibe el dinero transferido en la cuenta de la mula<sup>206</sup>. Sin embargo, otro sector, afirma que la recepción en la cuenta no es más que el abono de la cuantía por el banco en la cuenta bancaria respectiva. Y esto, en principio, queda fuera del ámbito de influencia de la mula, por lo que no existe ninguna acción jurídicamente relevante por su parte<sup>207</sup>. De acuerdo con este sector doctrinal, el mulero comienza a realizar conductas típicas de blanqueo de capitales cuando retira de la cuenta las sumas de dinero depositadas y procede a transferirlas, normalmente al extranjero. A partir de ahí vienen en aplicación los diversos tipos penales del CP alemán, que sancionan diversas conductas típicas, como procurarse o adquirir, en el momento que la mula obtiene el poder de disposición sobre los bienes, lo que ocurre cuando retira de la cuenta el dinero. También la transferencia del dinero al exterior se oculta el origen de los bienes, conducta punible también como blanqueo.

En realidad, el problema que plantea la calificación de la conducta del mulero surge en el momento de valorar el **tipo subjetivo**. El blanqueo de capitales es un delito doloso, que como sabemos admite el dolo eventual en alguna de sus modalidades típicas. Recordemos también que el conocimiento propio del dolo no precisa un conocimiento exacto de las circunstancias del delito del que proceden los bienes, no es necesario conocer a los autores, el momento y lugar de comisión, etc. Basta, como hemos indicado, con que el lavador conozca circunstancias de las que se deriva la existencia de un delito previo, que ha de valorar como profano y llegar a la conclusión del origen delictivo de los bienes. Es cierto que normalmente concurrirán varios indicios de que el dinero es de origen ilegal (encargo de una persona que permanece en el anonimato, movimiento de cantidades elevadas de dinero, elevada comisión por poco trabajo), para que concurra el dolo es necesario, sin embargo,

205 En concreto, que se realiza el § 261 inciso 1, que castiga a quien oculte, encubra el origen de un objeto que proceda de uno de los hechos ilícitos nombrados en el segundo párrafo, o frustre o ponga en peligro la averiguación del origen, el hallazgo, incautación, confiscación o custodia del objeto mencionado. En este sentido, la sentencia de la LG Darmstadt ZUM 2006, 876, 878.

206 Esta parece ser la opinión de KÖGEL, Andreas "Die Strafbarkeit des „Finanzagenten“ bei vorangegangenen Computerbetrug durch „Phishing“, en Wistra, 2007, pgs. 206-211, pg. 209.

207 GOECKENJAN, Ingke, „Phishing von Zugangsdaten für Online-Bankdienste und deren Verwertung“, en Wistra, 2008, pgs. 128-136, pg. 134; SEIDL, Alexander / FUCHS, Katharina, "Die Strafbarkeit des Phishing nach Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes", HRRS Online-Zeitschrift für HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 2/2010, pgs. 85-92, pg. 91.

que el mulero se represente que los bienes proceden de un delito. Sin embargo, es raramente acreditable que el mulero tiene dolo eventual sobre el origen del objeto material en una estafa informática. No es suficiente para el castigo por blanqueo doloso eventual con la representación de que el dinero provenía de un “negocio ilegal”. Por lo tanto, queda excluida una condena por blanqueo doloso.

Ahora bien, entiendo que puede entrar en consideración el dolo eventual en los supuestos en los que el mulero tiene la cuenta ya bloqueada por la existencia de una transferencia previa injustificada y de ello obtiene informaciones sobre los previos ataques de Phishing. En este caso se representa el origen delictivo del dinero y si sigue realizando negocios financieros con los estafadores cometería delito de blanqueo doloso. Salvo que consiga acreditar razonablemente que descartaba que las posteriores transferencias tuviesen origen en estafas informáticas, esto es, que confiaba en la no realización de un delito de blanqueo porque el objeto material tenía un origen lícito. Imaginemos por ejemplo que ha adoptado cautelas y ha tratado de asegurarse del origen lícito de los bienes (si bien finalmente no lo es).

Habrá que valorar, entonces, la posible realización de un delito de blanqueo por imprudencia grave. Como se desprende de la propia definición, la responsabilidad por imprudencia incluye tanto los supuestos de culpa consciente o con representación como los de culpa inconsciente o sin representación. En la primera, el sujeto se representa la posible producción del resultado, pero confía en que no se produzca. En la segunda, no existe previsión, pero sí previsibilidad del resultado; el sujeto no sólo no quiere que se produzca el resultado, sino que ni siquiera prevé su posibilidad. En el tipo imprudente (por imprudencia grave) del delito de blanqueo de capitales tienen cabida comportamientos realizados tanto por culpa consciente como inconsciente.

Pues bien, el problema fundamental es determinar si realmente existe un deber de cuidado que obligue al mulero a conocer el origen delictivo de los bienes o a evitar la ocultación o encubrimiento de los mismos. La determinación del cuidado objetivamente debido ha de realizarse con un criterio normativo. No es decisivo el cuidado que se observe de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea necesario para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. El problema es que el mulero realiza una actividad social en que no se han establecido o desarrollado normas de cuidado. Para concretar en estos casos el deber de cuidado es preciso recurrir al criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social. ¿Realmente un ciudadano normal evitaría poner a disposición de sujetos desconocidos su cuenta y ejecutaría después transferencias si justificación aparente a otros países?

Entiendo que ello es así. Una persona inteligente y sensata del mismo círculo social del sujeto acusado evitaría realizar tal clase de operaciones. Las reglas de la lógica y la experiencia permiten considerar absolutamente inusual el poner a disposición de un tercero una cuenta bancaria, cuando dicho tercero podría realizar él mismo las transferencias. Por lo tanto, en esta situación todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar de forma prudente para evitar realizar un delito de blanqueo de capitales.

Y desde luego que existen muchos indicios que permiten pensar en el carácter inusual de la operativa que se le propone al mulero, sobre todo si tiene conocimientos de internet, que suele ser un requisito para la actividad que se le propone.

- a) Existen claros indicios sobre el origen ilegal del dinero. Así:
  - a. El establecimiento de una relación comercial o de negocios inusual.
    - i. En efecto, el estafador, normalmente revestido de la forma de una empresa, se dirige a una persona privada ofreciendo un trabajo;
    - ii. El contacto se lleva a cabo de una manera inusual, mediante correo electrónico normalmente constitutivo de SPAM:

- iii. El procedimiento de presentación de solicitudes de trabajo es desacostumbrado, porque suele exigir exclusivamente datos de carácter bancario como número de cuenta para realizar las transferencias.
- b. El contenido del negocio se presenta también como dudoso.
  - i. Tras el primer contacto entre el estafador y el mulero se le confían a este elevadas cantidades de dinero sin necesidad de aportar ninguna prueba acerca de su fiabilidad;
  - ii. Se realizan pagos en concepto de remuneración bastante elevados en contraprestación por una actividad que genera muy pocos gastos.
- c. el diseño del negocio es absolutamente inusual
  - i. Normalmente no hay ninguna persona disponible telefónicamente durante las horas normales de apertura de los negocios;
  - ii. Solo es posible el contacto telefónico mediante devolución de las llamadas;
  - iii. El contacto de negocios se agota en llamadas telefónicas y correos electrónicos;
  - iv. Hay otros estándares mínimos propios del tráfico negocial que resultan claramente vulnerados. Así, por ejemplo, no se ofrece ninguna indicación sobre la finalidad de las transacciones que se realizan;
- b) indicios de que el origen de los bienes se encuentra en una estafa informática
  - a. El conocimiento general de una persona media sobre el tema
    - i. Información general sobre el fenómeno del Phishing;
    - ii. previa recepción de correos electrónicos de Phishing;
    - iii. conocimientos especiales que pueda tener el sujeto, por ejemplo de conversaciones con empleados del banco en el que opera, o incluso de previos interrogatorios por la policía;
  - b. La información que obtiene el mulero de sus contactos con los estafadores
    - i. Por ejemplo, discrepancias que puedan surgir en cuanto al propósito de las transferencias
    - ii. Lo inusual que resulta solicitar una cuenta para hacer transferencias desde países como Inglaterra a Rusia, pasando por España, cuando lo lógico es una transferencia directa de Inglaterra a Rusia;
    - iii. ejercicio de una especial presión temporal de los estafadores al mulero para evitar la temida retrocesión a la cuenta del dinero sustraído en caso de que sea detectada la estafa informática.
- c) Otros indicios
  - a. La ausencia de facturas si bien se trata de una relación de negocios o comercial que se extiende en el tiempo y que comprende numerosas transferencias;

## VIII. Grados de ejecución: actos preparatorios y tentativa

### 1. Actos preparatorios punibles

#### 1.1 Introducción

Cabe distinguir **dos fases** durante la vida del delito: una fase interna y otra externa. No cabe sancionar penalmente la fase interna o de ideación, lo que se expresa con máximas tales como que el pensamiento no delinque. El límite de la fase interna se sitúa en la manifestación exterior de la resolución delictiva. La fase externa da inicio cuando tiene lugar el afloramiento al exterior de la decisión criminal adoptada en la fase interna. En la fase externa es posible distinguir, a su vez, entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

En general, se admite que los actos dirigidos a la **preparación** de la posterior ejecución del delito son impunes. Sin embargo se exceptúan de esta regla los expresamente sancionados por la ley.

La aplicación de la doctrina general nos permite afirmar que las **fases de ideación** para la comisión de un delito de blanqueo de activos son impunes. Incluso los actos preparatorios no expresamente regulados en la normativa interna quedan también exentos de pena. Piénsese, por ejemplo, en la recopilación de información sobre las cotizaciones de bolsa para posteriormente invertir el dinero sucio en acciones, o el documentarse sobre las mejores condiciones para invertir el dinero en el mercado inmobiliario. No ocurre lo mismo, sin embargo, en los supuestos expresamente mencionados en los instrumentos internacionales vinculantes<sup>208</sup>.

## 1.2 Normativa internacional

El “Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” elaborado por el Secretario General tipificaba, entre sus disposiciones penales del artículo 2.1.c), algunos actos preparatorios. Estos se debían sancionar como delitos graves a reserva de lo dispuesto por la Constitución, régimen jurídico y legislación nacional de cada Parte. El mencionado proyecto mencionaba la confabulación, la incitación y el consejo. Distribuido el proyecto entre los gobiernos nacionales, presentaron éstos algunas observaciones en relación con la sanción de los actos preparatorios como delitos independientes (delitos graves decía el proyecto), predominando las tesis restrictivas que solicitaban la supresión de su tipificación independiente y la sumisión a las normas generales, e incluso la supresión de la conspiración o del consejo<sup>209</sup>. En el segundo período de sesiones del grupo intergubernamental de expertos que estudió el nuevo documento presentado por el Secretario General que consolidaba el proyecto, las observaciones de los gobiernos y otras deliberaciones, se abordó el problema de los actos preparatorios. En concreto, varios representantes señalaron las dificultades que la terminología empleada en el proyecto podía plantear en el ordenamiento jurídico de algunos países. Básicamente, que la “confabulación” no es un concepto jurídico universalmente aceptado. Se proponía, por ello, condicionar la sanción de tales actos a la cláusula de salvedad. El documento salido de estas sesiones mantuvo la sanción de los actos preparatorios, pero supeditada al ordenamiento jurídico de las partes.

El texto definitivo del Convenio de Viena de 1988 dice en el art. 3.1.c) que las partes han de sancionar, a reserva de sus principios constitucionales y de los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, determinados actos preparatorios<sup>210</sup>. El art. 3.1.c).iii habla de instigar o inducir a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos que tipifica, entre los que se encuentran el lavado de activos. Si bien parecen términos sinónimos, parece necesario diferenciarlos porque así se prevé de manera expresa. La inducción es normalmente considerada una forma de participación, pero puede considerarse que la instigación se corresponde con la provocación para delinquir.

El art. 3.1.c).iv se refiere también a la incitación y a la confabulación para la comisión de tales delitos. La incitación viene a ser, en semejanza con la instigación, una forma de provocación para cometer un delito. La incitación no exige tampoco el inicio de actos ejecutivos, que traspasarían el umbral de los actos preparatorios. La confabulación, entendida como la puesta de acuerdo sobre un negocio entre dos o más personas, podría identificarse con la conspiración. Dos o más personas que se pongan de acuerdo para blanquear bienes procedentes de delitos graves podrían ser sancionadas como conspiradoras. Por tanto, son dos los actos preparatorios punibles según el Convenio de Viena: la conspiración y la provocación<sup>211</sup>.

208 Entiende PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 670/1, que este esfuerzo es de “dudosa utilidad”, en la medida en que los textos internacionales no pretenden “ni pueden llegar a ser el espejo en el que se reflejen fiel y puntualmente los ordenamientos jurídicos de cada estado”. Parece olvidar este autor que la normativa internacional es fundamental en cuanto a la tipificación penal de este delito, y que es necesario perfilar los límites de lo que deben sancionar penalmente los estados que se obligan cuando ratifican dichos instrumentos.

209 Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 1987, pgs. 348 ss., pg. 354; DIEZ RIPOLLES, “blanqueo de capitales”, cit., pg. 584; BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 785 ss.

210 Estos son la instigación, la confabulación y la incitación. Respecto del primer proyecto desaparece el consejo. Se mantiene la confabulación, pese a las reticencias de algunos Estados.

211 En el mismo sentido se manifiesta DIEZ RIPOLLES, “blanqueo de capitales”, cit., pg. 585.

La Convención de Palermo alude de manera expresa a la asociación y la confabulación para cometer los delitos de blanqueo, cuya sanción se somete a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada estado (art. 6.1.b).ii). La Convención de Mérida emplea los mismos términos en el art. 23.1.b).ii).

La Convención de Estrasburgo sanciona en su artículo 6.1.d, la conspiración<sup>212</sup> para cometer un delito de blanqueo de capitales. Consideramos que estas conductas quedar abarcadas por la conspiración regulada en el art. 17 n. 1 CP<sup>213</sup>. Como exigencia propia del Derecho penal español, es necesario que los intervinientes en dicho acuerdo resuelvan ejecutar el delito de blanqueo de capitales. Lo mismo ocurre con el art. 9.1.d) del Convenio de Varsovia. En ambos casos se encuentra sometida su sanción a la cláusula de salvaguardia.

Por su parte, el Reglamento Modelo alude a los términos “asociación o confabulación” para cometer el delito de lavado, junto con la “asistencia, incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento” en relación con su comisión (art. 2.4).

Llama la atención que el Convenio centroamericano no aluda de manera expresa a ningún acto preparatorio.

## **2. La tentativa del delito de lavado de activos en la normativa internacional**

Los instrumentos internacionales relativos al lavado de activos consideran que la tentativa para cometer el delito de lavado de activos ha de ser sancionada penalmente. De ello parece derivarse la importancia de ampliar los límites punitivos a comportamientos no totalmente consumados.

El primer instrumento internacional que menciona expresamente la punibilidad de la tentativa en el delito de lavado de activos es el Convenio de Viena de 1988. Desde el primer “proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” elaborado por el Secretario General, se sanciona la tentativa (art. 2.1.d)). El art. 3, 1, c), iv) del texto definitivo dice que cada Parte ha de adoptar las medidas necesarias para tipificar penalmente en su Derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, la tentativa de cometer los delitos mencionados en el art. 3, entre los que se encuentra el lavado de activos<sup>214</sup>.

La Convención de Palermo menciona de manera expresa a “el intento” de cometer los delitos de lavado, cuya sanción se somete a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada estado (art. 6.1.b).ii). Por su parte, la Convención de Mérida emplea expresamente el término “tentativa” en el art 23.b).ii). En ambos casos sometida su sanción a la cláusula constitucional.

En cuanto al Convenio de Estrasburgo, el art. 6.1.d) se refiere en plural a las “tentativas de cometerlo”, lo mismo que el Convenio de Varsovia (art. 9.1.d).

El art. 2.4 del Reglamento Modelo de la CICAD dispone que es punible la tentativa de cometer los delitos de lavado.

Nuevamente sorprende que el Convenio centroamericano no aluda de manera expresa a la tentativa.

Con la referencia expresa a la tentativa en la normativa internacional se pretende evitar la impunidad

212 La versión en francés utiliza el término entente.

213 También DIEZ RIPOLLES, “blanqueo de capitales”, cit., p. 587.

214 Esto es también apreciado por DIEZ RIPOLLES, “blanqueo de capitales”, cit., pg. 585.

de tales comportamientos<sup>215</sup>. Parece ser ésta una medida eficaz para combatir el blanqueo de capitales. El castigo de la tentativa ha de hacerse de acuerdo con los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Parte.

La posibilidad de admitir la tentativa del delito de lavado de activos va a depender de la descripción de las distintas conductas típicas. De hecho, entiendo que algunas de las descritas son tentativas castigadas de manera específica. Así, por ejemplo, la conversión y la transferencia de bienes dirigidos a la ocultación o encubrimiento de su origen no son más que tentativas de ocultación o encubrimiento de los bienes.

La posibilidad de admitir otras tentativas estará en función de lo que castigue cada país. Como acertadamente indica Langón Cuñarro<sup>216</sup>, lo primero que ha de examinarse es si la conducta realizada es subsumible en alguna de las conductas típicas. Sólo cuando ello no es posible podemos plantearnos la posibilidad de acudir a la tentativa. Por ejemplo, cuando una persona posee bienes de origen delictivo con la intención de transportarlos, no va a cometer una tentativa de transporte si está específicamente castigada la posesión. De no estarlo, podríamos plantearnos la posibilidad de que sea una tentativa de transporte.

En cuanto a la pena a imponer, dependerá de cada Estado parte en los diversos instrumentos internacionales. No en vano se ha de indicar que el Convenio de Viena somete el castigo de la tentativa a los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado<sup>217</sup>. Es habitual que cada Estado imponga a la tentativa una pena inferior al delito consumado.

## **IX. Autoría y participación en el delito de lavado de activos**

### **1. La autoría del delito de lavado de activos**

Bajo la expresión “teoría de la participación” se engloban los diferentes problemas y soluciones aportadas en relación con la intervención de los distintos sujetos en el delito. Las clases de intervención en el delito plantean diversos problemas respecto de los cuales se han ofertado diferentes soluciones: por un lado, está la reducción de todas las formas de intervención en el delito a un único concepto de autor que las abarque todas; por otro, la distinción entre las diversas formas de intervención en función de la relevancia material de las contribuciones al delito. Vamos a analizar cada una de ellas y a relacionarlas con las especificidades que plantea el delito de lavado de activos.

### **2. La autoría mediata en el delito de blanqueo de capitales**

Es posible imaginar supuestos de autoría mediata respecto del delito de lavado de activos. Por ejemplo:

El director de un banco ordena a sabiendas al empleado W, que no sabe nada, la realización de una determinada transacción de dinero de origen delictivo<sup>218</sup>.

La autoría mediata es una forma de autoría en la que un sujeto realiza un tipo penal utilizando a otra persona como instrumento. En el ejemplo planteado, el director del banco es autor mediato,

215 LANGON CUÑARRO, Miguel, “La tentativa en los delitos de lavado de activos”, en Cuarto Taller sobre Lavado de Activos. Centro Nacional de Desarrollo y Cooperación Jurídica en Centroamérica, pg. 7, alude a que la intención de los Expertos y de los Estados ha sido no dejar sin sanción ninguna conducta que pudiera estar vinculada al narcotráfico.

216 Cfr. LANGON CUÑARRO, “La tentativa en los delitos de lavado de activos”, pg. 7.

217 No comparto la opinión de LANGON CUÑARRO, “La tentativa en los delitos de lavado de activos”, pg. 7, quien opina que el Convenio de Viena equipara en cuanto a la pena la tentativa con el delito consumado.

218 Caso planteado por GRABER, Geldwäscherei, cit., p. 171.

pues realiza el tipo a través de otro que le sirve como instrumento. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, es preciso que el suceso aparezca como obra de la voluntad rectora del hombre de atrás, el cual controla al autor directo. Desde nuestra postura, el hecho pertenece al director del banco, que actúa a sabiendas del origen ilícito de los bienes que se transfieren. Además, W se encuentra en una posición subordinada respecto del director del banco, esto es, concurre el requisito exigido doctrinalmente de que el instrumento se encuentre en una posición subordinada respecto del hombre de atrás. En este caso, W actúa atípicamente dado que no existe dolo en su conducta. Se trata de un supuesto de “instrumento que actúa sin dolo”, puesto que W desconoce el origen ilícito de los bienes, elemento intelectual integrante del dolo del delito de blanqueo de capitales. Quien posee el dominio del hecho, pues se sirve de un instrumento que obra sin dolo, es el hombre de atrás; a él pertenece el hecho realizado por el instrumento.

Desde el momento en que el director de banco da la orden al empleado W, comienza la tentativa en la autoría mediata. Es indiferente que el director del banco dé la orden a su subordinado y deje el suceso en movimiento con el fin de que sea consumado por el instrumento, o que permanezca pendiente y vigilando si la cumple o no. Con ello asumimos la posición de MIR PUIG, que considera que la tentativa en la autoría mediata ha de empezar “siempre cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento”<sup>219</sup>.

Un problema especialmente espinoso es el relativo a si el autor del hecho previo puede ser sancionado como autor mediato del delito de blanqueo. A la inversa, es problemático determinar también si un tercero que utiliza al autor del hecho previo como instrumento es autor mediato del delito de blanqueo. Este problema ha desaparecido en algunos Códigos penales que admiten expresamente que se pueda castigar a los intervinientes en el delito previo por el posterior blanqueo. De esta manera, puede ser autor mediato y también instrumento de un autor mediato.

### 3. La coautoría en el delito de blanqueo de capitales

Es posible la coautoría de un delito de blanqueo de capitales, que consiste en la realización del delito mediante las contribuciones típicas de varios sujetos que actúan de común acuerdo. La coautoría es una verdadera forma de autoría, y no de participación, porque los coautores cometen el delito “entre todos”<sup>220</sup>. No rige, por tanto, el principio de accesoriidad propio de la participación, sino el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones, dado que la coautoría porta su propio contenido de lo injusto, que no deriva de un hecho ajeno. Según el principio de imputación recíproca, las actuaciones de cada uno de los coautores son imputables a todos los demás, siempre y cuando procedan de común acuerdo. Como consecuencia, quienes en el marco de un plan global unitario, acuerdan llevar a cabo diferentes acciones de blanqueo, como la apertura de cuentas bancarias en un paraíso fiscal, la transferencia de dinero a esas cuentas, etc..., son coautores y se les imputa la contribución de los demás, de forma que cada coautor es considerado responsable a título de autor de la totalidad.

En coherencia con el concepto de autor asumido, el criterio determinante es la pertenencia del hecho<sup>221</sup>. Cuando intervienen varios sujetos en la ejecución inmediata de un hecho delictivo puede ser más difícil determinar la pertenencia del hecho. Hay que desechar el criterio de la ejecución de los elementos del tipo, pues en ocasiones la realización del plan global depende de quienes asumen

219 Cfr. MIR PUIG, Parte General, cit., L. 14, núm. 74. En favor de su postura alega este autor que de lo contrario, resultaría más “benévola” la realización de la parte decisiva por el autor mediato que la tentativa de inducción sancionada para MIR PUIG como proposición para delinquir en Derecho español. En el Código Penal la proposición para delinquir se sanciona “en los casos especialmente previstos en que la Ley” (art. 18.3). Esto sucede en el delito de blanqueo de capitales en el art. 304 CP, por lo que de asumir otra postura, la realización por parte del autor mediato de la parte decisiva de su ejecución, consistente en incidir en el instrumento, quedaría impune, mientras la tentativa de inducción sería punible. Para paliar este efecto preferimos asumir la postura de MIR PUIG.

220 Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, tortura, cit., p. 204; MIR PUIG, Parte General, cit., L. 15, núm. 2.

221 Siguiendo a MIR PUIG, Parte General, cit., L. 15, núms. 13 y ss.

posiciones importantes en su desarrollo, aunque no esencialmente ejecutivas. Son coautores, por tanto, “quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva”<sup>222</sup>. El hecho, “obra” inmediata de ellos, les “pertenece”, de forma que “‘comparten’ su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar”<sup>223</sup>. En el concepto de coautoría se suele incluir también a aquellos que no realizan un elemento del tipo, pero que aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva, pues a ellos les pertenece el hecho.

Otros problemas que puede plantear la coautoría es la calificación de la conducta del jefe de la banda de una organización criminal, o la situación en la que se comente el blanqueo en el contexto de aparatos organizados de poder, o si el interviniente en el delito previo puede ser coautor del delito de blanqueo de capitales (ya sabemos que ahora sí que puede serlo). Nos remitimos a las ediciones anteriores de esta obra, en las que se abordan con detalle estos problemas que no generan excesivos problemas prácticos.

#### **4. La participación en el delito de blanqueo de capitales**

##### **4.1 La participación en el blanqueo de capitales según la normativa internacional**

Los proyectos del Convenio de Viena mencionaban, desde el primero de ellos, la participación en el delito de blanqueo de capitales. La redacción final regula la participación en el art. 3.1.c.iv). Se encuentra sometida a la cláusula de reserva: los Estados han de sancionar la participación a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. Y lo mismo disponen el Convenio de Palermo (6.1.b.ii) y el de Mérida (art. 23.1.b.ii)).

En el marco del Consejo de Europa, tanto el Convenio de Estrasburgo (art. 6.1.d)) como el de Varsovia (art. 9.1.d)) se refieren a la participación, que se encuentra igualmente sometida a la cláusula de reserva.

##### **4.2 La inducción al delito de blanqueo de capitales**

Es conocida la estrecha vinculación existente entre las actividades de blanqueo de capitales y la criminalidad organizada. Las organizaciones criminales emplean complicados entramados financieros para otorgar apariencia de legalidad a las ganancias que obtienen de sus comportamientos delictivos. En este contexto organizativo, fuertemente jerarquizado, actúan los lavadores de dinero. Las actuaciones de sus integrantes sometidos a las órdenes de los jefes generan problemas directamente relacionados con la figura de la inducción. Imaginemos el caso siguiente:

C, jefe de una organización criminal dedicada al tráfico de drogas, ordena a B, su asesor financiero, la ocultación, mediante el empleo de sus empresas, de ciertas cantidades de dinero que proceden de la venta callejera de heroína. B ejecuta el mandato recibido de su superior jerárquico.

En el ejemplo propuesto, es claro que B lleva a cabo un delito de lavado de activos. El problema consiste en determinar la responsabilidad de C, debido a las enormes dificultades surgidas de la estructuración de las organizaciones criminales que impiden acceder a los niveles altos, en lo que a la determinación de responsabilidades penales se refiere. Una posibilidad viene dada por el recurso a la inducción como forma de participación.

222 Ibidem.

223 Cfr. MIR PUIG, Parte General, cit., L. 15, núm. 13.

La inducción al delito de blanqueo de capitales va a plantear problemas en relación con aquellas legislaciones que consideran impune el lavado realizado por los intervinientes en el hecho previo. Es posible imaginarse dos situaciones: la inducción al autor del hecho previo por parte de un tercero a la realización de un delito de blanqueo de capitales, y la inducción a un tercero por parte del autor del hecho previo. Los problemas desaparecen en aquellas normativas que permiten la sanción de los intervinientes en el delito previo por el posterior blanqueo. Y también, claro está, como inductores o inducidos.

### 4.3 Cooperación necesaria y complicidad en el delito de blanqueo de capitales

Algunos Códigos penales distinguen dos clases de cooperación en el hecho ajeno: la cooperación necesaria<sup>224</sup> y la complicidad<sup>225</sup>. El límite superior de la cooperación necesaria viene determinado por la coautoría, pues el cooperador necesario no toma parte directa en la ejecución del hecho sino que coopera en el hecho de uno o varios autores directos. El límite inferior, cuya determinación plantea espinosas cuestiones, lo constituye la complicidad.

Respecto del blanqueo de capitales tiene interés una discusión planteada en relación con el delito de encubrimiento, muy similar en cuanto a su estructura. Se admite que constituye cooperación la promesa previa de favorecimiento posterior a la consumación, lo que excluye la concurrencia del encubrimiento. A este supuesto se le ha denominado “cómplice subsequens”. El tratamiento de estos supuestos requiere hacer la siguiente distinción: la promesa previa sin la cual no se hubiera realizado el delito constituye cooperación necesaria; aquella que sin llegar a tales extremos favoreció la ejecución, es una simple complicidad; y la promesa previa que no tuvo ninguna eficacia sobre la ejecución, es un supuesto de encubrimiento. Según esto, quien promete a otro adquirir los bienes que obtenga tras la comisión del delito de blanqueo de capitales, incurre en: cooperación necesaria en ese delito -blanqueo de capitales- si el autor principal no hubiese llevado a cabo el delito de blanqueo sin la promesa; complicidad, si la promesa sólo sirve para favorecer la ejecución del delito (ambos aunque posteriormente no se realice la adquisición); y mero encubrimiento cuando se adquieran los bienes con posterioridad sin que la promesa haya tenido ninguna eficacia en la ejecución. Consideramos que, si bien la promesa que haya favorecido en algún modo la realización del delito previo constituye un supuesto de intervención en tal delito, la que no ha tenido eficacia en la ejecución de aquél habrá de estimarse no tanto encubrimiento como blanqueo de capitales consumado, en función de las conductas que se realicen. Estos supuestos hay que distinguirlos de los ya abordados relativos a la promesa previa de blanquear los bienes que se obtengan del delito inicial del que proceden.

Llegados a este punto, podría plantarse de nuevo si es punible la intervención como cómplice o cooperador necesario del autor del hecho previo en el blanqueo de capitales de un tercero y la intervención de un tercero como cómplice o cooperador necesario en el blanqueo de capitales del autor del hecho previo. Recordemos que en algunos países se admite expresamente esta posibilidad, por lo que el problema ha sido resuelto legalmente.

## XI. Tipicidades agravadas según en los instrumentos internacionales

El art. 3.5 **Convenio de Viena** dispone:

“Las Partes dispondrán lo necesario para que sus Tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den

224 Consistente en la cooperación a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

225 Que se refiere a los casos de cooperación a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos no constitutivos de cooperación necesaria.

particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 de presente artículo, tales como:

- a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte.
- b) La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.
- c) La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
- d) El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.
- e) El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo.
- f) La victimización o utilización de menores de edad.
- g) El hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que los escolares o estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales.
- h) Una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por Tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita”.

Un examen conjunto de todas ellas evidencia que la mayoría no están pensadas de manera específica para el delito de lavado de activos. En realidad, **parecen orientadas** a los **delitos de narcotráfico**, que son en realidad el eje de dicha convención. Con todo, algunas de ellas pueden tener cierta relevancia en el marco del lavado de activos, como la participación en una organización criminal, el hecho de que sea cometido por un cargo público o la reincidencia internacional.

Junto a dicha Convención, el **Grupo de Expertos de la CICAD** recomienda a ésta que sugiera a los Estados que consideren la posibilidad de imponer sanciones penales, civiles y administrativas más severas cuando la persona involucrada en un delito de lavado “ocupe un cargo público y el delito guarde relación con su cargo”. Pretende así agravar la pena de los cargos públicos que, con ocasión del ejercicio de su cargo, cometan delitos de lavado.

Pasamos a continuación a examinar aquellas agravaciones que entendemos son de aplicación más específica al delito de lavado de activos.

### **1. La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte**

El art. 3.5 de la **Convención de Viena** obliga a los Estados Parte a disponer lo que sea necesario para que los Tribunales nacionales puedan tener en cuenta determinadas circunstancias del hecho que den particular gravedad a estos delitos, tales como la pertenencia a una organización criminal. El art. 3.5.a) se refiere a la intervención en el lavado de activos de un grupo organizado del que forme parte el delincuente.

El lavado de activos es un fenómeno que se encuentra íntimamente vinculado a la **delincuencia organizada**. Objetivo de esta regulación es precisamente la agravación de la responsabilidad penal de las personas que integran una organización cuando ésta realiza actividades de reciclaje de los fondos de origen delictivo. Se ha constatado que el carácter complejo de este fenómeno exige en muchos casos la existencia de varias personas y de una cierta infraestructura para su ejecución. Por ello se crean organizaciones cuya finalidad es introducir la riqueza delictiva en el sistema económico legal.

Es conveniente determinar qué ha de entenderse por **grupo organizado**, para poder concretar los casos en los que se puede aplicar esta agravante<sup>226</sup>. La Convención contra la delincuencia organizada transnacional define (art. 2) “grupo delictivo organizado” como el “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Algunos autores<sup>227</sup> distinguen tres posibles grupos de organizaciones que realizan actividades de lavado de activos:

1º) Organizaciones dedicadas exclusivamente al reciclaje de los bienes de origen delictivo. Estas organizaciones pueden depender de otras organizaciones criminales que obtienen sus beneficios de origen delictivo, o bien ser un grupo independiente que ofrece sus servicios a las organizaciones criminales que los soliciten<sup>228</sup>.

2º) Organizaciones que realizan conjuntamente actividades de lavado y otras de carácter lícito. Estas normalmente asumen la forma de sociedades mercantiles inscritas en los correspondientes registros, con estatutos que definen un objeto social lícito, aunque combinan las actividades propias del mismo con el lavado de activos. Incluso en ocasiones puede que las actividades de lavado predominen sobre las propias de la sociedad, cuando ésta se encuentra controlada por un grupo criminal que la utiliza como instrumento para el reciclaje de sus ganancias<sup>229</sup>. Imaginemos la empresa de importación-exportación utilizada para invertir el dinero obtenido del tráfico de drogas<sup>230</sup>.

3º) Por último, organizaciones que se dedican a actividades lícitas, pero con carácter ocasional blanquean bienes de origen delictivo.

Todas ellas entrarían dentro del tipo descrito por el Convenio de Viena, en la medida en que intervengan en la comisión del delito de lavado de activos.

Es preciso que el delincuente pertenezca a la organización. La **pertenencia** equivale a formar parte de la organización, a estar integrado en la misma, cualquiera que sea la actividad que se le atribuya<sup>231</sup>. Ha de existir, por lo tanto, una vinculación con vocación de permanencia entre la persona y la organización dedicada al lavado de activos<sup>232</sup>. Si bien es fácil determinar cuándo una persona pertenece a una organización legal, como una empresa o una sociedad, más difícil resulta acreditar la integración en una organización ilícita. No es preciso que dicha vinculación tenga un reflejo documental, por ejemplo, mediante un contrato, sino que basta con que tenga un carácter fáctico<sup>233</sup>.

226 En la normativa española se ha incluido una definición de delincuencia organizada en el art. 282bis.4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, introducido mediante Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero. Señala que es la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer una serie de delitos. Entre tales delitos se encuentra el blanqueo de capitales. Otros delitos a los que se alude es el secuestro de personas, los delitos relativos a la prostitución, los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico de los arts. 237, 243, 244, 248 y 301, los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 312 y 313, los delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazadas previstos en los arts. 332 y 334, el delito de tráfico de material nuclear y radiactivo del art. 345, el de falsificación de moneda, el delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, los delitos de terrorismo, y los delitos contra el Patrimonio Histórico.

227 Cfr. ALVAREZ PASTOR, Daniel/EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, La prevención del blanqueo de capitales, Pamplona, 1998, pgs. 295/6.

228 Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, en Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, número 11, diciembre 1997, pgs. 213 ss, pg. 223.

229 Cfr. ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, blanqueo de capitales, pg. 296.

230 MORENO CANOVES, Antonio/RUIZ MARCO, Francisco, Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia), Zaragoza, 1996, pg. 403, dicen que estos supuestos son lo que presentan una mayor lesividad por razón de su inserción en los mercados legales y por la dificultad para detectar la actividad ilegal a la que se dedican.

231 Así ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, blanqueo de capitales, pg. 296; MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, delitos socioeconómicos, pg. 402.

232 ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, blanqueo de capitales, pg. 296, dicen que la pertenencia constituye una “característica personal”. A su juicio, no se impone esta agravación cuando una persona realiza de forma aislada un acto concreto de blanqueo para la organización.

233 En este sentido MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, delitos socioeconómicos, pgs. 402/3.

Va a ser preciso que las personas pertenecientes a la organización **conozcan** que ésta lleva a cabo actividades delictivas de lavado de activos. Por ello, si un miembro de una organización que realiza actividades lícitas además del lavado, desconoce esta última actividad, no será objeto de la agravación de la pena<sup>234</sup>.

## **2. La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas**

Se trata así de castigar más duramente los casos en los que el lavador además participa en actividades criminales internacionales de carácter organizado. Por ejemplo, se inserta en una organización que junto con el lavado llevan a cabo otras actividades como el tráfico de drogas, de armas, etc. a nivel internacional

## **3. La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito**

Cuando el responsable del delito de lavado de activos participe en otras actividades delictivas cuya ejecución se vea facilitada por el delito también va a ver incrementada la pena. Esta circunstancia, en realidad, está pensada para los delitos de **tráfico de drogas**, y no tanto para el lavado de activos. Lo habitual va a ser que las organizaciones dedicadas al narcotráfico cometan otras actividades delictivas cuya realización resulta facilitada por esta actividad, como contrabando de armas, etc. De hecho, en la normativa española se contiene una agravación similar en materia de narcotráfico, pero no en el ámbito del lavado.

La razón de ser de la agravación de la pena ha de verse en la **mayor peligrosidad** que encierra la realización de la conducta de lavado de activos en conexión con otras actividades delictivas y no en la consideración nuevamente a efectos de agravar la pena, de la intervención del sujeto activo en otros hechos delictivos. Se pretende seguramente incidir en todas las actividades ilícitas que puedan acompañar a la realización de conductas de lavado, quizás pensando en delitos contra la Hacienda pública.

## **4. El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo**

Se trata de una norma que merece una valoración positiva. El fundamento de la imposición de la pena de inhabilitación reside en el mayor reproche de la conducta de quienes lavan bienes aprovechando su posición pública. Merece un **mayor reproche** la conducta de quien ocupa un determinado cargo público y se prevale de él para reciclar bienes de origen delictivo. Se pretende evitar así que el sujeto siga abusando de su cargo para cometer delitos. Con base en esta fundamentación, parece lógico que, desde un punto de vista político-criminal, sean objeto de un plus punitivo aquellas personas que ejercen una función pública y la utilizan para realizar actividades delictivas.

# **XII. Excurso: el delito de enriquecimiento ilícito**

## **1. Instrumentos internacionales**

El enriquecimiento ilícito es un delito que tiene su campo de aplicación especialmente en el marco de la corrupción. De hecho, esta figura delictiva se prevé normalmente para sancionar a los empleados públicos que no puedan justificar sus incrementos patrimoniales. Con todo, es cierto que en algunos países se castiga también el enriquecimiento ilícito de particulares (por ejemplo, en Colombia). En el ámbito de los empleados públicos, se encuentra una referencia expresa a esta

234 Así ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, blanqueo de capitales, pg. 296.

figura en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo art. 20 alude al delito de enriquecimiento ilícito, y dispone expresamente que “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Como se puede observar, no es un precepto obligatorio para los Estados parte, que deben examinar si la previsión de este delito respeta su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

A nivel regional, la Convención interamericana contra la corrupción también contiene la figura del enriquecimiento ilícito de empleados públicos en el artículo IX, que tampoco es de previsión obligatoria para los Estados parte. Se define de la siguiente manera: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”. En América Latina varios países sancionan penalmente en delito de enriquecimiento ilícito. Entre ellos Argentina<sup>235</sup>, Brasil<sup>236</sup>, Colombia<sup>237</sup>, Ecuador<sup>238</sup>, El Salvador<sup>239</sup>, México<sup>240</sup>, Paraguay<sup>241</sup>, Perú<sup>242</sup> y Venezuela<sup>243</sup>. Sin embargo, otros países americanos como Canadá<sup>244</sup> o Estados Unidos de América<sup>245</sup> han realizado reservas expresas a la Convención alegando que la sanción penal del enriquecimiento ilícito podría vulnerar sus respectivas Constituciones al implicar una inversión de la carga de la prueba.

Asimismo la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción define el enriquecimiento ilícito como el incremento de los bienes de un empleado público o de cualquier otra persona que no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos (art. 1). El art. 8 de la convención recomienda a los Estados castigar este delito, pero siempre que sus disposiciones nacionales lo permitan. Algunos países africanos como Benín castigan expresamente esta figura delictiva.

Asimismo en Asia, países como Malasia y Hong-Kong (China) castigan la figura del enriquecimiento ilícito de empleados públicos.

En Europa existe el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Sin embargo, no prevé expresamente la figura del enriquecimiento ilícito. Por eso, es llamativo que la Comisión UE proponga la introducción de una figura que presenta tantos problemas desde el punto de vista del respeto de los Derechos Humanos. Ahora bien, algunos países de la UE ya contienen en sus respectivas legislaciones esta figura delictiva, mejor dicho, una figura similar aunque no coincidente. En efecto, en Francia existe el delito de no justificación de recursos, que fue introducido mediante la Ley de marzo 9 de 2004, denominada Perben II, y modificado por la Ley N<sup>o</sup> 2006-64 de enero 23 de 2006. Se encuentra en el Código Penal francés, en el contexto de los delitos asimilados a la receptación. El artículo 321-6 CP francés castiga el hecho de no poder justificar recursos que se correspondan con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que se posee, a la vez que se mantienen relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de crímenes o delitos sancionados con pena de prisión de al menos cinco años y proporcionándoles un beneficio directo o indirecto. Las penas previstas son las de prisión de tres años y multa de 75.000 Euros.

- 235 El art. 268 (2) del CP de Argentina castiga al “que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.”
- 236 Lei Nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.
- 237 El Código penal de Colombia castiga tanto el enriquecimiento ilícito de particulares como el de empleados públicos: el artículo 327 define el Enriquecimiento ilícito de particulares de la siguiente forma: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”. El artículo 412 define el enriquecimiento ilícito de funcionarios de la siguiente manera “El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.”
- 238 En Ecuador, el art. 296 CP castiga como sigue el enriquecimiento ilícito  
 “Art. (296.1).- Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.  
 Art. (296.2).- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.  
 Art. (296.3).- Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.”
- 239 Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto Legislativo Nº 2833, del año 1959. Parece existir en la actualidad un proceso de reforma de la ley.
- 240 El art. 224 del Código Penal Federal castiga el delito de enriquecimiento ilícito como sigue: “se sancionara a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos”.
- 241 Ley 2523 Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la Función Pública y el tráfico de influencias, del año 2004.
- 242 El art. 401 del CP del Perú castiga el enriquecimiento ilícito como sigue: “El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.  
 “Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”
- 243 Ley Contra la Corrupción. Gaceta Oficial Nº 5.637 Extraordinario de fecha 07 de abril de 2003.
- 244 “Declaración interpretativa del artículo IX - Enriquecimiento ilícito. El artículo IX dispone que es obligación de un Estado Parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito "con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico". Como el delito contemplado en el artículo IX obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución del Canadá, el Canadá no aplicará a el artículo IX tal como dispone este artículo.”
- 245 “Enriquecimiento ilícito. – Los Estados Unidos de América pretenden brindar asistencia y cooperación a los otros Estados Partes, de conformidad con el párrafo 3 del artículo IX de la Convención, hasta donde le permita su legislación interna. Los Estados Unidos reconocen la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos, y cuenta con leyes penales para impedir o castigar tal conducta. Estas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales.  
 También permite el enjuiciamiento de los funcionarios públicos del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país. Los Estados Unidos entienden, por lo tanto, que no están obligados a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito de conformidad con el artículo IX de la Convención”.

El problema fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es el de su compatibilidad con las normas de Derechos humanos, dado que invierte la carga de la prueba en el ámbito penal. Efectivamente, corresponde al acusado (normalmente empleado público) probar que los bienes que posee tienen un origen lícito, y si no lo hace resulta sancionado penalmente. Sin embargo, los modelos legislativos expuestos no son totalmente coincidentes entre sí. En realidad, es posible distinguir dos modelos:

- a) El modelo que se sigue en la mayoría de los países de América Latina mencionados, en los que se castiga al empleado público que no justifique el origen de los bienes que posee. Es muy probable que un delito similar no superaría un examen acorde con los estándares europeos de Derechos humanos, puesto que parece vulnerar la presunción de inocencia, y constituye una inversión de la carga de la prueba al corresponderle al acusado acreditar el carácter lícito de sus bienes.
- b) El modelo europeo, cuyo ejemplo es la legislación francesa y que propone la Comisión UE, no se puede decir que suponga una inversión total de la carga de la prueba. El delito del art. 321-6 CP francés requiere una serie de elementos que deben ser probados por la acusación. Y tales elementos son los utilizados, por ejemplo, por la jurisprudencia española para condenar por delito de blanqueo de capitales, y por otros países que recurren a la prueba indiciaria, la cual ha sido admitida por el TEDH. El CP francés exige que el sujeto a) disponga de bienes que no se correspondan con su nivel de vida, b) que no pueda justificar el origen de los mismos y c) que mantenga relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de delitos. Pues bien, estos tres elementos son los indicios que utiliza el Tribunal Supremo español para probar el delito de blanqueo de capitales<sup>246</sup>. No se invierte la carga de la prueba, porque la acusación ha acreditado elementos que permiten concluir, en atención a las circunstancias del caso concreto, que los bienes de que dispone el sujeto son de origen delictivo, quedando excluidos otros posibles orígenes.

## 2. Sobre los modelos

Como decimos, algunos países castigan de manera específica los comportamientos denominados de **enriquecimiento ilícito**, bien de funcionarios o bien de particulares. En el caso de los funcionarios, en realidad se trata éste de un comportamiento más cercano a los delitos cometidos en el marco de la administración pública, y en concreto del cohecho, que del delito de lavado. Por eso no es necesario acreditar el origen ilícito de los bienes que incrementan el patrimonio.

Pero por otro lado se castiga también a los particulares que no justifican los incrementos que se producen en su patrimonio, derivados de actividades delictivas. Ejemplo claro es el art. 327 del Código Penal colombiano, que lleva como rúbrica “Enriquecimiento ilícito de particulares”. Pues bien, a diferencia del delito cometido por los funcionarios, éste sí que precisa el origen delictivo de los bienes que pasan a formar parte del patrimonio del particular, que de esta manera se enriquece. Por tanto, habrá que acreditar dicho origen, pues lo contrario sería crear un delito de sospecha, que plantea muchos problemas constitucionales<sup>247</sup>.

Se trata, en definitiva, de castigar a quienes obtienen **ventajas patrimoniales** a partir de bienes de origen delictivo. Es totalmente indiferente que estos bienes resulten ocultados y puestos fuera

246 La conocida STS de 23 de mayo de 1997 sistematiza estos indicios en materia de blanqueo de capitales. Posteriormente existe una amplia jurisprudencia que desarrolla y aplica estos criterios. Los indicios son: 1. Incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades de dinero que por elevada cuantía, dinámica de transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; 2. Ausencia de explicación lógica para tales movimientos; 3. Conexión con alguna actividad delictiva o con personas o grupos relacionadas con actividades delictivas.

247 Como acertadamente evidencia ZARAGOZA AGUADO, “Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en Derecho comparado”, cit., pg. 318.

del alcance de la Justicia, lo realmente importante es que se obtenga un lucro con ellos<sup>248</sup>. Se trata de castigar comportamientos que van desde la recepción de los bienes hasta su adquisición, en definitiva, la obtención de alguna clase de potestad sobre los bienes de origen delictivo (poseer, usar, utilizar, etc.)<sup>249</sup>.

En realidad, como apunta Fabián Caparrós<sup>250</sup>, lo único que añade este delito al de lavado de activos es la **obtención de un lucro** por parte del sujeto activo. Sin embargo, este dato no incorpora nada nuevo a la lesión al bien jurídico. En el delito de lavado de activos es indiferente que el sujeto activo obtenga o no un lucro, porque no es esto lo relevante; lo verdaderamente importante es la afectación del orden económico que se produce mediante el lavado, y no tanto que el sujeto obtenga un provecho.

### **XIII. Situaciones concursales con otros delitos: la receptación, el encubrimiento, y otras figuras delictivas**

Son numerosos los problemas prácticos que suscita la delimitación del delito de lavado con otras figuras delictivas. En concreto, los más importantes van a residir en su distinción respecto de los delitos de receptación y encubrimiento.

#### **1. Lavado de activos y receptación**

Los problemas concursales con la receptación surgen en aquellos países en los que el delito previo del lavado de activos también comprende delitos de índole patrimonial o económica. Por ejemplo eso ocurre en el Derecho español, que alude como delito previo a los delitos graves, siendo así que muchos delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico lo son.

Es preciso determinar entonces la **calificación jurídica** de la conducta de quien se aprovecha de los bienes directamente obtenidos de un delito contra el patrimonio. La conducta de este sujeto puede ser subsumible tanto en el tipo del delito de lavado como en el de receptación. Y es que el encubrimiento de los bienes, conducta constitutiva de lavado, puede servir para el aprovechamiento de los efectos del delito, conducta constitutiva de receptación<sup>251</sup>.

Entiende la mayoría de la doctrina que surge un concurso de leyes, pues es una conducta subsumible en dos normas penales, de las cuales sólo una de ellas es aplicable en cuanto que abarca en su integridad su desvalor. La solución ha de venir de los criterios de solución del concurso de leyes. Para algunos, el criterio a aplicar es el de **especialidad**, siendo así que precepto especial en tales casos es el relativo a la receptación<sup>252</sup>. Aspectos específicos del delito de receptación, como el ánimo de lucro, que el delito previo deba ser patrimonial o contra el orden socioeconómico, o que el objeto material lo constituya lo obtenido directamente del delito previo, son los que fundamentan esta postura. Si bien es cierto que estos elementos son de relevancia para delimitar ambas conductas, será preciso atender al caso concreto<sup>253</sup> y, en particular, al bien jurídico que menoscaba la conducta<sup>254</sup>.

248 Cfr. FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 279.

249 *Ibidem*. Señala este autor que común a todos estos comportamientos es la “manifestación de alguna prerrogativa real” sobre los bienes, los cuales pueden quedar sometidos a alguna clase de gravamen pero permanecen inalterados en lo relativo a su titularidad y a su sustancia.

250 *Ibidem*.

251 Cfr. GONZALEZ RUS, Parte Especial I, cit., pg. 853.

252 Expresamente ZARAGOZA AGUADO, “Receptación y blanqueo de capitales”, cit., pg. 466; CALDERON CEREZO, “Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales”, cit., pg. 282, señala que el concurso de normas se ha de resolver primeramente con base en la regla de la especialidad y, en su defecto, en la de la alternatividad.

253 FABIAN CAPARROS, blanqueo de capitales, cit., pg. 404, indica la necesidad de atender en cada caso al “trasfondo de la conducta enjuiciada”, y añade como uno de los elementos que diferencia a la receptación del blanqueo el que éste no requiere la recepción del objeto, algo que es imprescindible en la receptación.

254 Con todo, va a ser difícil delimitar ambos delitos con base en el bien jurídico protegido, pues la receptación ha dejado de ser un delito exclusivamente patrimonial, y se concibe como un delito lesivo del orden socioeconómico.

En contra de esta opinión, entiende PALMA HERRERA<sup>255</sup> que no es de aplicación el principio de especialidad, pues ninguno de ellos es especial respecto del otro. A su juicio, el criterio de solución del concurso de leyes es el de **consunción**. Entiende que el desvalor del lavado de activos consume al de la receptación en los casos en los que las conductas son coincidentes. En cualquier caso, la solución deberá tomar en cuenta la legislación nacional al respecto.

## 2. Lavado de activos y encubrimiento

Las relaciones entre el delito de lavado de activos y el de **encubrimiento** son también objeto de una fuerte controversia. La referencia a las conductas de ocultación y encubrimiento y a la realización de actos para ayudar a los responsables en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos, tiene un claro cariz encubridor. Por ello es preciso fijar la línea de demarcación entre ambos delitos. Y es que la ocultación o el encubrimiento de los bienes que proceden de un delito es una conducta abarcada tanto por del delito de lavado como por el de encubrimiento.

Para determinar cuál de los dos es el aplicable será preciso en un primer momento estar al caso concreto y atender al **bien jurídico** efectivamente lesionado. Claro está que quien integra los bienes procedentes de un delito en la economía legal tratando de ocultar su origen menoscaba el orden económico (si la cuantía es lo suficientemente importante), pero a su vez está impidiendo que la Administración de Justicia pueda descubrir el delito previo cometido. El menoscabo de la Administración de Justicia es algo inherente al lavado de activos. Sin embargo entendemos que su sanción se debe a que constituye un ataque contra el orden socioeconómico, y no contra la Administración de Justicia. Lo contrario, esto es, decir que el lavado de activos es un delito contra la Administración de Justicia obligaría a señalar que, como piensa Palma Herrera, el criterio que sirve para delimitar ambos delitos es el de consunción: el delito de lavado de activos consume al de encubrimiento<sup>256</sup>

Pero además del bien jurídico, son otros los elementos que diferencian el delito de lavado de activos del de encubrimiento, como el **sujeto activo** del delito, que -al contrario de lo que ocurre con el lavado- no puede serlo un interviniente en el delito previo en caso de encubrimiento<sup>257</sup>.

Por su parte Calderón Cerezo entiende que el criterio para resolver el concurso de normas que se plantea entre el encubrimiento y el lavado es el de **alternatividad**<sup>258</sup>.

Más problemas puede suscitar la conducta consistente en la realización de cualquier **acto para ayudar a los intervinientes en el delito previo** a eludir las consecuencias legales de sus actos. Esta hipótesis, calificada por algunos de favorecimiento personal, no sólo coincide con el encubrimiento personal, sino que va más allá y abarca supuestos que no pueden incluirse en él<sup>259</sup>. Sin embargo, creemos que la ayuda a la que se refiere el delito de lavado es la que se presta a los partícipes en el delito previo no mediante la ocultación de su persona (constitutiva de encubrimiento personal), sino de los bienes que proceden del delito que aquéllos han cometido.

## 3. Lavado de activos y otras figuras delictivas

Pero el delito de lavado de activos puede entrar en concurso, ahora de delitos, con otras figuras

255 PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 697. Entiende que existe especialidad cuando uno de los preceptos reproduce las características de otro, y le añade algunas más. Pero esto no sucede con el lavado y con la receptación.

256 PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 699, 701 y 703.

257 O en algunos países el objeto material, que puede provenir de cualquier delito, incluso menos grave, y no se limita a los delitos graves como el blanqueo; así en España cfr. VIVES ANTON/GONZALEZ CUSSAC, Comentarios II, pgs. 1462/3.

258 Cfr. CALDERON CEREZO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282.

259 Cfr. GONZALEZ RUS, Parte Especial I, cit., pg. 853.

delictivas, como por ejemplo las **falsedades documentales** -concurso ideal<sup>260</sup>- cuando se lleven a cabo para ocultar el origen o la verdadera titularidad de los bienes procedentes de un delito<sup>261</sup>. Igualmente será muy habitual en la práctica la concurrencia del lavado de activos y el delito de **tráfico de drogas**, cuando lo que se recicla proceda de este delito<sup>262</sup>.

#### 4. Unidad y pluralidad de acciones

Una de las cuestiones más problemáticas que suscita el delito de lavado es la relativa a la determinación de cuándo existe un **único delito de lavado**, pese a que se realicen varias operaciones, o cuando existen varios delitos. La doctrina española ha examinado esta cuestión y ha dado los siguientes criterios:

a) Existe un único delito de lavado cuando los bienes de origen delictivo son sometidos de manera sucesiva y reiterada a distintas operaciones para su reciclaje. Todas estas operaciones sirven al mismo fin, el lavado de activos, por lo que han de ser consideradas como un único delito<sup>263</sup>.

b) También existe un único delito cuando el mismo individuo que va a lavar dinero de origen delictivo, aprovecha tales comportamientos de lavado para reciclar a su vez bienes que proceden de otros delitos, con el objetivo de lavar todos los bienes conjuntamente<sup>264</sup>.

c) Habrá unidad típica de acción en los casos en los que se realizan varias operaciones para lavar una gran cantidad de dinero, por ejemplo, realizando múltiples transferencias de pequeñas cantidades. Cuando se realizan estas operaciones fraccionadas se está en presencia de una única operación global de lavado de dinero<sup>265</sup>.

Por contra, existirán **varios delitos** de lavado cuando se realicen múltiples transferencias por un sujeto para llevar a cabo varias operaciones de lavado de dinero de distinta procedencia. Imaginemos la organización que se dedica al lavado, cometerá varios delitos cuando lave dinero de distintos delincuentes. En estos casos se planteará la posibilidad de aplicar el denominado delito continuado, allí donde la legislación penal de cada Estado lo prevea<sup>266</sup>.

260 Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de bienes, cit., pgs. 717/8; concurso medial dice CALDERON CERESO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282.

261 Cfr. la distinción que realiza DEL CARPIO DELGADO, blanqueo de bienes, cit., pgs. 373/4, entre falsificación realizada para ocultar el verdadero propietario de los bienes, que daría lugar a un concurso ideal, y la falsificación que sirve de medio para asegurar la ocultación del verdadero propietario, constitutiva de un concurso real, dado que el blanqueo está ya consumado cuando se realiza la falsificación. No compartimos esta solución, ya que en ambos casos la falsificación de los documentos se enmarca en el proceso de encubrimiento de los bienes, en un caso al comienzo de este proceso y en el otro una vez iniciado y dirigido a perfeccionarlo. Es más, debería ser objeto de un estudio pormenorizado si tal conducta no quedaría ya subsumida en la cláusula superamplia del delito de lavado de activos, que sanciona cualquier acto dirigido a ocultar o encubrir el origen de los bienes.

262 Imaginemos el ejemplo del gran narcotraficante que invierte el dinero obtenido de la venta de droga en la adquisición de nuevas partidas de este producto o en el pago a sus colaboradores. Está realizando conductas sobre los bienes que no constituyen un delito de blanqueo, sino que quedan en el marco del ciclo de producción y distribución de la droga, siendo abarcadas por el delito de tráfico de drogas. Así DEL CARPIO DELGADO, blanqueo de bienes, cit., pgs. 378/9; VIDALES RODRIGUEZ, legitimación de capitales, cit., pg. 143; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 722; CALDERON CERESO, "Análisis sustantivo del delito (1): prevención y represión del blanqueo de capitales", cit., pg. 282.

PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 719 ss, examina un caso distinto: aquel en el que se lleva a cabo un delito de tráfico de drogas por la seguridad que genera el hecho de que un tercero lavará las ganancias obtenidas. Entiende este autor que no se trata de un problema de concurso de normas, sino de un caso de concurso ideal de delitos, pues la conducta del individuo supone la comisión de dos delitos: el delito de lavado y el de tráfico de drogas. Y es que el primero de ellos es condición necesaria del tráfico ilícito de drogas, de forma que sus autores no lo hubiesen llevado a cabo de no contar con la seguridad de que se lavarían los beneficios. En todo caso, es fundamental que el delito de tráfico de drogas se haya cometido gracias a la posibilidad que tenía el narcotraficante de lavar después los beneficios. La calificación sería, por tanto, participación (o autoría) en el delito de tráfico de drogas en concurso con el delito de lavado.

263 Cfr. PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 723.

264 *Ibidem*.

265 *Ibidem*.

266 *Ibidem*, pgs. 724/5.

## **XIV. Excurso. Responsabilidad penal de los abogados por el lavado de activos**

### **I. Prevención del lavado de activos, derechos humanos y secreto profesional del abogado**

#### **1. Introducción**

El abogado es un especialista clave para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia que ha de velar a la vez por los intereses de su cliente. Es responsable, por ello, tanto de los intereses del cliente como de la calidad de la justicia. En ocasiones, sin embargo, se pone el acento en que el abogado muestra una clara tendencia hacia la defensa de los intereses del cliente y a ampararse en la confidencialidad de su relación con el mismo, dejando de lado su tarea de atender por un funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia. Se está ofreciendo así una visión del abogado no del todo correcta, que ve en él una persona que lleva a cabo prácticas cuestionables a favor del cliente envuelto en el manto del secreto profesional. Por ello, se ha cuestionado en las últimas décadas cuál es el papel del abogado, ¿es un mero siervo amoral de su cliente o debe ser considerado como un gatekeeper o garante de la justicia?<sup>267</sup> En terminología anglosajona, se denomina gatekeepers<sup>268</sup> a aquellas personas obligadas a proteger bienes jurídicos denegando su cooperación a los potenciales delincuentes. El abogado es un profesional que ocupa una posición que le permite prevenir el blanqueo de capitales negando su contribución a la realización de una operación de esa naturaleza<sup>269</sup>. El gatekeeper suministra normalmente un bien o servicio especializado que es esencial para la comisión del hecho ilícito, por lo que su prestación constituye una “puerta” (“gate”) que sirve para cometer el delito y que el obligado debe cuidar denegando su suministro.

El abogado es un profesional del Derecho que presta servicios jurídicos a quienes se los demanden. Ahora bien, de forma consciente o inconsciente puede poner sus conocimientos al servicio de quienes pretenden blanquear dinero procedente de actividades delictivas. Es evidente que el blanqueador necesita disponer de una diversidad de negocios jurídicos entre los cuales optar para lavar sus ganancias. Y normalmente el profesional mejor preparado y con más conocimientos es el abogado, que es quien podrá diseñar tales negocios jurídicos a medida de cada cliente<sup>270</sup>.

En el año 2001 el National Criminal Intelligence Service del Reino Unido informó que había identificado alrededor de 200 casos en los que la técnica de blanqueo usada habría requerido asesoramiento o implicación de un abogado o un contable<sup>271</sup>. Este patrón se observa también a nivel internacional. Algunos informes de tipologías del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) han evidenciado que abogados, contables y otros profesionales que ofrecen asesoramiento financiero se han convertido en elementos comunes en los esquemas de blanqueo. En este sentido, los informes del GAFI (de 1996-97) señalan que los blanqueadores de capitales cuentan con la ayuda de cómplices profesionales que contribuyen a enmascarar el origen de los bienes delictivos.

267 CASTILLA, Maria, “Client confidentiality and the external regulation of the legal profession: reporting requirements in the United States and United Kingdom”, 10 *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J.* 2011-2012, pgs. 321-355, pg. 322.

268 PIPPEL, Christoph, “The Lawyer as Gatekeeper: Is There a Need for a Whistleblowing Securities Lawyer? Recent Developments in the US and Australia”, *Bond Law Review*: Vol. 16: Iss. 2, 2004, pgs. 96-140; ZACHARIAS, Fred C., “Lawyers as Gatekeepers” *University of San Diego Legal Working Paper Series*. University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Working Paper 20; SHEPHERD, Kevin L., “Guardians at the Gate: The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach for Transactional Lawyers”, 43 *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 607 (2008-2009), <http://law.bepress.com/sandiegolwps/pllt/art20>; FARRAR, John / PIPPEL, Christoph, “Piercing the corporate veil in an era of globalisation and international terrorism and the emergence of the lawyer as gatekeeper and whistleblower”, en *Bond Law Review*, 16 (2), 2004, pgs. 66-95.

269 Sobre el origen de este concepto, cfr. BERMEJO, Mateo Germán, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2010 pg. 314.

270 Cfr. FABIAN CAPARROS, Eduardo A., “El abogado frente al blanqueo de capitales”, en *VV.AA. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica (Libro Homenaje a Claus Roxin)* - Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales - INACIPE, México, D.F., 2003, pgs. 261-299.

271 Cfr. BELL, R. E., “The Prosecution of Lawyers for Money Laundering Offences”, en *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 6, nº 1, 2002, pgs. 17-26, pg. 17.

Si bien esto puede ser así, tampoco debería satanizarse la profesión de abogado. El abogado es un profesional que desarrolla su tarea de manera legal, si bien en ocasiones puede ser utilizado como mero instrumento no conocedor de las maniobras del cliente dirigidas a blanquear dinero.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) incluyó hace años a los abogados entre los sujetos obligados en materia de prevención del blanqueo de capitales<sup>272</sup>. En la reforma de las cuarenta recomendaciones de 20 de junio de 2003 se aprobó la recomendación número 12 referida a la obligación que deben tener los abogados de cumplir con ciertos requisitos derivados del principio “conozca a su cliente”. En el año 2008 el GAFI elaboró una Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico<sup>273</sup>, con el objetivo de ayudar a los profesionales del ámbito jurídico en desenvolverse en las situaciones sospechosas. En la Unión europea (UE) fue la segunda Directiva, la Directiva 2001/97/CE, que modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, la que extendió las obligaciones contenidas en ella a ciertas actividades y profesiones de carácter no financiero, entre los que se incluían abogados, asesores fiscales y auditores<sup>274</sup>. En la misma línea, la tercera Directiva 2005/60/CE, que incorpora a su ámbito las actividades de financiación del terrorismo, mantiene las obligaciones a los abogados. Se está tramitando una propuesta de cuarta Directiva, que sigue en la misma línea que la tercera.

La aplicación de esta normativa en la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) ha generado diversas protestas por parte del colectivo de abogados, que se ha mostrado enormemente preocupado. Incluso han ejercido acciones legales contra estas disposiciones que han motivado el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la normativa belga en la materia, alegando la posible vulneración del secreto profesional del abogado. El TJUE se pronunció mediante sentencia de 26 de junio de 2007, negando que se produzca la infracción alegada del secreto profesional entre abogado y cliente. Faltaba por pronunciarse al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que lo ha hecho recientemente en relación con la normativa francesa en la materia en el asunto *Michaud v. France*<sup>275</sup>.

Objetivo de este trabajo es analizar el problema que genera el secreto profesional del abogado en relación con el blanqueo de capitales, tomando como punto de referencia la reciente sentencia del TEDH en el asunto *Michaud v. France* de 6 de diciembre de 2012. Se ofrece una visión de urgencia de esta sentencia y del tratamiento que ofrece el TEDH al secreto profesional del letrado.

## **2. Sobre los hechos discutidos en la Sentencia del TEDH: asunto *Michaud v. France* de 6 de diciembre de 2012**

El demandante, abogado en ejercicio en París y miembro del Consejo de la Abogacía, presentó una demanda ante el TEDH por vulneración del art. 8 CEDH. Alega que las Directivas UE, que imponen a los abogados una obligación de comunicar sospechas, constituyen una amenaza al secreto y la confidencialidad de los intercambios entre el abogado y su cliente. En realidad cuestiona la normativa francesa que incorpora al Derecho francés la normativa europea. Explica que el 12 de julio de 2007, el Consejo Nacional de la abogacía francés tomó la Decisión de adoptar un reglamento relativo a los procedimientos internos para aplicar los requisitos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y el dispositivo de control interno destinado a asegurar el cumplimiento de los procedimientos internos<sup>276</sup>.

272 GARCIA NORIEGA, Antonio, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*, Difusión jurídica, Madrid, 2010, pgs.397 ss.

273 GAFI, *Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico*, 23 de octubre de 2008.

274 Ampliamente sobre las obligaciones de los abogados impuestas por esta Directiva, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº 21, 2003, pgs. 153-185; FABIAN CAPARROS, “El abogado frente al blanqueo de capitales”, *cit.*, pgs. 261-299.

275 *Michaud v. France*, 12323/11, 06/12/2012.

276 Lo hizo en virtud del artículo 21-1 de la Ley de 31 de diciembre 1971 la reforma de determinadas profesiones judiciales y jurídicas, que le atribuye la competencia, de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables, para unificar a través de disposiciones generales las normas y prácticas de la profesión.

La Decisión (artículo 1) dispone que todos los abogados, personas físicas, inscritos en un colegio de abogados francés, están sujetos a este reglamento profesional, cuando en el curso de su actividad profesional realicen en nombre y por cuenta de su cliente una operación financiera o inmobiliaria, o cuando intervengan en la asistencia a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de operaciones. No están sujetos a esta normativa cuando realizan actividades de asesoramiento jurídico o cuando la actividad está relacionada con procedimientos jurisdiccionales con ocasión de alguna de las actividades mencionadas (artículo 2). El Reglamento dispone que los abogados deben “ejercer una vigilancia constante” y “dotarse de procedimientos internos” para garantizar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios relativos, en particular, a la declaración de sospecha (artículo 3), especificando en particular el procedimiento que debe seguirse cuando una transacción es susceptible de ser objeto de una declaración (artículo 7). Más específicamente, deben establecer normas internas escritas que describan las medidas de diligencia a seguir (artículo 5). También deben garantizar que el reglamento se aplique correctamente en el seno de su estructura, y que los abogados y su personal reciban información y la formación necesaria y adecuada a las operaciones que llevan a cabo (artículo 9), y dotarse de un sistema de control interno (artículo 10). Al mismo tiempo, el reglamento subraya que “los abogados deben garantizar en todas las circunstancias el respeto del secreto profesional” (artículo 4). El incumplimiento de este Reglamento da lugar a sanciones disciplinarias que pueden llegar hasta la expulsión del Colegio de abogados<sup>277</sup>.

El 10 de octubre de 2007, estimando que cuestionaba la libertad del ejercicio de la profesión de abogado y las reglas esenciales que la regulan, el demandante presentó ante el Consejo de Estado un recurso de anulación de esta decisión. Argumentó que ninguna disposición legal o reglamentaria confiere al Consejo Nacional de la abogacía una competencia normativa en áreas tales como la lucha contra el blanqueo de dinero. Por otra parte, destacando que la decisión impugnada obliga a los abogados a dotarse de procedimientos internos para asegurar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la declaración de sospecha bajo pena de sanción disciplinaria, y que la noción de sospecha no se ha definido, denunciaba un incumplimiento del requisito de precisión inherente al respeto del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Además, haciendo referencia a la sentencia del caso André et autres c. France de 24 julio de 2008 (no 18603/03), argumentó que el reglamento aprobado por el Consejo Nacional de la abogacía era incompatible con el artículo 8 CEDH, cuando la “obligación de reportar operaciones sospechosas” cuestiona el secreto y la confidencialidad de los intercambios entre un abogado y su cliente. Por último, en aplicación del artículo 267 del Tratado de la Unión Europea al Consejo de Estado, solicitó al Consejo de Estado que presentara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la conformidad del cumplimiento de la “declaración de sospecha de delito” con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y con el artículo 8 CEDH.

En una sentencia de 23 de julio de 2010, el Consejo de Estado desestimó las principales conclusiones de la demanda.

En cuanto a la queja basada en el artículo 7 de la Convención, la sentencia destaca que el concepto de “operación sospechosa” no carece de precisión puesto que reenvía a las disposiciones del artículo L. 562-2 del Código Monetario y Financiero (ahora modificado, el artículo L. 561-15). En cuanto al motivo del artículo 8 CEDH, la sentencia la rechaza con las siguientes razones:

“(…) Si, según el demandante, las disposiciones de la Directiva [91/308/CEE modificada] son incompatibles con las disposiciones del artículo 8 CEDH (...) que protegen especialmente el derecho fundamental al secreto profesional, este artículo permite una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de tal derecho, sobre todo cuando tal medida sea necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, (...) teniendo en cuenta, por un lado, el interés general existente en la lucha contra el blanqueo de capitales y,

<sup>277</sup> Artículos 183 y 184 del Decreto N° 91-1197 de 27 de noviembre 1991 que rigen la profesión legal.

por otra parte, la garantía de excluir de su ámbito de aplicación las informaciones recibidas u obtenidas por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales y las recibidas u obtenidas en el marco del asesoramiento jurídico, con la sola reserva, para estas últimas informaciones, del caso en el que el asesor jurídico participa en las actividades de blanqueo de dinero, o el asesoramiento jurídico sea con fines de blanqueo de capitales y cuando el abogado sepa que su cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de dinero, el sometimiento del abogado a la obligación de reportar operaciones sospechosas, a lo que obliga la Directiva impugnada, no supone un ataque excesivo al secreto profesional; (...) y, por lo tanto, y sin que exista necesidad de presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Unión Europea, debe ser rechazado el motivo basado en la violación de estas disposiciones”.

El debate así planteado llega al TEDH. De acuerdo con el Tribunal, tal como se aplica en Francia, teniendo en cuenta el objetivo legítimo que se persigue y su importancia en una sociedad democrática, la obligación de comunicar operaciones sospechosas no constituye una injerencia desproporcionada en el secreto profesional del abogado y en la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente.

### **3. Comentario de la Sentencia Michaud v. France. El secreto profesional del abogado: garantía del derecho a un proceso justo y protección de la intimidad**

Se ha dicho que el secreto profesional no es un valor en sí mismo, sino un concepto instrumental que sirve para tutelar determinados bienes o derechos merecedores de protección<sup>278</sup>. Por ello, se puede afirmar que la tutela del secreto profesional del abogado despliega sus efectos directos sobre la protección de otros derechos fundamentales. En concreto, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el derecho a un proceso justo y a la protección del derecho a la intimidad. En este sentido, el TEDH ha examinado este tema en relación con la eventual violación de ambos derechos tal y como se reconocen en el CEDH.

#### **3.1 El secreto profesional como garantía de un proceso justo o equitativo**

##### **3.1.1 La jurisprudencia del TEDH en relación con el secreto profesional del abogado y el derecho a un juicio justo**

El art. 6 CEDH protege diversos derechos relativos al proceso equitativo, algunos de los cuales se han considerado directamente conectados con el secreto profesional de los abogados. El TEDH ha señalado en diversas ocasiones que el acusado tiene derecho a disponer de un abogado de su elección, algo que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 6 CEDH, y que ello tiene especial relevancia tratándose de la entrevista del abogado con su cliente para la preparación de la defensa en el ámbito de un proceso penal. Asimismo, ha destacado que el derecho a un proceso justo requiere una comunicación no controlada y abierta entre abogado y cliente<sup>279</sup>. Se debe proteger la confidencialidad de las relaciones entre cliente y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, y que requiere una comunicación abierta y honesta entre ambos<sup>280</sup>. En el asunto Viola v. Italy el TEDH concluyó que el derecho del acusado a comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del

278 ÁLVAREZ-SALA WALTER, Juan, “El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas”, s/f/, pgs. 13-14, Ensayos de Actualidad, CGN, Madrid. Disponible en [http://www.sepbac.es/espanol/informes\\_y\\_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf](http://www.sepbac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf).

279 Cfr., entre otros, RODR., entre ERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010”, Diario La Ley, Nro La LeyERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “El secreto profeD-282 (consultada la versión electrónica).

280 *Castravet v. Moldova*, de 13 de marzo de 2007; *Foxley v. United Kingdom*, de 20 de junio de 2000 (TEDH 2000, 143), p. 43

Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad<sup>281</sup>.

En el asunto *Niemitz v. Germany*, de 16 de diciembre de 1992, el TEDH señaló expresamente que cuando se encuentra involucrado un abogado en un asunto penal, la limitación del secreto profesional puede repercutir en la buena administración de justicia y los derechos garantizados por el art. 6<sup>282</sup>.

Tratándose del control de la correspondencia, incluida la de carácter electrónico o del control de las conversaciones telefónicas, el TEDH ha valorado que puede constituir en determinadas situaciones una vulneración del art. 6 CEDH. Por ejemplo, en el asunto *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, la Fiscalía interceptó una carta enviada por M. Schönenberger, un abogado, a su cliente M. Durmaz que se encontraba en ese momento detenido<sup>283</sup>. Schönenberger le aconsejaba en la carta guardar silencio. M. Durmaz, que desconocía la intervención de M. Schönenberger, nombró a instancias de la Fiscalía a otro abogado. Para apoyar su argumento de que la interceptación de la carta era necesaria, el Gobierno de Suiza alegó ante el TEDH el contenido de la carta en cuestión: según el Gobierno, daba un asesoramiento al Sr. Durmaz en relación con procedimientos penales pendientes que era de tal naturaleza que podía poner en peligro su correcto desarrollo. El TEDH rechaza ese argumento, reafirmando el derecho del sospechoso a guardar silencio, derecho consagrado en el art. 6 CEDH<sup>284</sup>.

En la jurisprudencia del TEDH se refuerza de esta manera la tutela del secreto profesional del abogado en sus relaciones con el cliente, pues constituye una salvaguarda indispensable del proceso con todas las garantías. Por ello las normas nacionales deben establecer garantías específicas para preservar la confidencialidad abogado-cliente, especialmente tratándose de registros en los bufetes de abogados. Según el TEDH los ordenamientos nacionales deben prever garantías particulares para los registros en los bufetes.

En definitiva, se puede afirmar que el TEDH ha relacionado la protección del secreto profesional con varios derechos protegidos por el art. 6 CEDH: el acceso a un tribunal cuando se le niegan al acusado sus intentos de ponerse en contacto con un abogado, el acceso a un abogado de su elección cuando el contacto con el abogado esté sometido a vigilancia (excesiva) y control, y el derecho a la asistencia jurídica<sup>285</sup>.

### **3.1.2 La normativa europea de prevención del blanqueo de capitales no vulnera el derecho a un proceso justo (artículo 6 del CEDH). La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de junio de 2007**

Varios colegios de abogados belgas presentaron dos recursos ante la Cour d'arbitrage, actualmente Cour constitutionnelle (Bélgica), solicitando la anulación de los artículos 4, 5, 7, 25, 27, 30 y 31 de la Ley de 12 de enero de 2004, introducidos en la Ley de 11 de enero de 1993, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Con dicha Ley de 2004 se adaptaba la normativa belga sobre el blanqueo de capitales a la Directiva 2001/97/CE<sup>286</sup>.

La solicitud de anulación se basa en que dicha Ley vulnera de manera injustificada los principios de secreto profesional e independencia de los abogados, principios que, según los demandantes, son un

281 *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006; en el mismo sentido, *S. v. Switzerland*, App. No. 13325/87, 09/07/1988.

282 *Niemitz v. Germany*, App. No. 13710/88, 05/04/1990.

283 *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, App. No. 11368/85, 13/03/1987.

284 El demandante había reclamado sólo una violación del art. 8, decidiendo el TEDH que la interferencia no era necesaria en una sociedad democrática y constituía una violación dicho artículo.

285 *SPRONKEN, Tarn / FERMON*, Jan, "PRONKEN, Tarn / FERMON, Jan, Privilege in EuropeMON, JPenn St. Int'l L. Rev. 2008-2009, pgs. 439-463, pgs. 439-440.

286 Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

elemento constitutivo del derecho fundamental de todo justiciable a un proceso justo y al respeto del derecho de defensa. Y ello porque se impone a los abogados la obligación de informar a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de hechos que sepan o sospechen que están vinculados al blanqueo de capitales y la obligación de transmitir a dichas autoridades la información complementaria que éstas consideren útil. Estas obligaciones impiden preservar en su integridad la actividad tradicional de los abogados. Se alega que las características propias de la profesión de abogado, principalmente la independencia y el secreto profesional, contribuyen a la confianza del público en esta profesión, y que tal confianza no se circunscribe únicamente a determinadas misiones particulares del abogado. Entienden que ello infringe los arts. 10 y 11 de la Constitución belga, en relación con el art. 6 CEDH, los principios generales del Derecho en materia de derecho de defensa y el art. 6 TUE, apartado 2, así como los artículos 47 y 48 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza<sup>287</sup>.

El Tribunal ante el que se interpuso el recurso suspendió su tramitación y presentó la una cuestión prejudicial al TJUE<sup>288</sup>. El TJUE declara que las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales que recaen sobre los abogados previstas en las Directivas no vulneran el derecho a un proceso justo, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 TUE, apartado 2, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva (párrafo nº 37). De acuerdo con la Directiva, los abogados (entre otros sujetos obligados) deben colaborar plenamente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de un blanqueo de capitales y facilitando a esas mismas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable. Ahora bien, destaca la Sentencia que cuando tales deberes tienen como destinatarios a los abogados, la aplicación de estas obligaciones contiene dos limitaciones importantes.

a) Los abogados tan sólo están sometidos a estas obligaciones de información y de cooperación en la medida en que participen, de alguno de los modos que se especifican en el art. 2 bis, número 5, en determinadas transacciones que esta última disposición enumera con carácter exhaustivo (párrafo nº 22).

b) De acuerdo con el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 los Estados miembros no tienen el deber de imponer a los abogados “las obligaciones de información y de cooperación en lo que atañe a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” (párrafo nº 23)<sup>289</sup>.

287 Sobre esta decisión cfr. HERREROS BASTERO, Javier, “Reflexiones de un Abogado frente al blanqueo de capitales. (STJCE de 26 de junio de 2007)”, Noticias de la Unión Europea, Nº 297, 2009, pgs. 35-46; VAQUERO PINTO, María José, “Secreto profesional del abogado y prevención de la utilización del sistema de blanqueo de capitales. A propósito de la STJCE Luxemburgo de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05)”, en iustel.com RGDE, 14, 2007; PEREZ MANZANO, Mercedes, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández/Bacigalupo. S. (eds.), Política criminal y blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 169- 207; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández/Bacigalupo. S. (eds.), Política criminal y blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 207- 224.

288 «El art. 1, apartado 2 de la Directiva 2001/1997 [...], ¿vulnera el derecho a un proceso justo tal como éste está garantizado por el art. 6 del [CEDH] y por el art. 6 [Tratado de la Unión Europea], apartado 2, en la medida en que el nuevo art. 2 bis, número 5, que ha añadido la Directiva 91/308/CEE, impone la inclusión de los profesionales independientes del Derecho, sin excluir la profesión de abogado, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que tiene por objeto fundamentalmente que se imponga a las personas y entidades que en ella se indican una obligación de informar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales de cualquier hecho que pudiera ser indicio de tal blanqueo (art. 6 de la Directiva 91/308/CEE, sustituido por el art. 1, número 5, de la Directiva 2001/97/CE)?».

289 El Tribunal de Luxemburgo constata que el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 es ambiguo y se presta a diversas interpretaciones, por lo que no está claro el alcance exacto de las obligaciones de información y de cooperación que incumben a los abogados. Recuerda así la reiterada jurisprudencia de acuerdo con la cual cuando un texto de Derecho comunitario derivado es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Tratado CE (párrafos nº 27 y 28).

El Tribunal fija en primer lugar el contenido del derecho de defensa de acuerdo con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. El art. 6 CEDH reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída equitativamente, tanto en los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como en el marco de un procedimiento penal. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH dicho precepto contempla el concepto de «proceso justo», que está integrado por diversos elementos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a disponer de un abogado tanto en materia civil como penal. Pues bien, de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo “el abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el art. 6 del CEDH, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento” (párrafo nº 32).

Recuerda que se desprende del artículo 2 bis, número 5 de la Directiva que los abogados tan sólo están sometidos a las obligaciones de información y de cooperación en relación con concretas actividades: así, cuando asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. En general, afirma el TJUE, “tales actividades se sitúan, debido a su propia naturaleza, en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo”.

Ahora bien, desde el momento en que la asistencia de abogado prestada en el marco de una transacción de las contempladas en el art. 2 bis, número 5, de la Directiva se solicite «para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, el abogado de que se trate quedará dispensado, en virtud del art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva, de las obligaciones enunciadas en el apartado 1 de ese mismo artículo y, a este respecto, carece de importancia que la información se haya recibido u obtenido antes, durante o después del proceso. Tal dispensa contribuye a preservar el derecho del cliente a un proceso justo” (párrafo nº 34).

Las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo implican que exista una relación con algún procedimiento judicial, y esto se cumple habida cuenta del hecho de que la Directiva 91/308 dispensa a los abogados de las obligaciones de información y de cooperación cuando sus actividades tengan la mencionada relación. Ahora bien, las exigencias vinculadas al derecho a un proceso justo no se oponen a que, cuando los abogados actúen en el marco preciso de las actividades enumeradas en el artículo 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308, y no lo hagan para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, tales abogados estén sometidos a las obligaciones de información y de cooperación (párrafo nº 36).

## 3.2 La normativa europea sobre el blanqueo de capitales limita razonablemente el derecho a la intimidad

### 3.2.1 El secreto profesional y derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH: el artículo 8 CEDH

Hemos indicado que la estrategia en el caso *Michaud v. France* ha sido considerar que las intrusiones en el secreto profesional del abogado vulneran el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones del art. 8 CEDH. No cabe duda de que la relación entre el acusado y su abogado se basa en la confianza, la cual permite a aquel poner en conocimiento de éste informaciones que pertenecen al ámbito de su intimidad. Quizás las decisiones más importantes en relación con la protección de la confidencialidad de la relación abogado-cliente adoptadas por el TEDH están basadas en el art. 8 CEDH.

Conviene recordar que, de acuerdo con el TEDH, la protección de la vida privada se extiende a las relaciones profesionales. En el asunto *Niemietz v. Germany* el debate giró en torno a si el art. 8 CEDH se aplica a los establecimientos comerciales<sup>290</sup>. El Estado alemán argumentó que no existía una injerencia en la vida privada del demandante debido a que los registros se llevaron a cabo en sus locales profesionales, la oficina de un abogado. El TEDH, sin embargo, interpretó la expresión “vida privada” y “domicilio” como comprensivas de ciertas actividades profesionales o comerciales o locales, y consideró que la protección conferida por el art. 8 CEDH se extiende a todos los establecimientos comerciales, incluyendo los despachos de los abogados.

La jurisprudencia del TEDH es, pues, muy clara: la relación confidencial entre abogados y sus clientes está protegida por el derecho a la intimidad del art. 8 CEDH. Ahora bien, este no tiene un carácter absoluto. El TEDH, en el asunto *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006, ha indicado que el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Por lo tanto, no todas las interferencias con el derecho a la intimidad conducen a la violación de los derechos contenidos en el art. 8. La interferencia puede ser legítima en ciertas circunstancias, en concreto, cuando esté recogida en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática.

a) La limitación de la vida privada y del secreto profesional han de encontrarse previstas en la ley. Con el fin de decidir si la intromisión en las comunicaciones que se benefician del privilegio profesional ha dado lugar a una violación de los derechos protegidos por el art. 8 CEDH, el Tribunal examina la compatibilidad de dicha injerencia con el Derecho nacional<sup>291</sup>. El Tribunal no rechaza en principio las interferencias con las comunicaciones entre abogados y clientes, sino que exige que la ley que las regula sea muy clara, interpretada por los tribunales nacionales de una manera que proteja la confidencialidad y que existan especiales y suficientes salvaguardias para proteger el secreto profesional.

b) La limitación del secreto profesional debe ser necesaria en una sociedad democrática. La noción de “necesidad en una sociedad democrática” se refiere a un aspecto de la proporcionalidad. La protección de la vida privada es, por lo tanto, relativa<sup>292</sup>, si bien la Ley ha de establecer garantías adecuadas y eficaces para evitar abusos<sup>293</sup>. En esta línea, cuando el secreto profesional está en juego, el TEDH exige garantías adicionales. En varias sentencias sobre el secreto profesional señala que tratándose de la interceptación de las telecomunicaciones del abogado, debe existir control por parte de un juez independiente. Cuando se trata del registro de un despacho de abogados, los elementos tomados en consideración son, en particular, si el registro se encuentra amparado en una orden emitida por un juez y estaba fundamentada en una sospecha razonable, si el alcance de la orden estaba limitado razonablemente y si el registro se llevó a cabo en presencia

290 *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, 16/12/1992.

291 Cfr., por ejemplo, *Kopp v. Switzerland*, 23224/94 23224/94, 25/03/1998; *Foxley v. The United Kingdom*, 33274/96, 20/06/2000.

292 Cfr., por ejemplo, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria*, 62540/00, 28/06/2007.

293 *Ibidem*, nº 76 – 77.

de un observador independiente para garantizar que no se revelan materiales sujetos al secreto profesional<sup>294</sup>.

Precisamente es de especial relevancia la presencia del observador independiente, normalmente el representante del Colegio de abogados. En el asunto *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria* el TEDH decidió que se había producido una violación del art. 8 CEDH, aunque el representante del Colegio de Abogados estuvo presente durante el registro del despacho del abogado<sup>295</sup>. El hecho de que dicho representante pudo examinar todos los documentos escritos, pero no los datos electrónicos, llevó al Tribunal a la conclusión de que se había producido una violación del Convenio. No basta, dice el TEDH, con que la ley o la jurisprudencia obliguen a la presencia de un observador independiente. Este tiene que tener la posibilidad, desde un punto de vista práctico, de llevar a cabo una selección eficaz de los materiales protegidos por el secreto profesional<sup>296</sup>.

En otros casos el TEDH ha valorado la presencia del Decano del Colegio de abogados en el registro del despacho del abogado, considerando que la misma constituye una garantía especial de procedimiento<sup>297</sup>. De hecho, en el asunto *Xavier da Silveira c. France*, concluyó que se produjo una violación del art. 8 CEDH en un caso en el que un abogado cuyo domicilio había sido objeto de un registro no se había beneficiado de esta garantía<sup>298</sup>.

### **3.2.2 Lavado de activos, secreto profesional y respeto del derecho a la vida privada: opinión del TEDH**

Las normas sobre prevención del lavado de activos obligan a los abogados a proporcionar a una autoridad administrativa informaciones relativas a otra persona, su cliente, que poseen por razón de la relación de negocios y conversaciones que han tenido con ella. Esta obligación de comunicar operaciones sospechosas por los abogados puede suponer, advierte el TEDH, un menoscabo del derecho a la intimidad o, de acuerdo con el art. 8 nº 1 CEDH, del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Recordemos que de acuerdo con este precepto, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Pues bien, el deber de revelar la mencionada información puede suponer una injerencia en el derecho al respeto a su correspondencia e incluso a su derecho al respeto de la “vida privada”, que incluye, como hemos visto ya, también las actividades profesionales y comerciales. Esta vulneración permanente del art. 8 no cuestiona directamente los aspectos más íntimos de su vida privada, sino el derecho al respeto de sus intercambios profesionales con sus clientes<sup>299</sup>.

Esta injerencia de la autoridad pública infringe el CEDH, a menos que esté «prevista por la ley» y “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar los objetivos a los que alude el nº 2 del art. 8 (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás).

#### **3.2.2.1 Prevista por la ley**

Los Estados miembros de la UE han incorporado esta obligación en su legislación nacional, por lo que está prevista en la Ley. El TEDH señala que no basta con que las injerencias en las comunicaciones entre abogados y clientes se recojan en la ley, sino que exige en primer lugar que la ley sea

294 *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, 74336/01, 16/10/2007, nº 57.

295 *Ibidem*, nº 63.

296 También en el asunto *Smirnov v. Russia*, 71362/01, 07/06/2007, la ausencia de observadores independientes se tuvo en cuenta para valorar la proporcionalidad de la injerencia en los derechos del art. 8 CEDH.

297 *André et autre c. France*, 18603/03, 24/07/2008, nº 43; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, 51772/99, 25/02/2003, nº 69.

298 *Xavier da Silveira c. France*, 43757/05, 21/01/2010, nº 43.

299 *Michaud v. France*, nº 92.

suficientemente clara<sup>300</sup>. En esta materia no parece haber claridad acerca de qué debe entenderse por operación “sospechosa”, que es la que obliga a presentar una comunicación al abogado ni qué actividades puede decirse que reúnan esta calificación. Pese a ello, el TEDH considera que es una norma formulada con la suficiente precisión, pues lo importante es que el ciudadano sea capaz de predecir, en un grado que sea razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan derivarse de una acción determinada. Sin embargo, reconoce la imposibilidad de la certeza absoluta en la redacción de leyes, así como el riesgo de que los intereses de seguridad causen rigidez excesiva. Muchas leyes se sirven inevitablemente de fórmulas más o menos vagas y cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica<sup>301</sup>.

A juicio del Tribunal, el concepto de “sospecha” es de sentido común y un público informado como los abogados no pueden reclamar fácilmente se incapaz de precisarlo. Es más, la Ley en este caso proporciona indicaciones específicas. Además, las comunicaciones de operaciones sospechosas se envían o al Decano de los Colegios de Abogados, de manera que cualquier abogado que tenga duda sobre la existencia de una “sospecha” de un caso concreto se puede beneficiar de la asistencia de un colega conocedor y con experiencia.

En cuanto a la supuesta imprecisión de la esfera de la actividad objeto de la obligación de reportar operaciones sospechosas, el Tribunal considera que la normativa francesa cuestionada indica que este requisito se aplica a los abogados cuando, en el curso de su trabajo, realizan en nombre y por cuenta de su cliente una transacción financiera o de bienes, o participan en el asesoramiento a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de transacciones (compra y venta de bienes inmuebles o activos de la empresa, gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, apertura de cuentas bancarias, de ahorro o valores, organización de las aportaciones necesarias para la creación de empresas, la creación o administración de empresas y la creación o administración de fideicomisos regidos por normativa extranjera o cualquier otra estructura similar). No están sujetos a la obligación de comunicación cuando ejercen una actividad de asesoramiento jurídico o cuando su actividad está relacionada con los procedimientos jurisdiccionales en relación con una u otra de las seis actividades antes mencionadas. El Tribunal considera que estos datos son lo suficientemente precisos, sobre todo porque los textos en cuestión están destinados a profesionales del derecho<sup>302</sup>.

### 3.2.2.2 Necesaria para alcanzar objetivos legítimos

El Tribunal no duda de que, en la lucha contra el lavado de dinero y delitos conexos, la interferencia persigue un objetivo legítimo establecido en el párrafo segundo del artículo 8: la defensa del orden y la prevención de la delincuencia<sup>303</sup>.

El TEDH ha enfatizado que la correspondencia entre el abogado y su cliente, independientemente de la finalidad, goza de una situación de privilegio con respecto a su confidencialidad. Es más, el art. 8 proporciona una tutela reforzada de las comunicaciones entre abogado y cliente, puesto que los abogados tienen confiado un papel fundamental en una sociedad democrática: la defensa de los justiciables. El abogado no puede cumplir con esta función si no es capaz de garantizar a quienes defiende que sus intercambios serán confidenciales. Está en juego la relación de confianza entre ellos, indispensable para el cumplimiento de esta misión. De ello depende también, de forma indirecta pero necesariamente, el respeto del derecho del justiciable a un juicio justo, especialmente en lo que comprende el derecho de todo “acusado” a no contribuir a incriminarse a sí mismo<sup>304</sup>. En definitiva, vincula el secreto profesional de los abogados y su tutela a la correcta Administración de la justicia.

300 Petri Sallinen and Others v. Finland, App. No. 50882/99, 27/09/2005.

301 Michaud v. France, nº 96.

302 *Ibidem*, nº 97.

303 *Ibidem*, nº 99.

304 Michaud v. France, nº 118.

Para fundamentar su decisión el Tribunal examina si la obligación que recae sobre los abogados de comunicar sospechas de blanqueo supone un ataque desproporcionado al secreto profesional protegido por el art. 8 CEDH. Se remite y se adhiere a la argumentación de la sentencia de 23 de julio de 2010 del Consejo de Estado francés, de acuerdo con la cual esta obligación no supone un ataque excesivo. Llega a esta conclusión teniendo en cuenta el interés general que se concede a la lucha contra el blanqueo de dinero y la garantía que representa la exclusión de su ámbito de aplicación de la información recibida u obtenida por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales, así como la recibida u obtenida en el marco del asesoramiento jurídico (con las únicas reservas, para estas últimas informaciones, de los casos en los que el asesor jurídico está implicado en actividades de blanqueo de dinero, cuando el asesoramiento jurídico se preste con el fin del blanqueo de capitales y el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para el blanqueo de dinero). El secreto profesional puede tener que ceder en determinadas situaciones y una de ellas puede ser la lucha contra el blanqueo de actividades ilícitas, susceptible de servir para financiar actividades delictivas en particular en el ámbito del tráfico de drogas o el terrorismo internacional, esto es, supuestos en los que se persigue la prevención de actividades constitutivas de una grave amenaza para la democracia.<sup>305</sup>

El Tribunal destaca asimismo que existen dos elementos decisivos en la apreciación de la proporcionalidad de la injerencia en litigio. En primer lugar, que la obligación de comunicar sospechas de blanqueo se limita exclusivamente a aquellas actividades que quedan al margen de la misión de defensa confiada a los abogados y que son similares a las realizadas por otros profesionales sujetos a este requisito. En segundo lugar, que la normativa francesa sobre la materia establece expresamente que los abogados no están sujetos a este requisito cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, se trate de información que han recibido u obtenido antes, durante o después de un procedimiento judicial, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que haya previsto el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo o actúe a sabiendas de que la solicitud del cliente tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo<sup>306</sup>. Por lo que la obligación de comunicar sospechas no afecta a la esencia de la misión de defensa que constituye el fundamento del privilegio del abogado-cliente<sup>307</sup>.

Por último, pone en evidencia que existe un filtro que protege especialmente el secreto profesional del abogado, en la medida en que la comunicación de sospecha que debe realizar no se traslada directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera (en Francia el TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Presidente del Colegio de Abogados ante el Consejo de Estado y ante la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados. Se establece así una garantía específica de carácter procesal cuya finalidad es precisamente preservar el secreto profesional.

#### **4. El secreto profesional del abogado tiene protección absoluta cuando se trate de la actividad de defensa o representación del cliente en cualquier proceso judicial**

El núcleo duro de las funciones del abogado se concentra en dos actividades: la defensa en cualquier proceso judicial, que se le asigna casi que en exclusiva, y el asesoramiento jurídico. El secreto profesional del abogado despliega sus efectos más amplios en ambos tipos de actividades. Estas constituyen la esencia de la labor del abogado, y en la que el secreto profesional está claramente vinculado al proceso justo.

La tercera directiva dispone expresamente en el art. 23 nº 2 de la Directiva que los abogados están exentos de la obligación de comunicación “con respecto a la información que éstos reciban de

<sup>305</sup> Michaud v. France, nº 123.

<sup>306</sup> Ibídem, nº 127.

<sup>307</sup> Ibídem, nº 128.

uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos”. Queda fuera, por lo tanto, de la obligación de comunicación e información la actividad de defensa en cualquier proceso judicial. Las actividades de preparación asesoramiento y representación en juicio están exentas del cumplimiento de las obligaciones del abogado en materia de blanqueo de capitales.

Es cierto que la Directiva se refiere exclusivamente a procesos judiciales. Quizás es conveniente entender que queda fuera cualquier proceso, no solamente judicial, en el que esté vigente el derecho de defensa como garantía del derecho a un proceso justo. Y este proceso puede ser de carácter administrativo sancionador o judicial<sup>308</sup>. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, porque puede dar lugar también a un procedimiento judicial.

## 5. El problema del asesoramiento jurídico

No hay duda de que la defensa en cualquier clase de procedimiento constituye una función del abogado. Más compleja es la función del asesoramiento jurídico, que parece tener un carácter accesorio en las tareas del letrado. Y ello porque no les corresponde a ellos en exclusiva, sino que puede ser prestada por otros “operadores jurídicos”<sup>309</sup>. Podría hasta plantearse que constituya siquiera una función propia del abogado. El motivo de esta situación de incertidumbre reside en que la actividad de asesoramiento jurídico no tiene unos contornos muy claros.

Se suele hacer una distinción en atención al momento en el que se produce el asesoramiento jurídico en relación con la operación a la que se refiere. Así, se alude en primer término al asesoramiento jurídico preventivo o previo cuando sea anterior a la operación y su objetivo sea esencialmente el diseño o concepción de la misma. De esta modalidad se diferencia el asesoramiento jurídico posterior, que tiene lugar una vez que se ha materializado una concreta operación.

El asesoramiento preventivo tiene lugar en fases muy tempranas de la operación que el cliente persigue realizar, estando condicionada su concreta configuración al consejo del letrado. El cliente, por lo tanto, tiene muy claro lo que persigue, pero desea consultar la mejor manera de hacerlo desde una perspectiva jurídica, para lo que consulta al abogado en orden a determinar los efectos jurídicos de las diversas opciones posibles. La labor del abogado se centra en este caso en aconsejar desde un punto de vista jurídico sobre las ventajas e inconvenientes de cada una de las opciones, así como de cuál resulta aconsejable en atención a los intereses del cliente. El consejo del letrado sirve al cliente para concebir o diseñar la operación, que todavía no se ha ejecutado cuando interviene el abogado.

En ocasiones el cliente recurre al abogado para conocer las consecuencias jurídicas de una operación ya ejecutada. Con ello el cliente persigue obtener una opinión experta para maximizar los efectos jurídicos positivos de la operación o bien minimizar los efectos negativos. Ya no se trata de asesorar acerca de la concepción o diseño de una operación, sino de ser aconsejado del alcance de los efectos de la operación diseñada y ejecutada sin la intervención del letrado. El letrado puede aconsejar en esta situación la realización de nuevos actos o negocios que tendrán como referencia la operación previamente ejecutada. La finalidad del asesoramiento en estos supuestos puede ser la manera de evitar un proceso consecuencia de los efectos de la operativa ejecutada<sup>310</sup>.

308 PEREZ MANZANO, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, cit., pg. 201. Dice esta autora que no necesariamente ha de ser un procedimiento sobre blanqueo, sino que puede ser uno dirigido a deputar las responsabilidades tributarias o de otro tipo, o un proceso pena por cualquier delito.

309 Cfr. SÁNCHEZ STEWART, Nielson, “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, La Ley Penal, n. 53, 2008 (versión electrónica del trabajo).

310 *Ibidem*.

Por último, podría plantearse incluso el asesoramiento previo al inicio de un posible proceso judicial. La cercanía de este tipo de asesoramiento a la defensa del cliente en un proceso y su proximidad, o mejor, incidencia directa en la tutela judicial efectiva, permiten afirmar que esta modalidad de asesoramiento se encuentra al margen de las normas de prevención del blanqueo.

En la UE, de acuerdo con lo señalado por la STJUE antes mencionada, queda al margen del cumplimiento de esta obligación el asesoramiento preventivo, esto es, todo asesoramiento jurídico que se refiera a la posible incoación de procesos penales o expedientes administrativos en caso de que se realicen las operaciones que se mencionan en el art. 2 bis nº 5. Y lo mismo ocurre con el asesoramiento jurídico posterior a la realización de las transacciones a las que hemos hecho referencia, con el fin de determinar la posición jurídica del cliente. Esto comprende la posible responsabilidad que se pueda derivar de las mismas, se haya incoado o no algún procedimiento o procesos por eventuales infracciones. Dicho asesoramiento puede llegar a la conclusión de que la transacción es lícita, en cuyo caso el abogado no habrá apreciado indicios de blanqueo y no está obligado a comunicar.

Sin embargo, la actividad de asesoramiento no se excluye en su totalidad de la exención de la obligación de comunicar operaciones sospechosas. En efecto, la tercera Directiva contiene una referencia a esta materia en el último inciso del considerando 20<sup>311</sup>. De acuerdo con este considerando “el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.” Algo similar dispone la propuesta de cuarta Directiva en su considerando 7, cuando dispone que “Así pues, el asesoramiento jurídico debe seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”.

Por lo tanto, el asesoramiento jurídico queda excluido del deber de secreto profesional en tres situaciones:

- a) cuando el letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo;
- b) cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo;
- c) cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Conforme a lo dispuesto en los Considerandos de la tercera Directiva y de la propuesta de cuarta Directiva, también han de comunicarse aquellas informaciones obtenidas antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Eso ocurre precisamente en las tres situaciones descritas en el considerando.

311 “Cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico —como los abogados— estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva, la obligación de informar de sospechas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.”

Esto mismo se recoge en el asunto *Michaud v. France*<sup>312</sup> cuando, aludiendo a la normativa francesa, el TEDH señala que los abogados no están sujetos a la obligación de comunicar cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, la información que han recibido u obtenido antes, durante o después de este procedimiento, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que se hayan previsto el blanqueo de capitales o financiamiento del terrorismo o actúe a sabiendas de que las solicitudes de los clientes tienen como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Por lo tanto, el asesoramiento jurídico puede dar lugar a la obligación de comunicar cuando el abogado prevea que se dirige al blanqueo de capitales o sepa a ciencia cierta que ello es así.

Vemos, con todo, que queda fuera una actividad de asesoramiento a la que sí que aluden las Directivas: la situación en la que el propio abogado está implicado en el blanqueo. Esto tiene su lógica si pensamos que cuando el propio abogado está implicado en actividades de blanqueo de capitales, tiene derecho a no autoincriminarse, sea en el procedimiento administrativo sea en el penal, cuando se trate de informaciones que le afecten a él. Por lo que difícilmente puede estar obligado a informar.

El problema es que algunas de las informaciones que obtenga el abogado pueden tener como objetivo la determinación de la situación jurídica del cliente, por lo que parece que debería comunicarlas, algo que puede chocar con el secreto profesional y con lo dispuesto en el mencionado art. 23 nº 2 de la Directiva. En efecto, resulta problemático el deber de información cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como dicen las Directivas. Es complicado interpretar estas previsiones porque pueden resultar redundantes. Para evitarlo, advierte Pérez Manzano, la interpretación más lógica es que la primera alude a los casos en que es objetivamente reconocible por cualquiera o en los que pueden existir sospechas fundadas para cualquiera de que el asesoramiento solicitado tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, mientras que la segunda haría referencia a los supuestos en los que el abogado tiene conocimiento seguro de dicha finalidad<sup>313</sup>. Por lo tanto, si cualquiera sospecharía que el asesoramiento va a ser utilizado por el cliente para el blanqueo de capitales, el abogado tiene el deber de informar sobre dicha actividad de asesoramiento solicitada. Se está obligando al abogado a comunicar informaciones conocidas en relación con un proceso contra el cliente.

En definitiva, parece que también las informaciones obtenidas «antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente» pueden generar deberes de colaboración con la UIF, si bien de acuerdo con la normativa están excluidas. Pérez Manzano ha señalado que el Considerando de la tercera Directiva no se encuentra en el articulado y, por ello, no ha de ser tenido en cuenta<sup>314</sup>. Sin embargo, el TEDH y el TJUE entienden que el contenido del mismo es válido y en estos casos el abogado no está exento de comunicar. Por ello, cabe concluir que si el abogado sabe a ciencia cierta que el cliente solicita asesoramiento jurídico para cometer un delito de blanqueo de capitales tiene el deber de comunicar. Lo contrario, esto es, no comunicar y además asesorar para hacerlo, supondría que el abogado está implicado en la actividad de blanqueo, es un abogado delincuente y puede ser perseguido penalmente (si bien ya no estaría obligado a autoincriminarse).

Más complejo será el supuesto en el que abogado pueda sospechar que la finalidad del asesoramiento es el blanqueo. En este caso, si el abogado decide asistir al cliente puede involucrarse en su delito

312 *Michaud v. France*, nº 127.

313 PEREZ MANZANO, "Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales", cit., pg. 197.

314 *Ibidem*, pg. 198.

de blanqueo de capitales, que admite la comisión a través del dolo eventual. Por lo que estará obligado a comunicar si el cliente le solicita asesoramiento para blanquear dinero y sospecha el abogado que es así, siempre y cuando no decida no prestar sus servicios (salvo que se encuentre en alguna situación de excepción de acuerdo con la normativa). Una vez que decide asesorar pese a sus sospechas, su conducta tiene relevancia penal y no puede ser obligado a comunicar porque vulneraría su derecho a no autoincriminarse.

## **6. Limitación del secreto profesional del abogado cuando ejerce funciones ajenas a la defensa o asesoramiento jurídicos**

Hoy día se encuentra superada la consideración del abogado como profesional que interviene exclusivamente en procesos judiciales o que realiza actividades de asesoramiento jurídico. Es ampliamente asumido que el abogado es un técnico en Derecho polivalente, que se dedica a otras muchas actividades distintas de las dos mencionadas. Muchas de ellas pueden ser prestadas por otro tipo de profesionales que prestan en exclusiva tales servicios. Pues bien, esas otras actividades, a las que me referiré a continuación, son extrañas a sus tareas de defensa o asesoramiento.

El abogado puede llevar a cabo actividades de asesoramiento e intermediación en todo tipo de operaciones inmobiliarias, compraventas y/o arrendamientos de pisos y fincas urbanas y rústicas, constitución, gestión y disolución de todo tipo de sociedades mercantiles y civiles, operaciones de reestructuración societaria (fusión, escisión...), gestión de fondos, gestión o funcionamiento de empresas o representación en cualquier transacción financiera. Precisamente el art. 2.1.3.b de la tercera Directiva excluye del secreto profesional y obliga a comunicar operaciones sospechosas al abogado cuando participe actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. También queda excluido el secreto profesional cuando el abogado asista en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas. Esta intervención queda al margen de la función de abogado como defensor o asesor jurídico. Nada tiene que ver la apertura o gestión de cuentas bancarias o la gestión de sociedades con la actividad de defensa en un proceso judicial. La intervención del abogado en actividades de representación o su actuación como mandatario está sometida a las mismas obligaciones que tienen los profesionales de estos ámbitos. Lo contrario, esto es, excluir al abogado de tales obligaciones, sería colocarles en una posición de privilegio en el mercado, al estar blindados contra cualquier intervención judicial por razón del secreto profesional. Esta especie de inmunidad del abogado de la que no disfrutarían otros profesionales dedicadas a las mismas actividades sería inadmisibles<sup>315</sup>.

Cuando un abogado se involucra en una transacción comercial, planifica transacciones o crea estructuras societarias, cumple funciones que puede desempeñar cualquier otro profesional (o no) de las finanzas o incluso una entidad financiera. Por ello, y al igual que ocurre con profesionales tales como auditores, contable externos y asesores fiscales, y también con las entidades financieras, el secreto profesional cede ante la obligación de comunicar la operación cuando tenga el carácter de sospechosa de que está sirviendo al blanqueo de capitales.

## **7. La necesidad de crear un organismo autorregulador de la Abogacía**

Una de las garantías específicas que establece el TEDH a la hora de valorar una posible vulneración del secreto profesional de los abogados por parte del Estado es la intervención de algún

<sup>315</sup> Cfr. SÁNCHEZ STEWART, "Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención", cit. (versión electrónica del trabajo).

representante de la abogacía, normalmente el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. De esta manera se establece una garantía reforzada que persigue proteger en todo momento la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente. Pues bien, como se ha indicado ya, el TEDH tiene en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la injerencia de la normativa de prevención del blanqueo de capitales en el secreto profesional del abogado la existencia de un filtro específicamente dirigido a la tutela de dicho secreto. Este filtro consiste precisamente en que el abogado no comunica sus sospechas directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera francesa (TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Decano del Colegio de los Abogados ante el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados<sup>316</sup>.

Ello supone, dice el TEDH, que revelar la información al grupo profesional sujeto a las mismas reglas de conducta y al representante del mismo elegido por sus pares para asegurar el cumplimiento, no vulnera el secreto profesional. Los Decanos de los Colegios de abogados son colegas que pueden apreciar mejor que nadie qué información está o no cubierta por el secreto profesional. Es más, solo transmiten la información sospechosa comunicada por el abogado al TRACFIN tras comprobar que se cumplen con los requisitos establecidos en la normativa. Por lo tanto, no llevan esta transmisión si consideran que no existe una sospecha de blanqueo de dinero o si parece que el abogado en cuestión cree erróneamente que tiene el deber de transmitir la información recibida con ocasión de las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la obligación de comunicar operaciones sospechosas<sup>317</sup>.

La propuesta de cuarta Directiva se refiere expresamente a la opinión del TEDH en su Considerando nº 27, diciendo que “de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un sistema de notificación en primera instancia a un organismo autorregulador constituye una salvaguardia importante para la protección de los derechos fundamentales en lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los abogados”. De acuerdo con el art. 33 nº 1 los “organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”.

Está claro, por lo tanto, que una garantía del respeto del secreto profesional es el establecimiento de un organismo autorregulador de la Abogacía a los efectos de recibir información sospechosa. Este organismo será el encargado de transmitir la información a la Unidad de Inteligencia Financiera competente. El art. 23 nº 1 de la tercera Directiva permite a los Estados “designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar en primera instancia en lugar de la UIF. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, en tales casos, los organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”. La Directiva, por lo tanto, no establece una obligación para los Estados de crear tales organismos autorreguladores. En caso de que decidan establecer tal organismo y recaiga en los Colegios de Abogados, pueden asignarles una función de meros transmisores de las informaciones a la UIF competente. En este caso su función es meramente mecánica, y no añade mucho al sistema de prevención del blanqueo de capitales.

No es esto, sin embargo, lo que parece requerir el TEDH a efectos de una adecuada protección del secreto profesional, que requiere garantías especiales y, por lo tanto, una tutela reforzada. En efecto, el Tribunal parece exigir que los organismos autorreguladores puedan valorar si las comunicaciones presentadas por los colegiados cumplen con los presupuestos legales de la obligación de comunicar operaciones sospechosas y no existen las causas que exoneración de esta obligación. Esto es, cumplen una función de filtro, como dice el propio Tribunal, que permite al Colegio de Abogados valorar el respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. De esta manera, puede también el Colegio de Abogados ejercer sus

<sup>316</sup> Michaud v. France, nº 129.

<sup>317</sup> *Ibidem*.

competencias en defensa del secreto profesional, e incluso de carácter disciplinario en caso de que las comunicaciones se efectúen con mala fe<sup>318</sup>.

Lo que no permite la normativa europea es que los organismos autorreguladores lleven a cabo una tarea de filtrado de la información, es decir, que controlen el fundamento de la sospecha que ha motivado la presentación de la comunicación. Esta tarea corresponde en exclusiva a la Unidad de Inteligencia Financiera y los Colegios de Abogados no pueden asumir esta tarea (de hacerlo podrían incurrir incluso en responsabilidad patrimonial en caso de actuación errónea)<sup>319</sup>.

Parece necesario, en definitiva, que se establezca dicho organismo autorregulador que suponga una garantía intensificada dirigida a tutelar el secreto profesional del abogado. Con todo, y pese a que el TEDH parece exigirlo, la propuesta de cuarta Directiva sigue manteniendo el carácter potestativo para los Estados de la creación de estos organismos. Pienso que si un Estado decide no hacerlo y se plantea una demanda ante el TEDH, este puede concluir que se vulnera el art. 8 CEDH al no establecerse una garantía específica para tutelar la confidencialidad de la información que obtiene el abogado del cliente. En definitiva, tras la sentencia Michaud v. France debería ser obligatorio establecer en los Colegios de Abogados organismos dedicados a recibir las comunicaciones de los abogados y a determinar si se garantiza el secreto profesional.

## II. La asistencia letrada: honorarios satisfechos al abogado con bienes de origen delictivo

De otra manera se ha de enfocar la labor del abogado consistente en la **asistencia letrada**. Y es que hemos indicado que entre las conductas típicas previstas en el Convenio de Viena se encuentran la conversión y la transferencia de bienes de origen delictivo para “ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”<sup>320</sup>. Esta fórmula es tan amplia que puede comprender los comportamientos del abogado que defiende ante los Tribunales a un blanqueador, pues intenta que éste eluda su responsabilidad.

Y más claramente quedaría abarcado el comportamiento consistente en cobrar sus honorarios con dinero de origen delictivo, comportamiento subsumible en otras conductas típicas, como la adquisición, posesión, etc. Precisamente el problema dogmático y teórico concreto ha sido planteado en Derecho alemán, donde se sancionan las conductas de adquirir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo. El tipo penal abarca todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que estén destinados. Y, claro está, también quedan comprendidas las conductas de los abogados que cobran sus minutas con dinero que procede de los delitos cometidos por sus clientes.

Son muy variados los casos planteados y resueltos por los Tribunales alemanes<sup>321</sup>. En un primer supuesto<sup>322</sup> la Fiscalía acusó de un delito de lavado de activos a un abogado de Hamburgo que había aceptado como pago de honorarios una cantidad de 5000 Marcos alemanes (DM) por la defensa de una presunta traficante de droga. Esta acusación fue desestimada por el Tribunal competente. La Fiscalía interpuso un recurso ante el Oberlandesgericht (OLG) de Hamburgo, que en un Auto de 6 de enero de 2000 decidió que la aceptación de honorarios por el abogado no es

318 Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Blanqueo de Capitales y Secreto Profesional del Abogado”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, num. 546, 2002, BIB 2002\1561.

319 *Ibidem*.

320 También alude a esta finalidad el artículo uno de la Directiva CEE, y el art. 6.1.a) del Convenio del Consejo de Europa.

321 Cfr. sobre la evolución de la situación en Alemania WOHLERS, Wolfgang, „Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren - Art. 305 bis StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung“, en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 2, 2002, pgs. 197-219, pgs. 199/200.

322 RAGUÉS I VALLÈS, “Blanqueo de capitales y negocios standard”, cit., pg. 132, nota 11, informa de otro procesamiento de un abogado por un presunto delito de blanqueo. Se trataba de un abogado a quien se le imputaba haber cobrado sus honorarios con bienes originados en el alquiler de viviendas a prostitutas. Como no se pudo acreditar siquiera una conducta imprudente del abogado se archivaron las diligencias.

subsumible en el tipo del delito de lavado de acuerdo con una interpretación restrictiva. Un año después el Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof - BGH) mantuvo una postura totalmente distinta y contrapuesta, al confirmar la condena por un delito de lavado de activos impuesta a dos abogados que habían cobrado sus honorarios con dinero en efectivo a sabiendas de que procedía de la actividad delictiva de sus clientes. Esta sentencia del BGH fue recurrida ante el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG), en la que se pronuncia sobre este tema<sup>323</sup>.

En algunos países existe una regulación expresa de esta cuestión, y en otros ha sido la jurisprudencia la que ha precisado el alcance del delito de lavado de activos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos el 18 U.S.C.A. § 1957, en su apartado f) (1), prevé de forma expresa un privilegio para el abogado. Dicho precepto dispone que queda fuera de la expresión “monetary transaction” aquella transacción necesaria para preservar el derecho de una persona a la defensa letrada garantizado por la sexta Enmienda de la Constitución<sup>324</sup>. En Canadá el problema ha sido resuelto por la jurisprudencia, en concreto, en el caso *Maranda c. Canada (Gendarmerie royale)* de 2 de diciembre de 1997<sup>325</sup>. En esta decisión la Chambre criminelle de la Cour supérieure de Québec se ha referido a la norma constitucional según la cual toda persona tiene un derecho incondicional a la asistencia de un abogado. Para el Tribunal la relación entre el cliente y el abogado está gobernada por el principio del privilegio absoluto del abogado. La confianza que el cliente deposita en el abogado podría verse seriamente quebrantada si el juez pudiera identificar a través de registros, embargos o escuchas telefónicas, la procedencia ilegal de documentos o de fondos<sup>326</sup>.

La doctrina alemana (también la española) ha dedicado grandes esfuerzos dirigidos a restringir un tipo tan excesivamente amplio. Por eso ha elaborado múltiples y variadas soluciones, que pretenden limitar su ámbito de aplicación, especialmente cuando se trata de la aceptación por parte del abogado de bienes de origen delictivo en concepto de honorarios. Tales soluciones pueden clasificarse en función de si limitan el tipo, ya sea en el ámbito objetivo o en el subjetivo, o si se refieren a la antijuridicidad.

### 3.1 La solución de la tipicidad

Un gran número de autores opina que la solución del problema planteado tiene su sede en la tipicidad. Ahora bien, discrepan en torno a si dicha solución se residencia en el tipo objetivo o en el tipo subjetivo<sup>327</sup>.

323 Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 3, 2005.

324 Sobre esta cuestión ampliamente AMBOS, “Annahme ‘bemakelten’ Verteidigerhonorars als Geldwäsche?”, cit., pgs. 77/8.

325 Esta sentencia ha sido confirmada por el Tribunal Supremo de Canadá en el año 2003. Cfr. *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67. Léo-René Maranda c. Caporal Normand Leblanc, ès qualités de dénonciateur et Le procureur général du Québec Le procureur général du Québec, l’Association du Barreau canadien, le Barreau du Québec et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ... No du greffe : 28964. 2003:12 mai; 2003: 14 novembre. Existen con todo dos votos particulares.

326 Sobre esta sentencia puede verse el trabajo de ANTENEN, Jacques/BURNAND, Yves/MOREILLON, Laurent/TRECCANI, Jean, “La rémunération du défenseur pénal par le produit de l’infraction”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1, 2001, pgs. 71-93, pgs. 77 y 85.

327 Cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, Isidoro, “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 3, 2005.

Algunos autores<sup>328</sup> piensan que el comportamiento del abogado que cobra honorarios con bienes de origen delictivo queda fuera del propio **tipo objetivo** del delito de lavado. Las opiniones son muy diversas y van desde la de aquellos que llevan a cabo una reducción teleológica de los tipos del delito de lavado de activos con base en el criterio del fin de protección de la norma<sup>329</sup>, hasta la de quienes simplemente afirman la atipicidad de tales comportamientos sin más.

Otro sector doctrinal considera que la cuestión de si ha de castigarse el comportamiento del abogado es en realidad un problema concerniente al tipo subjetivo, en concreto al dolo. En efecto, algunos autores proponen una restricción del tipo subjetivo, y entienden que el tipo penal sólo es de aplicación al abogado que actúa con dolo directo cuando cobra sus honorarios. Más específicamente, sólo ha de castigarse la conducta del abogado que tiene conocimiento seguro del origen delictivo de los bienes en el momento de su recepción<sup>330</sup>. En la medida en que no exista este conocimiento seguro, el abogado puede aceptar el pago del cliente<sup>331</sup>.

### 3.2 La solución de la justificación

Frente a la solución de la tipicidad, un importante sector de la doctrina se inclina por la denominada “solución de la justificación”, que, como su propio nombre indica, pretende resolver estos supuestos en el marco de las causas de justificación. Esta opinión es mantenida en Alemania por autores tales como Bernsmann<sup>332</sup>, Hombrecher<sup>333</sup> o Kai Ambos<sup>334</sup>.

También es esta la opinión mayoritaria de la doctrina española. Según ella, si el abogado conoce el origen delictivo de los bienes al percibir sus honorarios, su conducta podría justificarse por el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, si se cumplen los requisitos para apreciar tal causa de justificación (muy especialmente que el abogado no pueda cobrar con fondos de lícita procedencia)<sup>335</sup>. La doctrina mayoritaria considera justificada esta conducta con base en la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, en concreto el derecho a la asistencia letrada. En ese sentido, entiende PALMA HERRERA en la doctrina española que la conducta del abogado que cobra sus honorarios profesionales es ajustada al ordenamiento jurídico por haberse llevado a cabo en el ejercicio legítimo de un derecho a la percepción de honorarios por los servicios profesionales<sup>336</sup>.

328 Entre otros, mantienen la solución del tipo objetivo: BARTON, Stephan, „Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)“, en *Strafverteidiger (StV)*, 1993, pgs. 156-163; SALDITT, Franz, „Der Tatbestand der Geldwäsche“, en *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht. Strafverteidiger-Forum (StraFo)* 4/92. *Mitteilungsblatt der Strafverteidigervereinigung des DAV*, pgs. 121-136; HARTUNG, Gerrit Wolfgang, „Der Strafverteidiger als Geldwäscher“, en *Anwaltsblatt (AnwBl)*, 44, 1994, pgs. 440-448; KULISCH, Sylvia, „Strafverteidigung und Geldwäsche“, en *Strafverteidiger-Forum (StraFo)*, 1999, pgs. 337-339; LÜDERSEN, Klaus, „Die Stellung des Strafverteidigers - neue Aspekte: Wahrheitspflicht, ‘Geldwäsche’, Schadenersatz“, en *Zasady procesu karnego wobec wizman wspolczesnosci ksiega ku czci profesora Stanislawy Waltosia, Warschau, 2000*, pgs. 324-341. Disponible en la dirección [http://www.uni-frankfurt.de/fb01/luederssen/lued\\_text1-1.html](http://www.uni-frankfurt.de/fb01/luederssen/lued_text1-1.html); WOHLERS, Wolfgang, „Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit“, en *Strafverteidiger (StV)*, 7, 2001, pgs. 420-429; WOHLERS, „Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren“, cit., pgs. 197-219; WOHLERS, Wolfgang, „Anmerkung zur BverfG, Urteil v. 30.3.2004 - 2 BvR 1520/01“, en *Juristenzeitung*, 13, 2004, pgs. 678-681.

329 BARTON, „Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)“, cit., pg. 159.

330 GRÜNER, Gerhard/WASSERBURG, Klaus, „Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?“, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 9, 2000, pgs. 430-447, pgs. 439 ss.

331 GRÜNER/WASSERBURG, „Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?“, cit., pgs. 439 ss.

332 BERNSMANN, Klaus, „Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche - Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund“, en *StV* 1/2000, pgs. 40-45.

333 HOMBRECHER, Lars, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? - Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers*-. Shaker Verlag, Aachen, 2001.

334 AMBOS, Kai, „Annahme ‘bemakelten’ Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts“, en *JZ*, 2, 2002, pgs. 70-82.

335 ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 260, señala que esto no va a impedir el comiso de sus honorarios, pues es un poseedor de mala fe. Por ello entiende este autor que sería necesario que el legislador se pronunciara sobre esta cuestión, excluyendo la posibilidad de decomisar los honorarios percibidos por los abogados.

336 PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 537.

Es necesario que el ejercicio del derecho del abogado sea legítimo, esto es, que se realice conforme a las normas propias de la profesión. Por ello, habrá que entender que es adecuado a derecho todo cobro de honorarios que sea consecuencia de una prestación de servicios efectivamente realizada<sup>337</sup>.

El problema reside en que si el abogado conoce el origen delictivo de los bienes cuando percibe sus honorarios, si bien su conducta puede estar justificada, ello no va a impedir el comiso de los mismos, pues es un poseedor de mala fe<sup>338</sup>. Por este motivo la doctrina mayoritaria entiende necesario que el legislador se pronuncie de forma expresa sobre esta cuestión, excluyendo la posibilidad de decomisar los honorarios percibidos por los abogados<sup>339</sup>.

### **3.3 La solución del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht - BVerfG).**

#### **La sentencia de 30 de marzo de 2004. Solución en el marco del tipo subjetivo**

El Tribunal Constitucional alemán ha terciado en este debate y se ha pronunciado en su esperada sentencia de 30 de abril de 2004<sup>340</sup>. En ella, siguiendo a la doctrina dominante, considera necesario realizar una restricción del tipo del delito de lavado porque en caso contrario vulnera derechos fundamentales del abogado. Ahora bien, dicha restricción debe realizarse en el marco del tipo subjetivo, de manera que sólo puede ser castigado penalmente el abogado que acepta en concepto de honorarios bienes de origen delictivo a sabiendas de su procedencia. Queda impune, por lo tanto, el abogado que imprudentemente incurre en la realización de un delito de lavado cuando recibe el pago de la minuta, y el abogado que actúa con dolo eventual respecto del origen de los bienes.

El problema reside en determinar cuándo se puede decir que el abogado actúa con conocimiento cierto del origen de los honorarios que recibe. El Tribunal Constitucional entiende que dicho conocimiento se ha de probar mediante indicios, esto es, recurriendo a la prueba indiciaria. A su juicio pueden ser indicios de la parte subjetiva, por ejemplo, la cuantía extraordinaria de los honorarios o la clase y forma del pago de tales honorarios.

El problema al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional alemán no es nuevo. Ya se planteó esta cuestión durante la tramitación del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 1990 (Convenio de Estrasburgo). En el Informe Explicativo del Convenio se advierte que respecto de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 (Convenio de Viena), se había discutido si era o no constitutivo de lavado de activos el comportamiento del abogado que recibe en pago de honorarios bienes de origen delictivo. Pues bien, señala dicho informe que el Comité restringido de expertos que elaboró el Convenio de Estrasburgo consideró que éste no podía interpretarse en el sentido de incluir en la norma penal estos actos<sup>341</sup>. Parece, por lo tanto, que se puede deducir de los instrumentos internacionales que no es objetivo de éstos abarcar tales comportamientos de los letrados.

337 PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 539, añade además que es preciso que dicho cobro no se efectúe de forma abusiva o antisocial, es decir, para un fin contrario al que el ordenamiento jurídico le reconoce. En cuanto al análisis exhaustivo del resto de los requisitos de esta causa de justificación, véase lo señalado por este autor, pgs. 539 ss.

338 Como ha evidenciado JAKHIAN, G., «L'infracción de blanchiment et la peine de confiscation en Droit belge», en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, nº 8-9-10, 1991, pgs. 765 ss, pg. 783.

339 Así ya JAKHIAN, G., «L'infracción de blanchiment et la peine de confiscation en Droit belge», pg. 783; ARANGUEZ SANCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 260; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pgs. 541/2.

340 BLANCO CORDERO, Isidoro, "Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales: la situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)", en *Revista General de Derecho Penal*, nº. 3, 2005.

341 Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE nº 141), párrafo 33. Se refiere también a esto ABEL SOUTO, Miguel, El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pg. 182.



**Prevención del lavado de activos, derechos humanos  
y secreto profesional del abogado\***

***Isidoro Blanco Cordero***

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alicante  
Secretario General Adjunto AIDP*

1 \* Trabajo realizado el marco del Proyecto de investigación titulado "Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad" (Ref.: DER 2011-26909), del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador responsable es Antonio Doval País.

## SUMARIO

1.	Introducción	187
2.	Sobre los hechos discutidos en la Sentencia del TEDH: asunto Michaud v. France de 6 de diciembre de 2012	188
3.	Comentario de la Sentencia Michaud v. France. El secreto profesional del abogado: garantía del derecho a un proceso justo y protección de la intimidad	190
3.1	El secreto profesional como garantía de un proceso justo o equitativo	190
3.1.1	La jurisprudencia del TEDH en relación con el secreto profesional del abogado y el derecho a un juicio justo	190
3.1.2	La normativa europea de prevención del blanqueo de capitales no vulnera el derecho a un proceso justo (artículo 6 del CEDH). La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de junio de 2007	191
3.2	La normativa europea sobre el blanqueo de capitales limita razonablemente el derecho a la intimidad	193
3.2.1	El secreto profesional y derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH: el artículo 8 CEDH	193
3.2.2	Blanqueo de capitales, secreto profesional y respeto del derecho a la vida privada: opinión del TEDH	195
3.2.2.1	Prevista por la ley	195
3.2.2.2	Necesaria para alcanzar objetivos legítimos	196
4.	El secreto profesional del abogado tiene protección absoluta cuando se trate de la actividad de defensa o representación del cliente en cualquier proceso judicial	197
5.	El problema del asesoramiento jurídico	198
6.	Limitación del secreto profesional del abogado cuando ejerce funciones ajenas a la defensa o asesoramiento jurídicos	200
7.	La necesidad de crear un organismo autorregulador de la Abogacía	201

## 1. Introducción

El abogado es un especialista clave para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia que ha de velar a la vez por los intereses de su cliente. Es responsable, por ello, tanto de los intereses del cliente como de la calidad de la justicia. En ocasiones, sin embargo, se pone el acento en que el abogado muestra una clara tendencia hacia la defensa de los intereses del cliente y a ampararse en la confidencialidad de su relación con el mismo, dejando de lado su tarea de atender por un funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia. Se está ofreciendo así una visión del abogado no del todo correcta, que ve en él una persona que lleva a cabo prácticas cuestionables a favor del cliente envuelto en el manto del secreto profesional. Por ello, se ha cuestionado en las últimas décadas cuál es el papel del abogado, ¿es un mero siervo amoral de su cliente o debe ser considerado como un *gatekeeper* o garante de la justicia?<sup>2</sup> En terminología anglosajona, se denomina *gatekeepers*<sup>3</sup> a aquellas personas obligadas a proteger bienes jurídicos denegando su cooperación a los potenciales delincuentes. El abogado es un profesional que ocupa una posición que le permite prevenir el blanqueo de capitales negando su contribución a la realización de una operación de esa naturaleza<sup>4</sup>. El *gatekeeper* suministra normalmente un bien o servicio especializado que es esencial para la comisión del hecho ilícito, por lo que su prestación constituye una “puerta” (“gate”) que sirve para cometer el delito y que el obligado debe cuidar denegando su suministro.

El abogado es un profesional del Derecho que presta servicios jurídicos a quienes se los demanden. Ahora bien, de forma consciente o inconsciente puede poner sus conocimientos al servicio de quienes pretenden blanquear dinero procedente de actividades delictivas. Es evidente que el blanqueador necesita disponer de una diversidad de negocios jurídicos entre los cuales optar para lavar sus ganancias. Y normalmente el profesional mejor preparado y con más conocimientos es el abogado, que es quien podrá diseñar tales negocios jurídicos a medida de cada cliente<sup>5</sup>.

En el año 2001 el *National Criminal Intelligence Service* del Reino Unido informó que había identificado alrededor de 200 casos en los que la técnica de blanqueo usada habría requerido asesoramiento o implicación de un abogado o un contable<sup>6</sup>. Este patrón se observa también a nivel internacional. Algunos informes de tipologías del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) han evidenciado que abogados, contables y otros profesionales que ofrecen asesoramiento financiero se han convertido en elementos comunes en los esquemas de blanqueo. En este sentido, los informes del GAFI (de 1996-97) señalan que los blanqueadores de capitales cuentan con la ayuda de cómplices profesionales que contribuyen a enmascarar el origen de los bienes delictivos. Si bien esto puede ser así, tampoco debería satanizarse la profesión de abogado. El abogado es un profesional que desarrolla su tarea de manera legal, si bien en ocasiones puede ser utilizado como mero instrumento no conocedor de las maniobras del cliente dirigidas a blanquear dinero.

El *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI) incluyó hace años a los abogados entre los *sujetos obligados* en materia de prevención del blanqueo de capitales<sup>7</sup>. En la reforma de las

2 CASTILLA, Maria, “Client confidentiality and the external regulation of the legal profession: reporting requirements in the United States and United Kingdom”, 10 *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J.* 2011-2012, pgs. 321-355, pg. 322.

3 PIPPEL, Christoph, “The Lawyer as Gatekeeper: Is There a Need for a Whistleblowing Securities Lawyer? Recent Developments in the US and Australia”, *Bond Law Review*: Vol. 16: Iss. 2, 2004, pgs. 96-140; ZACHARIAS, Fred C., “Lawyers as Gatekeepers” University of San Diego Legal Working Paper Series. University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Working Paper 20; SHEPHERD, Kevin L., “Guardians at the Gate: The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach for Transactional Lawyers”, 43 *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 607 (2008-2009), <http://law.bepress.com/sandiegolwps/pllt/art20>; FARRAR, John / PIPPEL, Christoph, “Piercing the corporate veil in an era of globalisation and international terrorism and the emergence of the lawyer as gatekeeper and whistleblower”, en *Bond Law Review*, 16 (2), 2004, pgs. 66-95.

4 Sobre el origen de este concepto, cfr. BERMEJO, Mateo Germán, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2010 pg. 314.

5 Cfr. FABIAN CAPARROS, Eduardo A., “El abogado frente al blanqueo de capitales”, en *VV.AA. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica* (Libro Homenaje a Claus Roxin) - Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales - INACIPE, México, D.F., 2003, pgs. 261-299.

6 Cfr. BELL, R. E., “The Prosecution of Lawyers for Money Laundering Offences”, en *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 6, nº 1, 2002, pgs. 17-26, pg. 17.

7 GARCIA NORIEGA, Antonio, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*, Difusión jurídica, Madrid, 2010, pgs.397 ss.

cuarenta recomendaciones de 20 de junio de 2003 se aprobó la recomendación número 12 referida a la obligación que deben tener los abogados de cumplir con ciertos requisitos derivados del principio “conozca a su cliente”. En el año 2008 el GAFI elaboró una Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico<sup>8</sup>, con el objetivo de ayudar a los profesionales del ámbito jurídico en desenvolverse en las situaciones sospechosas. En la *Unión europea* (UE) fue la segunda Directiva, la Directiva 2001/97/CE, que modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, la que extendió las obligaciones contenidas en ella a ciertas actividades y profesiones de carácter no financiero, entre los que se incluían abogados, asesores fiscales y auditores<sup>9</sup>. En la misma línea, la tercera Directiva 2005/60/CE, que incorpora a su ámbito las actividades de financiación del terrorismo, mantiene las obligaciones a los abogados. Se está tramitando una propuesta de cuarta Directiva, que sigue en la misma línea que la tercera.

La aplicación de esta normativa en la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) ha generado *diversas protestas* por parte del colectivo de abogados, que se ha mostrado enormemente preocupado. Incluso han ejercido acciones legales contra estas disposiciones que han motivado el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la normativa belga en la materia, alegando la posible vulneración del secreto profesional del abogado. El TJUE se pronunció mediante sentencia de 26 de junio de 2007, negando que se produzca la infracción alegada del secreto profesional entre abogado y cliente. Faltaba por pronunciarse al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que lo ha hecho recientemente en relación con la normativa francesa en la materia en el asunto *Michaud v. France*<sup>10</sup>.

Objetivo de este trabajo es analizar el problema que genera el secreto profesional del abogado en relación con el blanqueo de capitales, tomando como punto de referencia la reciente sentencia del TEDH en el asunto *Michaud v. France* de 6 de diciembre de 2012. Se ofrece una visión de urgencia de esta sentencia y del tratamiento que ofrece el TEDH al secreto profesional del letrado.

## **2. Sobre los hechos discutidos en la Sentencia del TEDH: asunto Michaud v. France de 6 de diciembre de 2012**

El demandante, abogado en ejercicio en París y miembro del Consejo de la Abogacía, presentó una demanda ante el TEDH por vulneración del art. 8 CEDH. Alega que las Directivas UE, que imponen a los abogados una obligación de comunicar sospechas, constituyen una amenaza al secreto y la confidencialidad de los intercambios entre el abogado y su cliente. En realidad cuestiona la normativa francesa que incorpora al Derecho francés la normativa europea. Explica que el 12 de julio de 2007, el Consejo Nacional de la abogacía francés tomó la Decisión de adoptar un reglamento relativo a los procedimientos internos para aplicar los requisitos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y el dispositivo de control interno destinado a asegurar el cumplimiento de los procedimientos internos<sup>11</sup>.

La Decisión (artículo 1) dispone que todos los abogados, personas físicas, inscritos en un colegio de abogados francés, están sujetos a este reglamento profesional, cuando en el curso de su actividad profesional realicen en nombre y por cuenta de su cliente una operación financiera o inmobiliaria, o cuando intervengan en la asistencia a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de operaciones. No están sujetos a esta normativa cuando realizan actividades de asesoramiento jurídico o cuando la actividad está relacionada con procedimientos jurisdiccionales con ocasión de alguna de las actividades mencionadas (artículo 2). El Reglamento dispone que los abogados

9 Ampliamente sobre las obligaciones de los abogados impuestas por esta Directiva, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo”, Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 21, 2003, pgs. 153-185; FABIAN CAPARROS, “El abogado frente al blanqueo de capitales”, cit., pgs. 261-299.

10 *Michaud v. France*, 12323/11, 06/12/2012.

11 Lo hizo en virtud del artículo 21-1 de la Ley de 31 de diciembre 1971 la reforma de determinadas profesiones judiciales y jurídicas, que le atribuye la competencia, de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables, para unificar a través de disposiciones generales las normas y prácticas de la profesión.

deben “ejercer una vigilancia constante” y “dotarse de procedimientos internos” para garantizar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios relativos, en particular, a la declaración de sospecha (artículo 3), especificando en particular el procedimiento que debe seguirse cuando una transacción es susceptible de ser objeto de una declaración (artículo 7). Más específicamente, deben establecer normas internas escritas que describan las medidas de diligencia a seguir (artículo 5). También deben garantizar que el reglamento se aplique correctamente en el seno de su estructura, y que los abogados y su personal reciban información y la formación necesaria y adecuada a las operaciones que llevan a cabo (artículo 9), y dotarse de un sistema de control interno (artículo 10). Al mismo tiempo, el reglamento subraya que “los abogados deben garantizar en todas las circunstancias el respeto del secreto profesional” (artículo 4). El incumplimiento de este Reglamento da lugar a sanciones disciplinarias que pueden llegar hasta la expulsión del Colegio de abogados<sup>12</sup>.

El 10 de octubre de 2007, estimando que cuestionaba la libertad del ejercicio de la profesión de abogado y las reglas esenciales que la regulan, el demandante presentó ante el Consejo de Estado un *recurso de anulación* de esta decisión. Argumentó que ninguna disposición legal o reglamentaria confiere al Consejo Nacional de la abogacía una competencia normativa en áreas tales como la lucha contra el blanqueo de dinero. Por otra parte, destacando que la decisión impugnada obliga a los abogados a dotarse de procedimientos internos para asegurar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la declaración de sospecha bajo pena de sanción disciplinaria, y que la noción de sospecha no se ha definido, denunciaba un incumplimiento del *requisito de precisión* inherente al respeto del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Además, haciendo referencia a la sentencia del caso *André et autres c. France* de 24 julio de 2008 (nº 18603/03), argumentó que el reglamento aprobado por el Consejo Nacional de la abogacía era incompatible con el artículo 8 CEDH, cuando la “obligación de reportar operaciones sospechosas” cuestiona el secreto y la confidencialidad de los intercambios entre un abogado y su cliente. Por último, en aplicación del artículo 267 del Tratado de la Unión Europea al Consejo de Estado, solicitó al Consejo de Estado que presentara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la conformidad del cumplimiento de la “declaración de sospecha de delito” con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y con el artículo 8 CEDH.

En una sentencia de 23 de julio de 2010, el Consejo de Estado desestimó las principales conclusiones de la demanda.

En cuanto a la queja basada en el artículo 7 de la Convención, la sentencia destaca que el concepto de “operación sospechosa” no carece de precisión puesto que reenvía a las disposiciones del artículo L. 562-2 del Código Monetario y Financiero (ahora modificado, el artículo L. 561-15). En cuanto al motivo del artículo 8 CEDH, la sentencia la rechaza con las siguientes razones:

“(…) Si, según el demandante, las disposiciones de la Directiva [91/308/CEE modificada] son incompatibles con las disposiciones del artículo 8 CEDH (...) que protegen especialmente el derecho fundamental al secreto profesional, este artículo permite una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de tal derecho, sobre todo cuando tal medida sea necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, (...) teniendo en cuenta, por un lado, el interés general existente en la lucha contra el blanqueo de capitales y, por otra parte, la garantía de excluir de su ámbito de aplicación las informaciones recibidas u obtenidas por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales y las recibidas u obtenidas en el marco del asesoramiento jurídico, con la sola reserva, para estas últimas informaciones, del caso en el que el asesor jurídico participa en las actividades de blanqueo de dinero, o el asesoramiento jurídico sea con fines de blanqueo de capitales y cuando el abogado sepa que su cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de dinero,

12 Artículos 183 y 184 del Decreto Nº 91-1197 de 27 de noviembre 1991 que rigen la profesión legal.

el sometimiento del abogado a la obligación de reportar operaciones sospechosas, a lo que obliga la Directiva impugnada, no supone un ataque excesivo al secreto profesional; (...) y, por lo tanto, y sin que exista necesidad de presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Unión Europea, debe ser rechazado el motivo basado en la violación de estas disposiciones”.

El debate así planteado llega al TEDH. De acuerdo con el Tribunal, tal como se aplica en Francia, teniendo en cuenta el objetivo legítimo que se persigue y su importancia en una sociedad democrática, la obligación de comunicar operaciones sospechosas no constituye una injerencia desproporcionada en el secreto profesional del abogado y en la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente.

### **3. Comentario de la Sentencia Michaud v. France. El secreto profesional del abogado: garantía del derecho a un proceso justo y protección de la intimidad**

Se ha dicho que el secreto profesional no es un valor en sí mismo, sino un concepto instrumental que sirve para tutelar determinados bienes o derechos merecedores de protección<sup>13</sup>. Por ello, se puede afirmar que la tutela del secreto profesional del abogado despliega sus efectos directos sobre la protección de otros derechos fundamentales. En concreto, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el derecho a un proceso justo y a la protección del derecho a la intimidad. En este sentido, el TEDH ha examinado este tema en relación con la eventual violación de ambos derechos tal y como se reconocen en el CEDH.

#### **3.1 El secreto profesional como garantía de un proceso justo o equitativo**

##### **3.1.1 La jurisprudencia del TEDH en relación con el secreto profesional del abogado y el derecho a un juicio justo**

El art. 6 CEDH protege diversos derechos relativos al proceso equitativo, algunos de los cuales se han considerado directamente conectados con el secreto profesional de los abogados. El TEDH ha señalado en diversas ocasiones que el acusado tiene derecho a disponer de un abogado de su elección, algo que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 6 CEDH, y que ello tiene especial relevancia tratándose de la entrevista del abogado con su cliente para la preparación de la defensa en el ámbito de un proceso penal. Asimismo, ha destacado que el derecho a un proceso justo requiere una comunicación no controlada y abierta entre abogado y cliente<sup>14</sup>. Se debe proteger la confidencialidad de las relaciones entre cliente y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, y que requiere una comunicación abierta y honesta entre ambos<sup>15</sup>. En el asunto *Viola v. Italy* el TEDH concluyó que el derecho del acusado a comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad<sup>16</sup>.

En el asunto *Niemietz v. Germany*, de 16 de diciembre de 1992, el TEDH señaló expresamente que cuando se encuentra involucrado un abogado en un asunto penal, la limitación del secreto profesional puede repercutir en la buena administración de justicia y los derechos garantizados por el art. 6<sup>17</sup>.

13 ÁLVAREZ-SALA WALTER, Juan, “El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas”, s/f/, pgs. 13-14, Ensayos de Actualidad, CGN, Madrid. Disponible en [http://www.seplac.es/espanol/informes\\_y\\_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf](http://www.seplac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf).

14 Cfr., entre otros, RODR., entre ERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010”, Diario La Ley, Nro La LeyERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “El secreto profeD-282 (consultada la versión electrónica).

15 *Castravet v. Moldova*, de 13 de marzo de 2007; *Foxley v. United Kingdom*, de 20 de junio de 2000 (TEDH 2000, 143) , p. 43

16 *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006; en el mismo sentido, *S. v. Switzerland*, App. No. 13325/87, 09/07/1988.

17 *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, 05/04/1990.

Tratándose del control de la correspondencia, incluida la de carácter electrónico o del control de las conversaciones telefónicas, el TEDH ha valorado que puede constituir en determinadas situaciones una vulneración del art. 6 CEDH. Por ejemplo, en el asunto *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, la Fiscalía interceptó una carta enviada por M. Schönenberger, un abogado, a su cliente M. Durmaz que se encontraba en ese momento detenido<sup>18</sup>. Schönenberger le aconsejaba en la carta guardar silencio. M. Durmaz, que desconocía la intervención de M. Schönenberger, nombró a instancias de la Fiscalía a otro abogado. Para apoyar su argumento de que la interceptación de la carta era necesaria, el Gobierno de Suiza alegó ante el TEDH el contenido de la carta en cuestión: según el Gobierno, daba un asesoramiento al Sr. Durmaz en relación con procedimientos penales pendientes que era de tal naturaleza que podía poner en peligro su correcto desarrollo. El TEDH rechaza ese argumento, reafirmando el derecho del sospechoso a guardar silencio, derecho consagrado en el art. 6 CEDH<sup>19</sup>.

En la jurisprudencia del TEDH se refuerza de esta manera la tutela del secreto profesional del abogado en sus relaciones con el cliente, pues constituye una salvaguarda indispensable del proceso con todas las garantías. Por ello las normas nacionales deben establecer garantías específicas para preservar la confidencialidad abogado-cliente, especialmente tratándose de registros en los bufetes de abogados. Según el TEDH los ordenamientos nacionales deben prever garantías particulares para los registros en los bufetes.

En definitiva, se puede afirmar que el TEDH ha relacionado la protección del secreto profesional con varios derechos protegidos por el art. 6 CEDH: el acceso a un tribunal cuando se le niegan al acusado sus intentos de ponerse en contacto con un abogado, el acceso a un abogado de su elección cuando el contacto con el abogado esté sometido a vigilancia (excesiva) y control, y el derecho a la asistencia jurídica<sup>20</sup>.

### **3.1.2 La normativa europea de prevención del blanqueo de capitales no vulnera el derecho a un proceso justo (artículo 6 del CEDH). La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de junio de 2007**

Varios colegios de abogados belgas presentaron dos recursos ante la *Cour d'arbitrage*, actualmente *Cour constitutionnelle* (Bélgica), solicitando la anulación de los artículos 4, 5, 7, 25, 27, 30 y 31 de la Ley de 12 de enero de 2004, introducidos en la Ley de 11 de enero de 1993, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Con dicha Ley de 2004 se adaptaba la normativa belga sobre el blanqueo de capitales a la Directiva 2001/97/CE<sup>21</sup>.

La solicitud de anulación se basa en que dicha Ley vulnera de manera injustificada los principios de secreto profesional e independencia de los abogados, principios que, según los demandantes, son un elemento constitutivo del derecho fundamental de todo justiciable a un proceso justo y al respeto del derecho de defensa. Y ello porque se impone a los abogados la obligación de informar a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de hechos que sepan o sospechen que están vinculados al blanqueo de capitales y la obligación de transmitir a dichas autoridades la información complementaria que éstas consideren útil. Estas obligaciones impiden preservar en su integridad la actividad tradicional de los abogados. Se alega que las características propias de la profesión de abogado, principalmente la independencia y el secreto profesional, contribuyen a la confianza del público en esta profesión, y que tal confianza no se circunscribe únicamente a determinadas misiones particulares del abogado. Entienden que ello infringe los arts. 10 y 11 de la

18 *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, App. No. 11368/85, 13/03/1987.

19 El demandante había reclamado sólo una violación del art. 8, decidiendo el TEDH que la interferencia no era necesaria en una sociedad democrática y constituía una violación dicho artículo.

20 *SPRONKEN, Tarn / FERMON, Jan*, "PRONKEN, Tarn / FERMON, Jan, Privilege in Europe", *MON, JPenn St. Int'l L. Rev.* 2008-2009, pgs. 439-463, pgs. 439-440.

21 Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

Constitución belga, en relación con el art. 6 CEDH, los principios generales del Derecho en materia de derecho de defensa y el art. 6 TUE, apartado 2, así como los artículos 47 y 48 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza<sup>22</sup>.

El Tribunal ante el que se interpuso el recurso suspendió su tramitación y presentó la una cuestión prejudicial al TJUE<sup>23</sup>. El TJUE declara que las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales que recaen sobre los abogados previstas en las Directivas *no vulneran el derecho a un proceso justo*, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 TUE, apartado 2, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva (párrafo nº 37). De acuerdo con la Directiva, los abogados (entre otros sujetos obligados) deben colaborar plenamente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de un blanqueo de capitales y facilitando a esas mismas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable. Ahora bien, destaca la Sentencia que cuando tales deberes tienen como destinatarios a los abogados, la aplicación de estas obligaciones contiene dos limitaciones importantes.

a) Los abogados tan sólo están sometidos a estas obligaciones de información y de cooperación en la medida en que participen, de alguno de los modos que se especifican en el art. 2 bis, número 5, en determinadas transacciones que esta última disposición enumera con carácter exhaustivo (párrafo nº 22).

b) De acuerdo con el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 los Estados miembros no tienen el deber de imponer a los abogados “las obligaciones de información y de cooperación en lo que atañe a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” (párrafo nº 23)<sup>24</sup>.

El Tribunal fija en primer lugar el contenido del derecho de defensa de acuerdo con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. El art. 6 CEDH reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída equitativamente, tanto en los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como en el marco de un procedimiento penal. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH dicho precepto contempla el concepto de «proceso justo», que está integrado por diversos elementos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a disponer de un abogado tanto en materia civil como penal. Pues

22 Sobre esta decisión cfr. HERREROS BASTERO, Javier, “Reflexiones de un Abogado frente al blanqueo de capitales. (STJCE de 26 de junio de 2007)”, Noticias de la Unión Europea, Nº 297, 2009, pgs. 35-46; VAQUERO PINTO, María José, “Secreto profesional del abogado y prevención de la utilización del sistema de blanqueo de capitales. A propósito de la STJCE Luxemburgo de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05)”, en iustel.com RGDE, 14, 2007; PEREZ MANZANO, Mercedes, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández/Bacigalupo. S. (eds.), Política criminal y blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 169- 207; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández/Bacigalupo. S. (eds.), Política criminal y blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 207-224.

23 «El art. 1, apartado 2 de la Directiva 2001/1997 [...], ¿vulnera el derecho a un proceso justo tal como éste está garantizado por el art. 6 del [CEDH] y por el art. 6 [Tratado de la Unión Europea], apartado 2, en la medida en que el nuevo art. 2 bis, número 5, que ha añadido la Directiva 91/308/CEE, impone la inclusión de los profesionales independientes del Derecho, sin excluir la profesión de abogado, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que tiene por objeto fundamentalmente que se imponga a las personas y entidades que en ella se indican una obligación de informar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales de cualquier hecho que pudiera ser indicio de tal blanqueo (art. 6 de la Directiva 91/308/CEE, sustituido por el art. 1, número 5, de la Directiva 2001/97/CE)?».

24 El Tribunal de Luxemburgo constata que el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 es ambiguo y se presta a diversas interpretaciones, por lo que no está claro el alcance exacto de las obligaciones de información y de cooperación que incumben a los abogados. Recuerda así la reiterada jurisprudencia de acuerdo con la cual cuando un texto de Derecho comunitario derivado es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Tratado CE (párrafos nº 27 y 28).

bien, de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo “el abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el art. 6 del CEDH, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento” (párrafo nº 32).

Recuerda que se desprende del artículo 2 bis, número 5 de la Directiva que los abogados tan sólo están sometidos a las obligaciones de información y de cooperación en relación con concretas actividades: así, cuando asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. En general, afirma el TJUE, “tales actividades se sitúan, debido a su propia naturaleza, en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo”.

Ahora bien, desde el momento en que la asistencia de abogado prestada en el marco de una transacción de las contempladas en el art. 2 bis, número 5, de la Directiva se solicite «para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, el abogado de que se trate quedará dispensado, en virtud del art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva, de las obligaciones enunciadas en el apartado 1 de ese mismo artículo y, a este respecto, carece de importancia que la información se haya recibido u obtenido antes, durante o después del proceso. Tal dispensa contribuye a preservar el derecho del cliente a un proceso justo” (párrafo nº 34).

Las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo implican que exista una relación con algún procedimiento judicial, y esto se cumple habida cuenta del hecho de que la Directiva 91/308 dispensa a los abogados de las obligaciones de información y de cooperación cuando sus actividades tengan la mencionada relación. Ahora bien, las exigencias vinculadas al derecho a un proceso justo no se oponen a que, cuando los abogados actúen en el marco preciso de las actividades enumeradas en el artículo 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308, y no lo hagan para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, tales abogados estén sometidos a las obligaciones de información y de cooperación (párrafo nº 36).

### **3.2 La normativa europea sobre el blanqueo de capitales limita razonablemente el derecho a la intimidad**

#### **3.2.1 El secreto profesional y derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH: el artículo 8 CEDH**

Hemos indicado que la estrategia en el caso *Michaud v. France* ha sido considerar que las intrusiones en el secreto profesional del abogado vulneran el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones del art. 8 CEDH. No cabe duda de que la relación entre el acusado y su abogado se basa en la confianza, la cual permite a aquel poner en conocimiento de estas informaciones que pertenecen al ámbito de su intimidad. Quizás las decisiones más importantes en relación con la protección de la confidencialidad de la relación abogado-cliente adoptadas por el TEDH están basadas en el art. 8 CEDH.

Conviene recordar que, de acuerdo con el TEDH, la protección de la vida privada se extiende a las relaciones profesionales. En el asunto *Niemietz v. Germany* el debate giró en torno a si el art. 8 CEDH se aplica a los establecimientos comerciales<sup>25</sup>. El Estado alemán argumentó que no

25 *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, 16/12/1992.

existía una injerencia en la vida privada del demandante debido a que los registros se llevaron a cabo en sus locales profesionales, la oficina de un abogado. El TEDH, sin embargo, interpretó la expresión “vida privada” y “domicilio” como comprensivas de ciertas actividades profesionales o comerciales o locales, y consideró que la protección conferida por el art. 8 CEDH se extiende a todos los establecimientos comerciales, incluyendo los despachos de los abogados.

La jurisprudencia del TEDH es, pues, muy clara: la relación confidencial entre abogados y sus clientes está protegida por el derecho a la intimidad del art. 8 CEDH. Ahora bien, este no tiene un carácter absoluto. El TEDH, en el asunto *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006, ha indicado que el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Por lo tanto, no todas las interferencias con el derecho a la intimidad conducen a la violación de los derechos contenidos en el art. 8. La interferencia puede ser legítima en ciertas circunstancias, en concreto, cuando esté recogida en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática.

a) *La limitación de la vida privada y del secreto profesional han de encontrarse previstas en la ley.* Con el fin de decidir si la intromisión en las comunicaciones que se benefician del privilegio profesional ha dado lugar a una violación de los derechos protegidos por el art. 8 CEDH, el Tribunal examina la compatibilidad de dicha injerencia con el Derecho nacional<sup>26</sup>. El Tribunal no rechaza en principio las interferencias con las comunicaciones entre abogados y clientes, sino que exige que la ley que las regula sea muy clara, interpretada por los tribunales nacionales de una manera que proteja la confidencialidad y que existan especiales y suficientes salvaguardias para proteger el secreto profesional.

b) *La limitación del secreto profesional debe ser necesaria en una sociedad democrática.* La noción de “necesidad en una sociedad democrática” se refiere a un aspecto de la proporcionalidad. La protección de la vida privada es, por lo tanto, relativa<sup>27</sup>, si bien la Ley ha de establecer garantías adecuadas y eficaces para evitar abusos<sup>28</sup>. En esta línea, cuando el secreto profesional está en juego, el TEDH exige garantías adicionales. En varias sentencias sobre el secreto profesional señala que tratándose de la interceptación de las telecomunicaciones del abogado, debe existir control por parte de un juez independiente. Cuando se trata del registro de un despacho de abogados, los elementos tomados en consideración son, en particular, si el registro se encuentra amparado en una orden emitida por un juez y estaba fundamentada en una sospecha razonable, si el alcance de la orden estaba limitado razonablemente y si el registro se llevó a cabo en presencia de un observador independiente para garantizar que no se revelan materiales sujetos al secreto profesional<sup>29</sup>.

Precisamente es de especial relevancia la presencia del *observador independiente*, normalmente el representante del Colegio de abogados. En el asunto *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria* el TEDH decidió que se había producido una violación del art. 8 CEDH, aunque el representante del Colegio de Abogados estuvo presente durante el registro del despacho del abogado<sup>30</sup>. El hecho de que dicho representante pudo examinar todos los documentos escritos, pero no los datos electrónicos, llevó al Tribunal a la conclusión de que se había producido una violación del Convenio. No basta, dice el TEDH, con que la ley o la jurisprudencia obliguen a la presencia de un observador independiente. Este tiene que tener la posibilidad, desde un punto de vista práctico, de llevar a cabo una selección eficaz de los materiales protegidos por el secreto profesional<sup>31</sup>.

26 Cfr., por ejemplo, *Kopp v. Switzerland*, 23224/94 23224/94, 25/03/1998; *Foxley v. The United Kingdom*, 33274/96, 20/06/2000.

27 Cfr., por ejemplo, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria*, 62540/00, 28/06/2007.

28 *Ibidem*, nº 76 – 77.

29 *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, 74336/01, 16/10/2007, nº 57.

30 *Ibidem*, nº 63.

31 También en el asunto *Smirnov v. Russia*, 71362/01, 07/06/2007, la ausencia de observadores independientes se tuvo en cuenta para valorar la proporcionalidad de la injerencia en los derechos del art. 8 CEDH.

En otros casos el TEDH ha valorado la presencia del Decano del Colegio de abogados en el registro del despacho del abogado, considerando que la misma constituye una garantía especial de procedimiento<sup>32</sup>. De hecho, en el asunto *Xavier da Silveira c. France*, concluyó que se produjo una violación del art. 8 CEDH en un caso en el que un abogado cuyo domicilio había sido objeto de un registro no se había beneficiado de esta garantía<sup>33</sup>.

### **3.2.2 Blanqueo de capitales, secreto profesional y respeto del derecho a la vida privada: opinión del TEDH**

Las normas sobre prevención del blanqueo de capitales obligan a los abogados a proporcionar a una autoridad administrativa informaciones relativas a otra persona, su cliente, que poseen por razón de la relación de negocios y conversaciones que han tenido con ella. Esta obligación de comunicar operaciones sospechosas por los abogados puede suponer, advierte el TEDH, un menoscabo del derecho a la intimidad o, de acuerdo con el art. 8 nº 1 CEDH, del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Recordemos que de acuerdo con este precepto, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Pues bien, el deber de revelar la mencionada información puede suponer una injerencia en el derecho al respeto a su correspondencia e incluso a su derecho al respeto de la “vida privada”, que incluye, como hemos visto ya, también las actividades profesionales y comerciales. Esta vulneración permanente del art. 8 no cuestiona directamente los aspectos más íntimos de su vida privada, sino el derecho al respeto de sus intercambios profesionales con sus clientes<sup>34</sup>.

Esta injerencia de la autoridad pública infringe el CEDH, a menos que esté «prevista por la ley» y “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar los objetivos a los que alude el nº 2 del art. 8 (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás).

#### **3.2.2.1 Prevista por la ley**

Los Estados miembros de la UE han incorporado esta obligación en su legislación nacional, por lo que está prevista en la Ley. El TEDH señala que no basta con que las injerencias en las comunicaciones entre abogados y clientes se recojan en la ley, sino que exige en primer lugar que la ley sea suficientemente clara<sup>35</sup>. En esta materia no parece haber claridad acerca de qué debe entenderse por operación “sospechosa”, que es la que obliga a presentar una comunicación al abogado ni qué actividades puede decirse que reúnan esta calificación. Pese a ello, el TEDH considera que es una norma formulada con la suficiente precisión, pues lo importante es que el ciudadano sea capaz de predecir, en un grado que sea razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan derivarse de una acción determinada. Sin embargo, reconoce la imposibilidad de la certeza absoluta en la redacción de leyes, así como el riesgo de que los intereses de seguridad causen rigidez excesiva. Muchas leyes se sirven inevitablemente de fórmulas más o menos vagas y cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica<sup>36</sup>.

A juicio del Tribunal, el concepto de “sospecha” es de sentido común y un público informado como los abogados no pueden reclamar fácilmente se incapaz de precisarlo. Es más, la Ley en este caso proporciona indicaciones específicas. Además, las comunicaciones de operaciones sospechosas se envían o al Decano de los Colegios de Abogados, de manera que cualquier abogado que tenga duda sobre la existencia de una “sospecha” de un caso concreto se puede beneficiar de la asistencia de un colega conocedor y con experiencia.

32 *André et autre c. France*, 18603/03, 24/07/2008, nº 43; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, 51772/99, 25/02/2003, nº 69.

33 *Xavier da Silveira c. France*, 43757/05, 21/01/2010, n1 43.

34 *Michaud v. France*, nº 92.

35 *Petri Sallinen and Others v. Finland*, App. No. 50882/99, 27/09/2005.

36 *Michaud v. France*, nº 96.

En cuanto a la supuesta imprecisión de la esfera de la actividad objeto de la obligación de reportar operaciones sospechosas, el Tribunal considera que la normativa francesa cuestionada indica que este requisito se aplica a los abogados cuando, en el curso de su trabajo, realizan en nombre y por cuenta de su cliente una transacción financiera o de bienes, o participan en el asesoramiento a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de transacciones (compra y venta de bienes inmuebles o activos de la empresa, gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, apertura de cuentas bancarias, de ahorro o valores, organización de las aportaciones necesarias para la creación de empresas, la creación o administración de empresas y la creación o administración de fideicomisos regidos por normativa extranjera o cualquier otra estructura similar). No están sujetos a la obligación de comunicación cuando ejercen una actividad de asesoramiento jurídico o cuando su actividad está relacionada con los procedimientos jurisdiccionales en relación con una u otra de las seis actividades antes mencionadas. El Tribunal considera que estos datos son lo suficientemente precisos, sobre todo porque los textos en cuestión están destinados a profesionales del derecho<sup>37</sup>.

### 3.2.2.2 Necesaria para alcanzar objetivos legítimos

El Tribunal no duda de que, en la lucha contra el lavado de dinero y delitos conexos, la interferencia persigue un objetivo legítimo establecido en el párrafo segundo del artículo 8: la defensa del orden y la prevención de la delincuencia<sup>38</sup>.

El TEDH ha enfatizado que la correspondencia entre el abogado y su cliente, independientemente de la finalidad, goza de una situación de privilegio con respecto a su confidencialidad. Es más, el art. 8 proporciona una tutela reforzada de las comunicaciones entre abogado y cliente, puesto que los abogados tienen confiado un papel fundamental en una sociedad democrática: la defensa de los justiciables. El abogado no puede cumplir con esta función si no es capaz de garantizar a quienes defiende que sus intercambios serán confidenciales. Está en juego la relación de confianza entre ellos, indispensable para el cumplimiento de esta misión. De ello depende también, de forma indirecta pero necesariamente, el respeto del derecho del justiciable a un juicio justo, especialmente en lo que comprende el derecho de todo “acusado” a no contribuir a incriminarse a sí mismo<sup>39</sup>. En definitiva, vincula el secreto profesional de los abogados y su tutela a la correcta Administración de la justicia.

Para fundamentar su decisión el Tribunal examina si la obligación que recae sobre los abogados de comunicar sospechas de blanqueo supone un *ataque desproporcionado* al secreto profesional protegido por el art. 8 CEDH. Se remite y se adhiere a la argumentación de la sentencia de 23 de julio de 2010 del Consejo de Estado francés, de acuerdo con la cual esta obligación no supone un ataque excesivo. Llega a esta conclusión teniendo en cuenta el interés general que se concede a la lucha contra el blanqueo de dinero y la garantía que representa la exclusión de su ámbito de aplicación de la información recibida u obtenida por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales, así como la recibida u obtenida en el marco del asesoramiento jurídico (con las únicas reservas, para estas últimas informaciones, de los casos en los que el asesor jurídico está implicado en actividades de blanqueo de dinero, cuando el asesoramiento jurídico se preste con el fin del blanqueo de capitales y el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para el blanqueo de dinero). El secreto profesional puede tener que ceder en determinadas situaciones y una de ellas puede ser la lucha contra el blanqueo de actividades ilícitas, susceptible de servir para financiar actividades delictivas en particular en el ámbito del tráfico de drogas o el terrorismo internacional, esto es, supuestos en los que se persigue la prevención de actividades constitutivas de una grave amenaza para la democracia.<sup>40</sup>

37 *Ibidem*, nº 97.

38 *Ibidem*, nº 99.

39 *Michaud v. France*, nº 118.

40 *Michaud v. France*, nº 123.

El Tribunal destaca asimismo que existen dos elementos decisivos en la apreciación de la proporcionalidad de la injerencia en litigio. En primer lugar, que la obligación de comunicar sospechas de blanqueo se limita exclusivamente a aquellas *actividades que quedan al margen de la misión de defensa* confiada a los abogados y que son similares a las realizadas por otros profesionales sujetos a este requisito. En segundo lugar, que la normativa francesa sobre la materia establece expresamente que los abogados no están sujetos a este requisito cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, se trate de información que han recibido u obtenido antes, durante o después de un procedimiento judicial, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que haya previsto el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo o actúe a sabiendas de que la solicitud del cliente tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo<sup>41</sup>. Por lo que la obligación de comunicar sospechas no afecta a la esencia de la misión de defensa que constituye el fundamento del privilegio del abogado-cliente<sup>42</sup>.

Por último, pone en evidencia que existe un *filtro* que protege especialmente el secreto profesional del abogado, en la medida en que la comunicación de sospecha que debe realizar no se traslada directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera (en Francia el TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Presidente del Colegio de Abogados ante el Consejo de Estado y ante la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados. Se establece así una garantía específica de carácter procesal cuya finalidad es precisamente preservar el secreto profesional.

#### **4. El secreto profesional del abogado tiene protección absoluta cuando se trate de la actividad de defensa o representación del cliente en cualquier proceso judicial**

El *núcleo duro* de las funciones del abogado se concentra en dos actividades: la defensa en cualquier proceso judicial, que se le asigna casi que en exclusiva, y el asesoramiento jurídico. El secreto profesional del abogado despliega sus efectos más amplios en ambos tipos de actividades. Estas constituyen la esencia de la labor del abogado, y en la que el secreto profesional está claramente vinculado al proceso justo.

La tercera directiva dispone expresamente en el art. 23 nº 2 de la Directiva que los abogados están exentos de la obligación de comunicación “con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos”. Queda fuera, por lo tanto, de la obligación de comunicación e información la *actividad de defensa* en cualquier proceso judicial. Las actividades de preparación asesoramiento y representación en juicio están exentas del cumplimiento de las obligaciones del abogado en materia de blanqueo de capitales.

Es cierto que la Directiva se refiere exclusivamente a procesos judiciales. Quizás es conveniente entender que queda fuera cualquier proceso, no solamente judicial, en el que esté vigente el derecho de defensa como garantía del derecho a un proceso justo. Y este proceso puede ser de carácter administrativo sancionador o judicial<sup>43</sup>. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, porque puede dar lugar también a un procedimiento judicial.

41 Ibidem, nº 127.

42 Ibidem, nº 128.

43 PEREZ MANZANO, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, cit., pg. 201. Dice esta autora que no necesariamente ha de ser un procedimiento sobre blanqueo, sino que puede ser uno dirigido a deputar las responsabilidades tributarias o de otro tipo, o un proceso pena por cualquier delito.

## 5. El problema del asesoramiento jurídico

No hay duda de que la defensa en cualquier clase de procedimiento constituye una función del abogado. Más compleja es la función del asesoramiento jurídico, que parece tener un carácter accesorio en las tareas del letrado. Y ello porque no les corresponde a ellos en exclusiva, sino que puede ser prestada por otros “operadores jurídicos”<sup>44</sup>. Podría hasta plantearse que constituya siquiera una función propia del abogado. El motivo de esta situación de incertidumbre reside en que la actividad de asesoramiento jurídico no tiene unos contornos muy claros.

Se suele hacer una *distinción* en atención al *momento en el que se produce el asesoramiento jurídico* en relación con la operación a la que se refiere. Así, se alude en primer término al asesoramiento jurídico preventivo o previo cuando sea anterior a la operación y su objetivo sea esencialmente el diseño o concepción de la misma. De esta modalidad se diferencia el asesoramiento jurídico posterior, que tiene lugar una vez que se ha materializado una concreta operación.

El *asesoramiento preventivo* tiene lugar en fases muy tempranas de la operación que el cliente persigue realizar, estando condicionada su concreta configuración al consejo del letrado. El cliente, por lo tanto, tiene muy claro lo que persigue, pero desea consultar la mejor manera de hacerlo desde una perspectiva jurídica, para lo que consulta al abogado en orden a determinar los efectos jurídicos de las diversas opciones posibles. La labor del abogado se centra en este caso en aconsejar desde un punto de vista jurídico sobre las ventajas e inconvenientes de cada una de las opciones, así como de cuál resulta aconsejable en atención a los intereses del cliente. El consejo del letrado sirve al cliente para concebir o diseñar la operación, que todavía no se ha ejecutado cuando interviene el abogado.

En ocasiones el cliente recurre al abogado para conocer las consecuencias jurídicas de una *operación ya ejecutada*. Con ello el cliente persigue obtener una opinión experta para maximizar los efectos jurídicos positivos de la operación o bien minimizar los efectos negativos. Ya no se trata de asesorar acerca de la concepción o diseño de una operación, sino de ser aconsejado del alcance de los efectos de la operación diseñada y ejecutada sin la intervención del letrado. El letrado puede aconsejar en esta situación la realización de nuevos actos o negocios que tendrán como referencia la operación previamente ejecutada. La finalidad del asesoramiento en estos supuestos puede ser la manera de evitar un proceso consecuencia de los efectos de la operativa ejecutada<sup>45</sup>.

Por último, podría plantearse incluso el asesoramiento previo al inicio de un posible proceso judicial. La cercanía de este tipo de asesoramiento a la defensa del cliente en un proceso y su proximidad, o mejor, incidencia directa en la tutela judicial efectiva, permiten afirmar que esta modalidad de asesoramiento se encuentra al margen de las normas de prevención del blanqueo.

En la UE, de acuerdo con lo señalado por la STJUE antes mencionada, queda al margen del cumplimiento de esta obligación el *asesoramiento preventivo*, esto es, todo asesoramiento jurídico que se refiera a la posible incoación de procesos penales o expedientes administrativos en caso de que se realicen las operaciones que se mencionan en el art. 2 bis nº 5. Y lo mismo ocurre con el *asesoramiento jurídico posterior* a la realización de las transacciones a las que hemos hecho referencia, con el fin de determinar la posición jurídica del cliente. Esto comprende la posible responsabilidad que se pueda derivar de las mismas, se haya incoado o no algún procedimiento o procesos por eventuales infracciones. Dicho asesoramiento puede llegar a la conclusión de que la transacción es lícita, en cuyo caso el abogado no habrá apreciado indicios de blanqueo y no está obligado a comunicar.

44 Cfr. SÁNCHEZ STEWART, Nielson, “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, La Ley Penal, n. 53, 2008 (versión electrónica del trabajo).

45 *Ibidem*.

Sin embargo, la actividad de asesoramiento no se excluye en su totalidad de la exención de la obligación de comunicar operaciones sospechosas. En efecto, la tercera Directiva contiene una referencia a esta materia en el último inciso del considerando 20<sup>46</sup>. De acuerdo con este considerando “el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.” Algo similar dispone la *propuesta de cuarta Directiva* en su considerando 7, cuando dispone que “Así pues, el asesoramiento jurídico debe seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”.

Por lo tanto, el asesoramiento jurídico queda excluido del deber de secreto profesional en tres situaciones:

- a) cuando el letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo;
- b) cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo;
- c) cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Conforme a lo dispuesto en los Considerandos de la tercera Directiva y de la propuesta de cuarta Directiva, también han de comunicarse aquellas informaciones obtenidas antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Eso ocurre precisamente en las tres situaciones descritas en el considerando.

Esto mismo se recoge en el asunto *Michaud v. France*<sup>47</sup> cuando, aludiendo a la normativa francesa, el TEDH señala que los abogados no están sujetos a la obligación de comunicar cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, la información que han recibido u obtenido antes, durante o después de este procedimiento, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que se hayan invoado el blanqueo de capitales o financiamiento del terrorismo o actúe a sabiendas de que las solicitudes de los clientes tienen como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Por lo tanto, el asesoramiento jurídico puede dar lugar a la obligación de comunicar cuando el abogado prevea que se dirige al blanqueo de capitales o sepa a ciencia cierta que ello es así.

Vemos, con todo, que queda fuera una actividad de asesoramiento a la que sí que aluden las Directivas: la situación en la que el propio abogado está implicado en el blanqueo. Esto tiene su lógica si pensamos que cuando el propio abogado está implicado en actividades de blanqueo de capitales, tiene derecho a no autoincriminarse, sea en el procedimiento administrativo sea en el

46 “Cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico —como los abogados— estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva, la obligación de informar de sospechas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.”

47 *Michaud v. France*, n.º 127.

penal, cuando se trate de informaciones que le afecten a él. Por lo que difícilmente puede estar obligado a informar.

El problema es que algunas de las informaciones que obtenga el abogado pueden tener como objetivo la determinación de la situación jurídica del cliente, por lo que parece que debería comunicarlas, algo que puede chocar con el secreto profesional y con lo dispuesto en el mencionado art. 23 nº 2 de la Directiva. En efecto, resulta problemático el deber de información cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como dicen las Directivas. Es complicado interpretar estas previsiones porque pueden resultar redundantes. Para evitarlo, advierte *Pérez Manzano*, la interpretación más lógica es que la primera alude a los casos en que es objetivamente reconocible por cualquiera o en los que pueden existir sospechas fundadas para cualquiera de que el asesoramiento solicitado tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, mientras que la segunda haría referencia a los supuestos en los que el abogado tiene conocimiento seguro de dicha finalidad<sup>48</sup>. Por lo tanto, si cualquiera sospecharía que el asesoramiento va a ser utilizado por el cliente para el blanqueo de capitales, el abogado tiene el deber de informar sobre dicha actividad de asesoramiento solicitada. Se está obligando al abogado a comunicar informaciones conocidas en relación con un proceso contra el cliente.

En definitiva, parece que también las informaciones obtenidas «antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente» pueden generar deberes de colaboración con la UIF, si bien de acuerdo con la normativa están excluidas. *Pérez Manzano* ha señalado que el Considerando de la tercera Directiva no se encuentra en el articulado y, por ello, no ha de ser tenido en cuenta<sup>49</sup>. Sin embargo, el TEDH y el TJUE entienden que el contenido del mismo es válido y en estos casos el abogado no está exento de comunicar. Por ello, cabe concluir que si el abogado sabe a ciencia cierta que el cliente solicita asesoramiento jurídico para cometer un delito de blanqueo de capitales tiene el deber de comunicar. Lo contrario, esto es, no comunicar y además asesorar para hacerlo, supondría que el abogado está implicado en la actividad de blanqueo, es un abogado delincuente y puede ser perseguido penalmente (si bien ya no estaría obligado a autoincriminarse).

Más complejo será el supuesto en el que abogado pueda sospechar que la finalidad del asesoramiento es el blanqueo. En este caso, si el abogado decide asistir al cliente puede involucrarse en su delito de blanqueo de capitales, que admite la comisión a través del dolo eventual. Por lo que estará obligado a comunicar si el cliente le solicita asesoramiento para blanquear dinero y sospecha el abogado que es así, siempre y cuando no decida no prestar sus servicios (salvo que se encuentre en alguna situación de excepción de acuerdo con la normativa). Una vez que decide asesorar pese a sus sospechas, su conducta tiene relevancia penal y no puede ser obligado a comunicar porque vulneraría su derecho a no autoincriminarse.

## **6. Limitación del secreto profesional del abogado cuando ejerce funciones ajenas a la defensa o asesoramiento jurídicos**

Hoy día se encuentra superada la consideración del abogado como profesional que interviene exclusivamente en procesos judiciales o que realiza actividades de asesoramiento jurídico. Es ampliamente asumido que el abogado es un técnico en Derecho polivalente, que se dedica a otras muchas actividades distintas de las dos mencionadas. Muchas de ellas pueden ser prestadas por otro tipo de profesionales que prestan en exclusiva tales servicios. Pues bien, esas otras actividades, a las que me referiré a continuación, son extrañas a sus tareas de defensa o asesoramiento.

48 PEREZ MANZANO, "Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales", cit., pg. 197.

49 *Ibidem*, pg. 198.

El abogado puede llevar a cabo actividades de asesoramiento e intermediación en todo tipo de operaciones inmobiliarias, compraventas y/o arrendamientos de pisos y fincas urbanas y rústicas, constitución, gestión y disolución de todo tipo de sociedades mercantiles y civiles, operaciones de reestructuración societaria (fusión, escisión...), gestión de fondos, gestión o funcionamiento de empresas o representación en cualquier transacción financiera. Precisamente el art. 2.1.3.b de la tercera Directiva excluye del secreto profesional y obliga a comunicar operaciones sospechosas al abogado cuando participe actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en *cualquier transacción financiera o inmobiliaria*. También queda excluido el secreto profesional cuando el abogado asista en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas. Esta intervención queda al margen de la función de abogado como defensor o asesor jurídico. Nada tiene que ver la apertura o gestión de cuentas bancarias o la gestión de sociedades con la actividad de defensa en un proceso judicial. La intervención del abogado en actividades de representación o su actuación como mandatario está sometida a las mismas obligaciones que tienen los profesionales de estos ámbitos. Lo contrario, esto es, excluir al abogado de tales obligaciones, sería colocarles en una posición de privilegio en el mercado. al estar blindados contra cualquier intervención judicial por razón del secreto profesional. Esta especie de inmunidad del abogado de la que no disfrutarían otros profesionales dedicadas a las mismas actividades sería inadmisibles<sup>50</sup>.

Cuando un abogado se involucra en una transacción comercial, planifica transacciones o crea estructuras societarias, cumple funciones que puede desempeñar cualquier otro profesional (o no) de las finanzas o incluso una entidad financiera. Por ello, y al igual que ocurre con profesionales tales como auditores, contable externos y asesores fiscales, y también con las entidades financieras, el secreto profesional cede ante la obligación de comunicar la operación cuando tenga el carácter de sospechosa de que está sirviendo al blanqueo de capitales.

## **7. La necesidad de crear un organismo autorregulador de la Abogacía**

Una de las garantías específicas que establece el TEDH a la hora de valorar una posible vulneración del secreto profesional de los abogados por parte del Estado es la intervención de algún representante de la abogacía, normalmente el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. De esta manera se establece una garantía reforzada que persigue proteger en todo momento la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente. Pues bien, como se ha indicado ya, el TEDH tiene en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la injerencia de la normativa de prevención del blanqueo de capitales en el secreto profesional del abogado la existencia de un filtro específicamente dirigido a la tutela de dicho secreto. Este filtro consiste precisamente en que el abogado no comunica sus sospechas directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera francesa (TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Decano del Colegio de los Abogados ante el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados<sup>51</sup>.

Ello supone, dice el TEDH, que revelar la información al grupo profesional sujeto a las mismas reglas de conducta y al representante del mismo elegido por sus pares para asegurar el cumplimiento, no vulnera el secreto profesional. Los Decanos de los Colegios de abogados son colegas que pueden apreciar mejor que nadie qué información está o no cubierta por el secreto profesional.

50 Cfr. SÁNCHEZ STEWART, "Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención", cit. (versión electrónica del trabajo).

51 Michaud v. France, nº 129.

Es más, solo transmiten la información sospechosa comunicada por el abogado al TRACFIN tras comprobar que se cumplen con los requisitos establecidos en la normativa. Por lo tanto, no llevan esta transmisión si consideran que no existe una sospecha de blanqueo de dinero o si parece que el abogado en cuestión cree erróneamente que tiene el deber de transmitir la información recibida con ocasión de las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la obligación de comunicar operaciones sospechosas<sup>52</sup>.

La propuesta de cuarta Directiva se refiere expresamente a la opinión del TEDH en su Considerando nº 27, diciendo que “de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un sistema de notificación en primera instancia a un organismo autorregulador constituye una salvaguardia importante para la protección de los derechos fundamentales en lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los abogados”. De acuerdo con el art. 33 nº 1 los “organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”.

Está claro, por lo tanto, que una garantía del respeto del secreto profesional es el establecimiento de un organismo autorregulador de la Abogacía a los efectos de recibir información sospechosa. Este organismo será el encargado de transmitir la información a la Unidad de Inteligencia Financiera competente. El art. 23 nº 1 de la tercera Directiva permite a los Estados “designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar en primera instancia en lugar de la UIF. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, en tales casos, los organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”. La Directiva, por lo tanto, no establece una obligación para los Estados de crear tales organismos autorreguladores. En caso de que decidan establecer tal organismo y recaiga en los Colegios de Abogados, pueden asignarles una función de meros transmisores de las informaciones a la UIF competente. En este caso su función es meramente mecánica, y no añade mucho al sistema de prevención del blanqueo de capitales.

No es esto, sin embargo, lo que parece requerir el TEDH a efectos de una adecuada protección del secreto profesional, que requiere garantías especiales y, por lo tanto, una tutela reforzada. En efecto, el Tribunal parece exigir que los organismos autorreguladores puedan valorar si las comunicaciones presentadas por los colegiados cumplen con los presupuestos legales de la obligación de comunicar operaciones sospechosas y no existen las causas que exoneración de esta obligación. Esto es, cumplen una función de filtro, como dice el propio Tribunal, que permite al Colegio de Abogados valorar el respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. De esta manera, puede también el Colegio de Abogados ejercer sus competencias en defensa del secreto profesional, e incluso de carácter disciplinario en caso de que las comunicaciones se efectúen con mala fe<sup>53</sup>.

Lo que no permite la normativa europea es que los organismos autorreguladores lleven a cabo una tarea de filtrado de la información, es decir, que controlen el fundamento de la sospecha que ha motivado la presentación de la comunicación. Esta tarea corresponde en exclusiva a la Unidad de Inteligencia Financiera y los Colegios de Abogados no pueden asumir esta tarea (de hacerlo podrían incurrir incluso en responsabilidad patrimonial en caso de actuación errónea)<sup>54</sup>

Parece necesario, en definitiva, que se establezca dicho organismo autorregulador que suponga una garantía intensificada dirigida a tutelar el secreto profesional del abogado. Con todo, y pese a que el TEDH parece exigirlo, la propuesta de cuarta Directiva sigue manteniendo el carácter potestativo para los Estados de la creación de estos organismos. Pienso que si un Estado decide no hacerlo

52 Ibidem.

53 Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Blanqueo de Capitales y Secreto Profesional del Abogado”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, num. 546, 2002, BIB 2002\1561.

54 Ibidem.

y se plantea una demanda ante el TEDH, este puede concluir que se vulnera el art. 8 CEDH al no establecerse una garantía específica para tutelar la confidencialidad de la información que obtiene el abogado del cliente. En definitiva, tras la sentencia *Michaud v. France* debería ser obligatorio establecer en los Colegios de Abogados organismos dedicados a recibir las comunicaciones de los abogados y a determinar si se garantiza el secreto profesional.



**EL DELITO TRIBUTARIO COMO DELITO  
PREVIO DEL LAVADO DE ACTIVOS**

***Isidoro Blanco Cordero***

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alicante  
Secretario General Adjunto de la  
Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)*

## SUMARIO

1.	Introducción	207
2.	El delito tributario como delito previo del lavado de activos. La situación en el Derecho comparado	207
2.1	La situación en España tras la Ley de 2010 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo	207
2.2	Francia	209
2.3	Bélgica	211
2.4	Alemania	212
2.5	Italia: la sentencia del Tribunal de Casación italiano de N <sup>o</sup> 45643/2009, de 26 de noviembre	213
2.6	Conclusiones del Derecho comparado	214
3.	Los tributos (la cuota tributaria) como objeto material del delito de lavado de activos	215
3.1	Introducción	215
3.2	Elusión del pago de tributos: la cuota tributaria defraudada	215
3.2.1	Argumentos en contra	216
3.2.2	Opinión personal: la cuantía constitutiva del tributo defraudado como objeto material del delito de lavado de activos	217
3.2.2.1	Los tributos defraudados como dinero, bienes, efectos o ganancias	218
3.2.2.2	La contaminación del tributo: su origen ilícito	218
3.2.2.2.1	El problema del origen. El nexa causal	218
3.2.2.2.3	La individualización de los bienes constitutivos de la cuota tributaria	220
3.2.2.2.4	Criterios para resolver los casos de mezcla de bienes	222
4.	Conclusión	224

## 1. Introducción

La polémica doctrinal en torno a la posibilidad de considerar el delito tributario como actividad delictiva previa del lavado de activos se ha intensificado en los últimos años a nivel europeo. Las opiniones doctrinales contrarias a ello parecen ser mayoritarias. Sin embargo, el legislador de algunos países y los tribunales de otros se muestran favorables y ya existen condenas por lavado de bienes procedentes del delito tributario. Esta contribución persigue arrojar luz sobre este complicado tema, examinando los términos en los que se ha desarrollado el debate en otros países, y exponiendo la situación en el Derecho comparado. A nivel de Latinoamérica, no existen muchas legislaciones que hagan referencia expresa al delito tributario como actividad delictiva previa del lavado de activos. Una excepción es la legislación peruana contra el lavado de activos, que alude específicamente a la defraudación tributaria como delito previo o antecedente del lavado.

Las *tendencias internacionales* parecen moverse hacia la admisión del delito tributario como actividad delictiva antecedente del lavado de activos. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) -el organismo mundial más importante en materia de lucha contra el lavado de activos-, ha incluido en 2012 los delitos tributarios como delitos previos del lavado de activos. Se traslada al ámbito internacional una discusión que ya ha dado lugar a ardientes polémicas a nivel nacional, por las importantes repercusiones prácticas que tiene.

*El presente trabajo* ofrece una panorámica de la discusión, que se contextualiza tomando como punto de referencia la situación en los países europeos, para contrastar las diversas soluciones diseñadas sobre el tema objeto de estudio. A continuación, tomamos postura por la compatibilidad entre la defraudación tributaria y el de lavado de activos.

## 2. El delito tributario como delito previo del lavado de activos. La situación en el Derecho comparado

*El Derecho comparado* nos ofrece una visión de la situación jurídica en otros países y sobre cómo han abordado este problema. En algunos los tribunales ya se han manifestado a favor de admitir que el fraude fiscal constituye delito previo del lavado, como en Francia o Italia. En otros también es así, aunque la norma que regula el delito de lavado limita los delitos fiscales a los de carácter grave, como ocurre en Bélgica y en Alemania. Por último, los hay en que el delito de lavado se refiere al delito fiscal sin ninguna limitación, como ocurre en Portugal<sup>1</sup> y Perú<sup>2</sup>.

### 2.1 La situación en España tras la Ley de 2010 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo

En España, el art. 1.2 de la nueva Ley 10/2010, de 28 de abril, *sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*, considera bienes procedentes de una actividad delictiva “todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”. De acuerdo con esto, la cuota tributaria defraudada constituye un bien procedente de la actividad delictiva y, por lo tanto, objeto idóneo del blanqueo de capitales. Con esta referencia parece quererse resolver de manera

- 1 El delito de Branqueamento se encuentra en el artículo 368-A CP portugués (introducido por la Ley nº 11/2004 de 27-03-2004), y entre los delitos previos a los que alude (siguiendo el sistema de listado) está el fraude fiscal.
- 2 Así, el artículo 6º de la Ley 27765 (Ley penal contra el lavado de activos, de 2002) dispone: “El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194º. Del Código Penal” (las cursivas son nuestras).

definitiva al peliagudo debate que existe entre las autoridades (Fiscalía y Agencia Tributaria) y un sector de la doctrina. La Ley toma postura de manera expresa, admitiendo así que el delito fiscal pueda ser considerado como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales.

La *Fiscalía General del Estado* “valora positivamente” la alusión a “la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”, que persigue así excluir las interpretaciones doctrinales que estiman que los bienes procedentes de delito fiscal no pueden ser objeto de blanqueo de capitales<sup>3</sup>. El *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) declara expresamente que la cuota defraudada a la Hacienda Pública, cuando constituya el producto de un delito fiscal, puede ser objeto de una operación de blanqueo de capitales. Asimismo alude a algo que, si bien es evidente, es conveniente remarcarlo. Cuando la cuota defraudada no alcance el límite cuantitativo previsto en el tipo penal contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social correspondiente, no habrá delito y por lo tanto no será objeto idóneo de una operación de blanqueo. En dicho caso la cuota procederá de una mera infracción tributaria<sup>4</sup>.

Esta referencia, si bien parece querer aclarar el polémico tema<sup>5</sup>, en realidad está generando una gran polémica. En efecto, algunos no teníamos dudas de que los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social podían ser delitos previos del blanqueo de capitales<sup>6</sup>. La referencia de la Ley, a nuestro juicio, es claramente desconcertante. No alcanzamos a determinar qué pretende el legislador con la misma, si aclarar algo discutido doctrinalmente, o introducir por vía de una ley ordinaria un criterio interpretación de la norma penal que regula el blanqueo de capitales.

1. Puede entenderse que la referencia a la cuota tributaria alude a que el delito fiscal será considerado delito previo del blanqueo a *efectos puramente administrativos*, pero no penales. De esta manera, las obligaciones impuestas en la *Ley sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo* se aplican también cuando los bienes procedan de un delito fiscal, pero no tiene ninguna incidencia en el ámbito penal, que seguiría, a juicio de algunos, dejando fuera al fraude fiscal como delito previo del blanqueo de capitales. Este entendimiento, con todo, no es convincente, pues precisamente el objetivo de la ley<sup>7</sup> parece ser armonizar la definición de blanqueo que se contiene en ella con la del Derecho penal. Recordemos la discrepancia que existía entre la derogada Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, que sólo era aplicable cuando se trataba de delitos previos castigados con pena de prisión superior a tres años, mientras que el art. 301 CP, desde la reforma LO 15/2003, de 25 de noviembre, admitía la sanción del blanqueo de bienes procedentes de cualquier delito<sup>8</sup>. Con la nueva ley se solventan las importantes críticas doctrinales que recaían sobre esta discrepancia, y que proponían una solución urgente.

3 INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO, 28 de septiembre de 2009, pg. 4.

4 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe al anteproyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, 29 septiembre 2009, pg. 62. En el mismo sentido el CONSEJO DE ESTADO: DICTÁMENES, Anteproyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, fecha de Aprobación: 19/11/2009

5 LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel, “Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, num. 13/2010 (Estudio). BIB 2010\1195, señala que con esta referencia “se da fin a una antigua cuestión”.

6 Cfr. ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, El delito de blanqueo de capitales, Marcial Pons, 2000, Madrid, pg. 185, quien no advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos, en su relación con el blanqueo; le sigue LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel, *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pgs. 162 ss; PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pgs. 715/6, partiendo de que los bienes procedentes del delito fiscal pueden considerarse procedentes o de origen delictivo grave, constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo la normal entre delito previo y delito de blanqueo; así parece también considerarlo ABEL SOUTO, Miguel, El delito de blanqueo en el código penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pg. 224, cuando se refiere a la elusión tributaria, y 256, cuando crítico señala que el CP comprende ahora todos los ilícitos contenidos en la Parte especial del CP (por lo tanto, también el delito fiscal).

7 PONS, Pere M. “Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: nuevas obligaciones para entidades financieras y otros sujetos obligados”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez* / 25-2010, pgs. 61-73, pgs. 64/5, opina que no sería admisible desde la perspectiva de los objetivos de la ley, en concreto la “prevención de la utilización indebida del sistema financiero y, en su caso, persecución del producto de la criminalidad, no de las infracciones fiscales, sean delictivas o no”.

8 Crítico con esta reforma ABEL SOUTO, Miguel, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo: análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 20, 2005, pgs. 5-26.

2. Otra posibilidad es considerar que constituye un criterio de interpretación de los tipos penales relativos al blanqueo de capitales de los arts. 301 ss. CP. Se trataría, por lo tanto, de una especie de *interpretación auténtica*<sup>9</sup> que permitiría la persecución conjunta del delito fiscal y del blanqueo de capitales. Se estaría así configurando el tipo del art. 301 como una especie de *norma penal en blanco*, cuyo elemento típico bienes que “tienen su origen” (nº 1) o “proceden” (nº 2) de algún delito debe interpretarse por remisión a la normativa administrativa, en este caso la Ley de 2010. Este entendimiento no es en absoluto convincente<sup>10</sup>, por su dudosa constitucionalidad. Primero porque la propia literalidad del art. 301 CP carece de una remisión normativa expresa a normativa extrapenal alguna. Segundo, por las dudas que surgirían de cara a su compatibilidad con la *reserva de Ley orgánica* propia de la materia penal, cuestión que, si bien discutida, parece necesaria en este ámbito al prever los tipos del blanqueo de capitales penas de prisión.

A nuestro juicio, la intención del legislador –no manifestada– no es establecer *ex novo* que el fraude fiscal es delito previo del blanqueo, sino simplemente despejar las posibles dudas que parece haber en la doctrina a la hora de interpretar la legislación penal vigente, que admite cualquier actividad delictiva como previa del blanqueo. Sin embargo, si el objetivo fuese introducir por esta vía el delito fiscal, creo que estaría cometiendo un error, que finalmente llevaría a dejarlo fuera, por la vulneración clara de principios fundamentales del Derecho penal. Es más, la vía adecuada para ello hubiera sido la reforma del CP (que se acaba de modificar y que no hace referencia expresa a esta cuestión en relación con el delito de blanqueo de capitales del art. 301)<sup>11</sup>, preservando de esta manera la reserva de Ley Orgánica para la materia penal<sup>12</sup>.

La jurisprudencia no se ha pronunciado a día de hoy sobre la posibilidad de considerar al delito fiscal como delito previo del blanqueo de capitales<sup>13</sup>. Sí que ha abordado el problema de la compatibilidad entre el delito de blanqueo y el delito fiscal<sup>14</sup>, por las ganancias blanqueadas no declaradas a la Agencia Tributaria. Admitir que la cuota tributaria constituye objeto material del delito de blanqueo de capitales va a tener unas repercusiones prácticas enormes, pero también va a provocar disfunciones de difícil solución que vamos a examinar en este trabajo. Se observa ya en la práctica el aumento de persecuciones penales por blanqueo de las cuotas tributarias no ingresadas. Probablemente cuando se detecte un delito fiscal se podrá fundamentar la persecución simultánea además por blanqueo de capitales, imputándose ambos delitos<sup>15</sup>. Esta doble persecución puede suponer la imposición de penas severas, porque si se aprecia la existencia de un concurso real<sup>16</sup> entre ambos delitos, habrá que proceder a la suma aritmética de las penas a imponer por cada uno de ellos<sup>17</sup>.

## 2.2 Francia

En Francia el delito fiscal constituye *delito previo del lavado* de activos. El delito de lavado de activos se contiene en el artículo 324-1 del Código penal francés. De acuerdo con el párrafo primero, constituye lavado el hecho de facilitar, por cualquier medio, la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos del autor de un crimen o de un delito, que le haya procurado un beneficio directo o indirecto. El párrafo segundo dispone que es igualmente lavado el hecho de colaborar en

9 Se refiere a esta cuestión ÁLVAREZ FEIJOO, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, cit.

10 Contrarios también a esta interpretación, ÁLVAREZ FEIJOO, *ibídem*; PONS, “Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, cit., pgs. 64/5.

11 Sobre la reciente reforma del art. 301 CP español, cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, en Diario La Ley, Nº 7535, 2010.

12 PONS, “Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, cit., pg. 65.

13 Así ÁLVAREZ FEIJOO, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, cit.

14 Constituye un ejemplo clásico la STS 649/1996, 7-12 (caso Nécora) apreció la compatibilidad entre el delito de blanqueo y el delito fiscal. Cfr. Sobre este problema ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “Comentario al art. 301 CP”, en Comentarios al Código penal, Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pg. 1166.

15 Cfr. ÁLVAREZ FEIJOO, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, cit.; también PONS, “Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, cit., pg. 65.

16 Cfr. LOMBARDEO EXPOSITO, Blanqueo de capitales, cit., pg. 208.

17 Cfr. ÁLVAREZ FEIJOO, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, cit.

una operación de inversión, ocultación o conversión del producto directo o indirecto de un crimen o de un delito. La pena prevista es de cinco años de prisión y multa de 375.000 euros. El Código penal no se pronuncia expresamente sobre la cuestión aquí analizada, sino que admite como delito previo cualquier crimen o delito. Ha sido Sala de lo Penal del Tribunal Supremo francés (*Cour de cassation*), mediante sentencia de 20 de febrero de 2008<sup>18</sup>, la que se ha pronunciado al respecto, admitiendo la posibilidad de que el delito fiscal sea delito previo del lavado.

Los hechos enjuiciados tenían como origen las detenciones realizadas a un individuo que portaba en todos los casos grandes sumas de dinero. Así, fue detenido en una ocasión al volante de un coche de gran cilindrada, que se encontraba a nombre de un amigo testaferro, con una gran suma de dinero en él. Este dinero procedía, según sus declaraciones, de salas de juego de las que había obtenido la mayor parte de sus ingresos. Algún tiempo después, fue detenido de nuevo al volante de otro automóvil. Portaba en él una gran suma de dinero que decía haber ganado en el juego. Tras una investigación se constató que este sujeto no había declarado ningún ingreso, y que ya había sido condenado por diversas infracciones fiscales. El Tracfin (*Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins*), la Unidad de Inteligencia Financiera francesa, presentó varios informes según los cuales los beneficios obtenidos se habían gastado en seguros de vida, bonos anónimos y certificados de depósito negociables. El individuo fue procesado por haber blanqueado el producto del fraude fiscal.

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo francés de 20 de febrero 2008 realiza una interpretación novedosa del delito de lavado de activos en dos aspectos:

1. El *autoblanqueo*, es decir, la aplicación del delito de lavado al autor del delito previo. Hasta la fecha de la sentencia, las decisiones del Tribunal Supremo habían admitido la condena por lavado a las personas que habían lavado el producto de sus propias actividades ilegales cuando habían realizado las conductas previstas en el párrafo segundo del art. 324-1 CP<sup>19</sup>. En la sentencia analizada, el TS francés considera que el autor del delito previo puede ser sujeto activo de un posterior lavado de los bienes que ha obtenido de aquel delito, esta vez conforme al párrafo primero del art. 324-1 CP. Admite, por lo tanto, la condena por el “autoblanqueo” (*autoblanchiment*), y rechaza que se haya producido una infracción del principio *ne bis in idem*. La sentencia permite así la acumulación de persecuciones por un delito principal y por el lavado de su producto a título de concurso cuando el autor del delito previo facilite, por cualquier medio, la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos de un crimen o de un delito que él mismo ha cometido<sup>20</sup>.

2. La otra cuestión planteada, que es la que aquí interesa, es la relacionada con la posibilidad de que el *delito fiscal sea delito previo* del lavado de activos. El Tribunal Supremo francés se enfrenta a un complejo tema de carácter *procesal* relacionado con la necesidad de acreditar el delito previo. De acuerdo con el artículo L. 228 del Código de procedimientos fiscales (*livre des procédures fiscales*), para proceder por delitos fiscales es necesaria la denuncia de la administración tributaria con el dictamen favorable de la Comisión de infracciones fiscales. Siendo esto así, el enjuiciamiento del delito de lavado de activos procedentes del delito fiscal requerirá previamente que se acredite el delito fiscal, cuya persecución requiere dicha denuncia. Pues bien, a juicio del Tribunal la persecución del delito de lavado de activos, delito general, distinto y autónomo, no está sujeto a las disposiciones del artículo L. 228 del Código de procedimientos fiscales. El artículo 324-1 CP

18 Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 février 2008: C.Cass ch crim 20 février 2008 N° 07-82977. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018338279&fastReqId=1837238929&fastPos=1>

19 Cass. crim., 25 juin 2003, Gaz. Pal., 2004, doct., p. 790; Cass. crim., 14 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 12, Dalloz, 2004, n° 19, pp.1377-1379. Se permitía así la acumulación de persecuciones por un delito principal y por el blanqueo de su producto a título de concurso cuando el sujeto colabora en una operación de inversión, de ocultación o de conversión del producto directo o indirecto de un crimen o de un delito que él mismo ha cometido.

20 TRACFIN, Memoria anual 2008, pgs. 60 y 61.

no requiere que se hayan iniciado previamente persecuciones ni que se haya pronunciado una condena por el crimen o delito que haya permitido obtener las sumas de dinero blanqueadas, sino que es suficiente con que se establezcan los elementos constitutivos del delito previo. En definitiva, la sanción del lavado del fraude fiscal no requiere la denuncia de la administración tributaria con el dictamen favorable de la Comisión de infracciones fiscales, que, como recuerda la Sala de lo Penal, no es un elemento del delito fiscal<sup>21</sup>, sino una condición de su perseguibilidad. La Sala de lo Penal aprueba la actuación del tribunal de primera instancia, que ha reunido los elementos relativos al estilo de vida del acusado y “advertido de que nunca había informado a las autoridades fiscales de las sumas sujetas a impuesto, constitutivas de ingresos ocultos”. La combinación de estos elementos, junto con la prueba de alguna actividad que suponga ingresos (ya sean manifiestos u ocultos, claramente identificados o no) y la omisión de toda declaración anual a la administración tributaria, caracterizan adecuadamente el fraude fiscal en todos sus elementos.

### 2.3 Bélgica

Durante algunos años la situación en Bélgica ha sido muy similar a la española, porque la definición de los delitos previos del lavado de activos no coincidía en el Código penal y en la normativa preventiva. Esto motivó que en su decisión de 22 de octubre de 2003, el Tribunal Supremo belga confirmara la opinión de que el impago de impuestos genera una ventaja patrimonial de carácter delictivo idónea para constituir objeto material del delito de lavado de activos castigado en el artículo 505 CP. Sin embargo, el artículo 3, § 2 de la Ley de 11 de enero de 1993, sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, disponía que, en materia de fraude fiscal, la ley sólo sería de aplicación cuando los bienes procedieran de un “fraude fiscal grave y organizado que utilice mecanismos complejos o con una dimensión internacional”. Esta discrepancia entre el ámbito represivo y la legislación preventiva generaba una gran inseguridad jurídica que se trató de resolver mediante la ley de 10 de mayo 2007<sup>22</sup>. Esta Ley modifica el artículo 505 CP, que penaliza el lavado, y admite que el delito fiscal es delito previo del lavado de activos. Pero una de las grandes innovaciones que introduce la reforma es la prohibición legal (inmunidad) de proceder penalmente cuando se trate del lavado de bienes obtenidos del fraude fiscal ordinario (*fraude fiscale ordinaire*). Esta prohibición de proceder penalmente requiere el cumplimiento de una serie de requisitos:

a) La inmunidad prevista tiene un alcance limitado. La ley no se aplica a todas las modalidades de lavado de activos previstas en el CP. Brevemente es conveniente señalar que el art. 505 CP tipifica como delito de lavado tres conductas:

1. adquirir, recibir a título gratuito u oneroso, poseer, guardar o administrar bienes procedentes de un delito, cuando el sujeto conoce su origen ilícito o debería haberlo conocido al inicio de estas operaciones (primer delito de blanqueo de capitales);
2. convertir o transferir bienes ilegales con el objeto de disimular o de ocultar su origen ilícito, o de ayudar a cualquier persona implicada en la realización del delito del que provengan tales bienes a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (segundo delito de blanqueo de capitales);
3. ocultar o disimular la naturaleza, el origen, la ubicación o la titularidad de los bienes ilegales, si el sujeto conoce o debía conocer el origen ilícito al inicio de estas operaciones (tercer delito de blanqueo de capitales).

La inmunidad solo se aplica al primer y al tercer delito de blanqueo de capitales, respecto de los cuales no se persigue el blanqueo de capitales obtenidos del “fraude fiscal ordinario”. Sí que se admite, por el contrario, la persecución del blanqueo cuando el delito previo consista en el fraude fiscal “grave y organizado”. La dificultad en este país reside en la dificultad práctica de distinguir el ambas modalidades defraude.

<sup>21</sup> Previsto y sancionado en el art. 1741 del código tributario (Code général des impôts).

<sup>22</sup> Ley que establece diversas medidas en materia de recepción y de comiso. Publicada el 22 de agosto 2007 en el Boletín Oficial del Estado de Bélgica (Moniteur belge), y que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007.

b) En cuanto al beneficiario de la inmunidad, el autor del delito de lavado sólo puede alegar inmunidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1. Ha cumplido con la obligación de comunicación de información prevista en el art. 14 quinquies de la Ley de 11 de enero de 1993 sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Este precepto dispone que cuando censores jurados-contables de cuentas y asesores fiscales externos sospechen que un hecho o una operación está relacionada con el lavado del producto del “fraude fiscal grave y organizado”, deben informar de ello a la Unidad de Inteligencia Financiera (nuestro SEPBLAC, denominado en Bélgica CTIF). Sin embargo, no deben comunicar los casos de “fraude fiscal ordinario”.

2. El autor del lavado no es el autor, coautor o cómplice del delito del delito fiscal del que provienen los bienes que se blanquean. Por lo tanto, si es el interviniente en el delito fiscal no puede alegar la inmunidad por lavado de activos.

#### 2.4 Alemania

En Alemania se castiga el lavado de activos procedentes de un delito fiscal, pero tiene unas características *sui generis*. Lo primero que se ha de indicar es que el autor del delito previo está expresamente excluido del círculo de posibles sujetos activos del delito de lavado de activos. Además, en cuanto al delito fiscal, el número I del 216 StGB castiga a *quien oculte o encubra el origen de un bien que proceda de uno de los hechos antijurídicos contenidos en el segundo párrafo, o frustre o ponga en peligro la averiguación del origen, la localización, incautación, confiscación o custodia de dicho bien*. El apartado 3 del nº 1 del § 261 StGB hace expresa referencia a la sanción del lavado de activos procedentes de delitos fiscales, disponiendo que constituyen delito previo del lavado de activos las infracciones (Vergehen) previstas en los §§ 373 (contrabando realizado de forma profesional) y, cuando el autor actúe de forma profesional, 374 (receptación fiscal de mercancías) del Código tributario, también en ambos casos en relación con el § 12, apartado I, de la Ley sobre la puesta en práctica de las organizaciones comunes de mercado (*Gesetz zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen*). La norma penal alemana concreta mucho más la cuestión, y advierte en el último párrafo del nº 1 § 261 StGB que „El primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada (en banda), según el § 370 del Código tributario, respecto a los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos”.

De acuerdo con esto, los bienes procedentes de un delito fiscal son idóneos para el blanqueo de capitales. El *fundamento* de esta disposición reside, de acuerdo con el legislador alemán, en la apreciación de que normalmente las ganancias de las actividades criminales organizadas normalmente no tributan<sup>23</sup>. De esta manera, el fraude fiscal aumenta el poder financiero de la delincuencia organizada y, por lo tanto, incrementa extraordinariamente su peligro. El legislador pretende así asegurarse de que resultan abarcados los bienes que, si bien no derivan ni proceden del propio delito fiscal, sin embargo se encuentran en una clara vinculación con el delito previo<sup>24</sup>.

23 Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 14/7471, p. 9.

24 Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 14/7471, pg. 9. Sobre la tramitación legislativa SPATSCHHECK, Rainer / WULF, Martin, “Schwere Steuerhinterziehung’ gemäß § 370a AO – Zwischenbilanz zur Diskussion über eine missglückte Strafvorschrift”, en NJW, 2002, pgs. 2983-2987; SPATSCHHECK, Rainer / WULF, Martin, “Schwere Steuerhinterziehung’ und Geldwäsche. Auslegung und Anwendung der neuen §§ 370a AO und 261 Abs. 1 Satz 3 StGB”, en Der Betrieb, Heft 08, 2002, pgs. 392–397, pg. 396; HILLMANN-STADTFELD, Anja, “Die strafrechtlichen Neuerungen nach dem Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz (StVbG)”, en NSTZ, 2002, pgs. 242-244; critica Herzog que esta fundamentación para la amplia redacción del apartado 1, frase 3 con las necesidades de lucha contra la delincuencia organizada han quedado muy cortas, porque la norma no es sólo contra la evasión de impuestos por los miembros de la delincuencia organizada, sino sobre todo en el ámbito de la § 370 AO contra la evasión fiscal per se es dirigido y grabado tantas áreas de impuestos, sin ninguna conexión con el crimen organizado; HERZOG, Félix, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, Felix Herzog (Hrsg.), Bearb. v. Olaf Achteil, Cornelius Nestler u. Silke Warius, Beck, München; Auflage: 1. Auflage, 2010, – § 261 StGB, Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte IV. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26, nm. 73.

La doctrina destaca que las *devoluciones* obtenidas ilícitamente mencionadas en el precepto penal (por ejemplo, en el fraude carrusel del IVA) son indiscutiblemente bienes que proceden directamente de un delito fiscal<sup>25</sup>. Ahora bien, la dificultad más importante radica en su concreción o identificación en el patrimonio total del delincuente<sup>26</sup>.

Se critica doctrinalmente la referencia del último párrafo del nº 1 § 261 StGB al carácter delictivo de la *base imponible*, esto es, los bienes respecto de los cuales no se han pagado impuestos. Y es que ello supone considerar objeto material del lavado de activos bienes lícitos por el hecho de no haber tributado<sup>27</sup>.

Pero quizás la polémica más importante en Alemania surge por la referencia a los “gastos ahorrados por la defraudación fiscal” (*die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen*). De acuerdo con el legislador, el motivo de esta referencia a “los gastos ahorrados” es que no son bienes que puedan separarse o concretarse en el patrimonio del autor. De esta manera, dice el legislador, se asegura que queden abarcados como objeto material del delito de lavado de activos bienes que, sin proceder directamente del fraude fiscal, tienen “una conexión clara con el delito fiscal”<sup>28</sup>. La doctrina critica esta referencia. Esto supone que la no realización de gastos (los correspondientes al pago de la deuda tributaria) se convierte en un bien<sup>29</sup>, y evidencia el hecho de que una separación entre el ahorro fiscal y el patrimonio del evasor fiscal muchas veces no es posible, de manera que el objeto material no se puede concretar. Entiende la doctrina que sería arbitrario y desproporcionado aceptar que el fraude fiscal contamina la totalidad del patrimonio del defraudador<sup>30</sup>. Pero también considera igualmente arbitrario entender que están contaminados los bienes individuales o parte del patrimonio que se corresponden con el valor de lo ahorrado<sup>31</sup>. Asimismo se cuestiona la normativa vigente porque que no es posible realizar la acción típica del lavado de activos sobre el ahorro de gastos<sup>32</sup>—un gasto no realizado no se puede ocultar “-<sup>33</sup>.

Finalmente se critica el elenco de delitos fiscales, por su carácter limitado, que deja fuera otros delitos fiscales de cierta entidad<sup>34</sup> lo que conduce a una contradicción valorativa<sup>35</sup>.

## 2.5 Italia: la sentencia del Tribunal de Casación italiano de N ° 45643/2009, de 26 de noviembre

La *doctrina* italiana se encuentra dividida. a) Parte de ella niega que el delito fiscal sea infracción previa del lavado de activos. Se argumenta que el producto de la evasión fiscal constituye un

25 VOß, Marko, Die Tatobjekte der Geldwäsche: [eine Analyse des Regelungssystems in § 261 StGB], Köln: Heymann, 2007, pgs. 95 ss; ALTENHAIN, Karsten, Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch, Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Urs Kindhäuser, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulfrid Neumann, Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen, 3. Auflage, 2010, § 261, nm. 82.

26 FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch: StGB und Nebengesetze Kommentar, C. H. Beck, 57. Auflage, 2010, § 261, nm. 8 b. HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm 74.

27 FISCHER, Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 8a; SAMSON, Erich, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung? Gedanken zur Halbwertszeit von Strafgesetzen”, en Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Hirsch, Hans J / Wolter, Jürgen / Brauns, Uwe / Schmidt, Otto, 2003, pgs. 263-278, pgs. 268; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm. 73.

28 Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 14/7471, p. 9.

29 Algún autor habla de “la nada convertida en bien”; así BITTMANN, Folker, “Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherrelevante Infektionsquelle”, en *wistra*, 2003, pgs. 161-169, pg. 167, SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pg. 270.

30 BURGER, Armin, “Die Einführung der gewerbs- und bandenmäßigen Steuerhinterziehung sowie aktuelle Änderungen im Bereich der Geldwäsche, Eine Darstellung und Bewertung der neuesten Entwicklung”, en *Wistra*, 2002, pgs. 1-8, pg. 5; SPATSCHECK / WULF, “Schwere Steuerhinterziehung’ gemäß § 370a AO – Zwischenbilanz zur Diskussion über eine missglückte Strafvorschrift”, cit., pgs. 2983-2987, pg. 2987; BITTMANN, “Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherrelevante Infektionsquelle”, cit., pg. 161, 168; WULF, Martin, “Telefonüberwachung und Geldwäsche im Steuerstrafrecht”, en *Wistra: zeitschrift für wirtschafts- und steuerstrafrecht*, Nº. 9, 2008, pgs. 321-329, pg. 328; FISCHER, Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 8 b; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm. 75.

31 ALTENHAIN, Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 83; SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pg. 275 ss; VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 124 y ss. HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm. 75.

32 SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pgs. 263, 268 y ss; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 261, nm. 76.

33 Otros problemas de interpretación totalmente oscuros se refieren a la necesidad de que exista una causalidad hipotética entre el delito fiscal y los gastos ahorrados, y también la determinación del momento de la contaminación del patrimonio mediante el delito fiscal; cfr. SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pgs. 271 s., 273 s.; VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 119 y ss; WULF, “Telefonüberwachung und Geldwäsche im Steuerstrafrecht”, cit., pgs. 327/328.

34 FISCHER, Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 13.

35 VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 116; ALTENHAIN, Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 83.

enriquecimiento injusto del contribuyente obtenido con el ahorro (fraudulento) de los impuestos que habría debido pagar. Ahora bien, este ahorro no puede identificarse con el “dinero, bienes u otras utilidades” directamente procedentes de un delito, tal y como describen el lavado de activos los art. 648 bis y 648 ter CP italiano. En esta línea, se advierte que el tipo del lavado de activos, cuando alude a que los bienes procedan de un delito previo, está exigiendo que éste *procure un beneficio* para sus responsables y un perjuicio para la parte lesionada. El fraude fiscal supone la ocultación de una deuda, y el beneficio del defraudador consiste aquí en la falta de pago de lo que debe. Se excluyen así del lavado de activos aquellos delitos que no determinan un incremento, sino más bien un *empobrecimiento del patrimonio* del autor, limitándose a impedir la pérdida de un bien legítimamente poseído<sup>36</sup>. El capital del que dispone el defraudador es una riqueza suya, los beneficios lícitos de su propia actividad económica, y no el fruto derivado de la sustracción de la riqueza de otro<sup>37</sup>. Así, en el pasado se había pronunciado también el tribunal de Milán (Ord. 19 de febrero 1999), que excluyó la posibilidad de admitir el delito de lavado posterior al delito fiscal. b) Por otro lado, la *Guardia di Finanza* y el Banco de Italia<sup>38</sup> consideran que también los delitos fiscales constituyen delitos previos del lavado de activos<sup>39</sup>. Ello no quita que en la práctica surjan son problemas de prueba, debido a la dificultad de identificar el dinero que procede de aquellos delitos.

Recientemente se ha pronunciado la Sección Sexta de la *Sala de lo Penal del Tribunal de Casación italiano* (sentencia N.º 45643/2009, de 26 de noviembre). Según el Tribunal, el delito de lavado previsto en el art 648bis CP (de conformidad con la reforma producida mediante el art. 4 de la Ley 09/08/1993 n.º 328), a diferencia de la redacción anterior, no contiene un listado de los delitos, sino que todos los delitos dolosos constituyen infracción previa del lavado. Por ello, delito previo del lavado pueden serlo no solo delitos funcionalmente orientados a la creación de capitales ilícitos (como la corrupción, los delitos societarios o quiebras), sino también delitos que según la versión más rigurosa y tradicionalmente acogida del fenómeno, le eran extraños, como por ejemplo los delitos fiscales. Como se puede ver, aunque de forma marginal en el caso, admite expresamente que cualquier delito fiscal puede ser infracción previa del lavado.

## 2.6 Conclusiones del Derecho comparado

Este análisis de algunos países de nuestro entorno jurídico nos permite extraer una serie de conclusiones:

1. En todos ellos se admite que el delito tributario puede ser delito previo del lavado de activos.
2. Sin embargo, difiere en cuanto a la clase de delito tributario, mientras en unos puede ser delito previo cualquier infracción penal tributaria, en otros existe ciertas restricciones.
3. El autor del delito tributario puede ser castigado por el posterior lavado en algunos países (Francia), mientras que en otros está excluido expresamente (Alemania).
4. Las conductas de mera posesión no son punibles respecto del delito tributario en algunos países (Bélgica cuando se trata e fraude fiscal ordinario), mientras que en otros sí que lo son (Alemania).

36 RONCO, Mauro / ARDIZZONE, Salvatore, Codice penale ipertestuale. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione, Seconda edizione, UTET Giuridica, 2007, comentario al art. 648 bis, pg. 2989.

37 Así lo indican SCIALOJA, Antonio / LEMBO, Massimo, Antiriciclaggio, Volumen 43 de Professionisti & Imprese, 2ª ed., Maggioli Editore, 2009, pg. 139.

38 Documento de 12/1/2001, citado por DE ANGELIS, Luciano / FERIOZZI, Christina, “Evasione, scivolo al riciclaggio. Il reato si configura anche quando il fine è il risparmio fiscale”, ItaliaOggi Sette, N.º 284, 30/11/2009, pg. 4

39 Así lo indican SCIALOJA / LEMBO, Antiriciclaggio, cit., pg. 138.

### 3. Los tributos (la cuota tributaria) como objeto material del delito de lavado de activos

#### 3.1 Introducción

El delito de lavado de activos en Perú se encuentra regulado fuera del Código penal de 1991, en concreto, en la Ley 27765 (*Ley penal contra el lavado de activos*, de 17 de junio de 2002). Esta ley castiga a quien “convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso” (art. 1), y a quien “adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso”. El artículo 6º dispone: “El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro: proxenetismo; tráfico de menores; *defraudación tributaria*; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194º. Del Código Penal”. Este precepto señala asimismo que puede ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias.

De acuerdo con este precepto, las conductas punibles como delito de lavado de activos deben recaer sobre dinero, bienes, efectos o ganancias de *origen ilícito*. Tienen ese origen, según lo expuesto, los bienes que proceden de delitos de defraudación tributaria. El delito de defraudación tributaria se encuentra regulado en la Ley penal tributaria (Decreto legislativo n° 813) que castiga a quien, “en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes” (art. 1).

No cabe ninguna duda de que cuando lo obtenido son *devoluciones*, estas constituyen bienes que ingresan en el patrimonio del defraudador que tienen su origen en el delito de defraudación tributaria, por lo que son susceptibles de ser lavados<sup>40</sup>. Más complejo es considerar los tributos (la denominada en España *cuota tributaria defraudada*) como objeto material del lavado de activos, tema que está siendo objeto de una encendida polémica doctrinal. Entre otras razones porque, se dice, el defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran el tributo defraudado ya se encuentran en su patrimonio; el fraude tributario no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador. Debido al interés práctico (y también teórico) de este tema, nos centramos específicamente en su análisis pormenorizado.

#### 3.2 Elusión del pago de tributos: la cuota tributaria defraudada

Generalmente la aplicación de los tributos origina una *relación jurídico tributaria* de la que se derivan obligaciones materiales y formales para el obligado tributario. *La obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero en concepto de tributos*. La realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir genera la obligación de pago

40 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, Actualidad jurídica Aranzadi, Nº 698, 2006, pgs. 1-6, pgs. 2 y 5; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales?”, en Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 37, septiembre 2007, pgs. 157-174, pgs. 169-170; REQUE MATA, Susana, “¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?”, en I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero, coord. por Miguel Abel Souto y Nielson Sánchez Stewart, tirant lo blanch, Valencia, 2009, pgs. 285-288, pg. 287; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “Capítulo 14: Blanqueo de capitales”, en Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010, VV.AA, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, nm. 2970; RUANO MOCHALES, Teresa, “Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo”, en Diario La Ley, Nº 7352, 2010, señala que estas modalidades responden a una estructura distinta de la del delito fiscal, más similar a la estafa.

de una cantidad de dinero. Lo que se debate, como hemos advertido ya, es si dicha cantidad de dinero puede ser o no objeto material del delito de lavado de activos. Son muchas las posiciones contrarias<sup>41</sup> a considerar que el tributo defraudado constituye objeto material del delito de lavado de activos. Los argumentos son variados, así que procedemos a sistematizarlos.

### 3.2.1 Argumentos en contra

1. *Argumento relacionado con el objeto material: la cuantía constitutiva del tributo defraudado no está originada en el delito de fraude fiscal.* Recordemos que el delito de lavado de activos exige que los bienes que se lavan tengan su *origen* en un delito. Esta expresión sirve a algunos autores para entender que el dinero negro no declarado no se genera en el delito de fraude fiscal, luego no tiene su origen en un delito<sup>42</sup>. Como gráficamente señala *Quintero Olivares*, el objeto material del delito de lavado de activos está constituido por bienes que el autor adquiere a raíz (exige una relación causal) del delito previo, mediante el que “el autor obtiene algo que no tenía antes del delito”<sup>43</sup>. Quedan excluidos, a su juicio, los delitos que no producen una consecuencia de incremento del patrimonio de los intervinientes en el delito previo. Concluye aquel autor que “el dinero... de quien no pagó sus impuestos no es un dinero ‘producto’ del delito fiscal... y por lo tanto no puede ser objeto de delito de blanqueo”. En definitiva, no hay origen ilícito porque el dinero no “procede” del delito<sup>44</sup>.

En esta línea, *Choclán Montalvo*<sup>45</sup> se ha posicionado claramente tomando como referencia que la defraudación tributaria punible tiene la configuración típica de un delito de omisión. A su juicio, no puede ser delito previo del lavado aquel cuya configuración típica responda a los delitos de omisión. El motivo es que no puede establecerse relación causal entre la acción omitida (el pago de tributos) y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito (verdadera causa de la incorporación del bien). Descarta en este contexto el recurso a la causalidad hipotética, en el sentido de considerar ilícita por la circunstancia de que de haberse realizado la acción debida (el pago de un tributo) la parte del patrimonio afecta al cumplimiento de la obligación no formaría parte del activo patrimonial del sujeto activo. No es posible imputar la ganancia a la omisión ilícita, cuando natural u ontológicamente pueda hacerse a una acción lícita. Por eso, si la ganancia tiene como causa un hacer positivo lícito, no cabe considerarla de origen ilícito por el hecho de que el autor haya omitido típicamente una acción que hubiera mermado la ganancia. La ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por la sola circunstancia de que no se tribute por ella, ni siquiera porque se oculte con el fin de evitar el pago del tributo. Ello podrá dar lugar al delito tributario (o, incluso, al de alzamiento de bienes en España, o de atentado contra el sistema crediticio en Perú).

2. *Argumento relacionado con la conducta típica: la vulneración del principio ne bis in idem.* Se alega asimismo que la sanción como lavado de activos de la conducta de convertir o transferir el dinero

41 La mayoría dice RUANO MOCHALES, “Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo”, cit.

42 GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal”, en Cuadernos de política criminal, Nº 91, 2007, pgs. 5-26, pg. 18; QUINTERO OLIVARES, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, cit., pg. 5; CHOCLÁN MONTALVO, “¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales?”, cit., pgs. 164, considera que una interpretación contraria vulneraría el principio de legalidad; REQUE MATA, “¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?”, cit., pgs. 286/7; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, en Legaltoday.com, 15 de Enero de 2010; explica también las dificultades que esto suscita GIL PECHARROMÁN, Xavier, “Delito fiscal y blanqueo: dos sanciones para una actuación”, en El economista, lunes, 9 de agosto de 2010, pgs. 4-5; también parece ser la opinión de COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos, Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios, Cesej Ediciones, Madrid, 2005, pgs. 116/7; RUANO MOCHALES, “Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo”, cit. En el mismo sentido, en la doctrina italiana RONCO / ARDIZZONE, Codice penale ipertestuale, cit., comentario al art. 648 bis, pg. 2989.

43 QUINTERO OLIVARES, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, cit., pg. 5. En el mismo sentido, REQUE MATA, “¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?”, cit., pgs. 286/7; FERNÁNDEZ TERUELO, “Capítulo 14: Blanqueo de capitales”, cit., nm. 2970.

44 QUINTERO OLIVARES, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, cit., pg. 6; FERNÁNDEZ TERUELO, “Capítulo 14: Blanqueo de capitales”, cit., nm. 2970.

45 CHOCLÁN MONTALVO, “¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales?”, cit., pgs. 163.

negro supondría castigar dos veces la misma conducta. Al defraudador se le estaría castigando adicionalmente por lavado de activos, que necesariamente vendría anudado a la defraudación tributaria, porque lo normal es que quien defrauda transmita el dinero, lo convierta, u oculte o encubra su origen, conductas estas típicas del delito de lavado<sup>46</sup>. Por ello, prácticamente siempre que haya delito de defraudación tributaria habrá también lavado de activos<sup>47</sup>. Vendría a ser una pena adicional para el delito de fraude tributario.

3. *El argumento de la prescripción.* Aunque la defraudación fiscal haya prescrito, es posible perseguir al presunto defraudador por lavado de activos. Por un lado, porque la mera ocultación del dinero implica que el delito de lavado se está cometiendo de manera permanente. Por otro, porque la prescripción del delito previo no descontamina los bienes, por lo que siguen constituyendo objeto material idóneo del lavado de activos. Esta situación es objeto de incisivas críticas, porque permite a las autoridades recurrir al delito de lavado para prolongar el plazo de prescripción del delito. Y es que aunque el delito fiscal haya prescrito, la transferencia o la ocultación del dinero defraudado se habrá mantenido en el tiempo, por lo que se podrá perseguir en todo momento al defraudador por el delito de lavado<sup>48</sup>.

4. *Argumento político-criminal.* El delito de lavado de activos ha perdido su sentido original dirigido a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas (tráfico de drogas, corrupción crimen organizado) y se ha convertido en un instrumento de control y recaudación fiscal. Esto supone un entendimiento político-criminal del delito “incoherente y técnicamente inconsistente”, y lleva a una pérdida de su orientación político criminal originaria, trivializando y paralizando su eficacia frente a las conductas que realmente justifican su aplicación<sup>49</sup>. Se alega también el error que supone asignar al delito de lavado la finalidad de evitar que el delincuente se beneficie del botín, pues ello supone una “crasa confusión” entre las funciones político-criminales de la figura del lavado y la del comiso de ganancias, cuya significación y mecánica son radicalmente distintas<sup>50</sup>.

### 3.2.2 Opinión personal: la cuantía constitutiva del tributo defraudado como objeto material del delito de lavado de activos

El delito tributario constituye un delito previo del blanqueo de capitales<sup>51</sup>, porque así lo dispone expresamente la Ley penal contra el lavado de activos. Sobra decir que es necesario que la conducta defraudadora debe realizar todos los elementos del delito tributario conforme a lo establecido en la Ley penal tributaria.

El objeto material del delito de lavado de activos está constituido por el dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito. Se requiere, por lo tanto, que previamente se haya cometido un delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal. Los delitos previos del lavado se concretan expresamente en la Ley penal contra el lavado, mediante un catálogo abierto. Se enumeran once delitos, y finaliza con una expresión amplia que incluye otros similares a los listados que generen ganancias ilegales. Recientemente el Tribunal Supremo del Perú ha acotado esta referencia a los delitos similares, exigiendo: 1. que se trate de delitos graves, sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada, y 2. que generen ganancias ilegales, puesto que su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso. La única excepción es el delito de receptación (artículo 6° de la Ley de lavado de activos)<sup>52</sup>.

46 GIL PECHARROMÁN, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, cit.

47 GIL PECHARROMÁN, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, cit., pgs. 4-5.

48 DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, cit.

49 Así ampliamente GÓMEZ BENÍTEZ, “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal”, cit., pgs. 17 ss.

50 DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo (I)”, cit.

51 Así también en Argentina, D’ALBORA (h), Francisco J., “Lavado de Dinero y Delito Tributario”, en Nueva Doctrina Penal, 2001/A, p. 3.

52 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS. ACUERDO PLENARIO N° 3-2010/CJ-116. FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ. ASUNTO: EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.

Sólo se pueden blanquear el dinero, bienes, efectos o ganancias, conceptos éstos muy amplios que han de interpretarse en la línea de los Convenios internacionales en la materia, con el objetivo de abarcar cualquier activo que pueda derivarse de un delito<sup>53</sup>. La cuestión es si los tributos defraudados pueden constituir objeto material del lavado, porque tienen origen ilícito.

### 3.2.2.1 Los tributos defraudados como dinero, bienes, efectos o ganancias

No es fácil afirmar que los tributos defraudados constituyen dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito. Y ello porque el delito tributario no es como el tráfico de drogas, en el que los bienes procedentes del delito serán normalmente el precio de venta de las mismas<sup>54</sup>. La elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la *obligación tributaria*, que tiene por objeto el pago de los tributos, o lo que en España se denomina *cuota tributaria*. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que está constituida *por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal*. Es decir, el bien que procede del delito tributario es la cuantía económica correspondiente al tributo o cuota tributaria. Como sabemos, la cuota tributaria es una *cantidad de dinero* que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de lavado de activos<sup>55</sup>. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito tributario, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo. Este argumento, sin embargo, no impide considerar que el tributo defraudado tiene su origen en el delito tributario.

### 3.2.2.2 La contaminación del tributo: su origen ilícito

#### 3.2.2.2.1 El problema del origen. El nexos causal

La ley penal contra el lavado de activos, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia<sup>56</sup>, considera objeto material del delito de blanqueo el *dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito*. Están originados en una actividad delictiva los bienes que tienen su “causa” en ella (diccionario RAE)<sup>57</sup>. Este significado, sin embargo, no aclara suficientemente cuándo un bien tiene su origen en la actividad delictiva. Por eso, es necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuándo un bien, en este caso la cantidad correspondiente al tributo defraudado, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito tributario. Se trata, por lo tanto, de especificar la relación que tiene que existir entre el tributo defraudado y el delito tributario.

Ya nos hemos manifestado en otro lugar en el sentido de que la conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo *causal*<sup>58</sup>. Ello parece lógico en la medida en que los bienes susceptibles de ser lavados han de tener su origen, su causa, en un hecho delictivo previo, derivarse de él. En el momento en que esto es así, decimos que los bienes están “contaminados”. Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la *causalidad* entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa. Siguiendo la teoría más comúnmente

53 ABEL SOUTO, El delito de blanqueo en el código penal español, cit., pgs. 183 ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte especial, 18ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 556, define bien como “cualquier beneficio valorable económicamente”.

54 LÖWE-KRAHL, Oliver, “Geldwäsche”, en Handbuch in Wirtschaftsstrafrecht (hrsg. Achenbach/Ransiek), 2. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2008, Heidelberg, pgs. 1167-1192, nm. 28.

55 D'ALBORA (h), Francisco J., “Lavado de Dinero y Delito Tributario”, en Nueva Doctrina Penal, 2001/A, p. 3.

56 Por ejemplo, la Convención de Viena, que en su artículo 3 nº 1 a) y b) emplea el término “proceden”. Otra es, sin embargo, la solución adoptada por el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, que, al definir el blanqueo de capitales en el art. 9, habla de “productos”, término cuya definición se encuentra en el art. 1: comprende “todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito”.

57 Exigen también causalidad PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 315; ABEL SOUTO, El delito de blanqueo en el código penal español, cit., pgs. 163-4; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pg. 506.

58 Cfr. Ampliamente BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pgs. 288 ss.

aceptada de la equivalencia de las condiciones, y recurriendo a la fórmula de la *conditio sine qua non* para su aplicación, podemos afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración. Y esta concreta configuración incluye claramente todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien<sup>59</sup>. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia<sup>60</sup>.

Existe también conexión causal y, por lo tanto, *contaminación*, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquella actividad delictiva. Los detractores señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes<sup>61</sup>. Es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), el delito tributario supone un incremento del patrimonio del defraudador, como hemos indicado ya, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado los tributos y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito tributario.

Ya hemos expuesto que en otros países el delito tributario consiste esencialmente en defraudar mediante la elusión del pago de impuestos (por ejemplo el § 370 del Código tributario alemán, o el art. 1741 del Código tributario francés), lo que genera un *ahorro de gastos* al contribuyente, que no paga a las autoridades tributarias. El debate en estos países gira en torno a si este ahorro de gastos originado en un delito puede considerarse objeto idóneo del lavado. Consideramos que los gastos no realizados, ahorrados, las deudas (el pasivo) que genera el delito carecen de relevancia a efectos del lavado de activos por no ser bienes, salvo que dichos ahorros tengan relevancia penal. Existen delitos que pueden generar dicho ahorro, pues ahorra gastos quien no instala la depuradora cuando procede a realizar vertidos y comete un delito contra el medio ambiente, o quien construye en tierras destinadas a uso agrícola<sup>62</sup>. Coincido en que en estos delitos los gastos no realizados no pueden ser objeto material del delito de blanqueo de capitales, porque carecen de relevancia jurídico-penal. En estos y otros ejemplos en los que el delito supone un ahorro de gastos el Código penal no los menciona. Los delitos contra el medio ambiente castigan a quien realiza los vertidos delictivos, con independencia de que ahorre o no. Los delitos de utilización indebida de tierras agrícolas castigan a quien construye en suelo agrícola independientemente de lo que se haya ahorrado por no haber construido en un suelo urbano más caro. Pero si estos delitos generan ganancias, esto es, un incremento del patrimonio de los responsables, entonces éstas constituirán bien idóneo para ser blanqueado. Y eso ocurre con cualquier delito que genere efectos o beneficios, desde el tráfico de drogas hasta un asesinato por precio. En el tráfico de drogas se otorga relevancia jurídico-penal a las ganancias, cuando se dispone que pueden ser decomisadas. Lo mismo en el asesinato cuando el sicario obtiene un precio. Cualquier efecto o beneficio del delito tiene relevancia jurídico-penal, por lo menos a efectos del decomiso (art. 102 CP), y puede ser objeto idóneo del blanqueo de capitales.

El delito tributario genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero *traduce* dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, *otorga relevancia penal* a los gastos ahorrados, en

59 Cfr. BARTON, Stephan, „Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 Abs. 1 Nr. 1 - 3 StGB bezeichneten Straftaten her?“, en NStZ, 1993, pgs. 159-165, pg. 161. A mayor abundamiento, recordemos que el nº 2 del art. 301 se refiere a la ocultación o encubrimiento no de los bienes, sino de determinadas características de los mismos: “la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos”.

60 Ibidem.

61 QUINTERO OLIVARES, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, cit., pgs. 5-6.

62 Ejemplos de QUINTERO OLIVARES, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, cit., pg. 2; también VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 116.

este caso, a el importe del tributo defraudado. De hecho, se ha de concretar el valor dinerario del tributo omitido, porque cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena (art. 3º del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria). Esta cuantía es el *bien derivado del delito* y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de lavado. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del lavado de activos.

En definitiva, el tributo *defraudado constituye un bien* en el sentido del lavado de activos, que constituye simultáneamente un perjuicio para las arcas del Estado y un beneficio para el defraudador<sup>63</sup>. Y además supone el beneficio o provecho económico *derivado del delito* susceptible de ser considerado ganancia o bien idóneo del delito de lavado de activos. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en la ley contra el lavado de activos pueden recaer sobre el valor dinerario del tributo defraudado. El problema, como vamos a ver a continuación, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente (algo que en principio ocurrirá en todos los casos en los que lo obtenido sea dinero, bien fungible por excelencia). El contribuyente responde de la deuda tributaria con todos los bienes de su patrimonio, pero es prácticamente imposible determinar qué bienes son los que resultan contaminados. Lo que no es admisible es la teoría del contagio total, según la cual todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado<sup>64</sup>. Ello sería excesivo y desproporcionado. Cualquiera que realizara negocios con él estaría cometiendo un delito de blanqueo de capitales, si concurrían todos sus elementos, especialmente los subjetivos (conocimiento del origen, o imprudencia en el momento de la recepción).

### 3.2.2.3 La individualización de los bienes constitutivos de la cuota tributaria

Existen muchas las dificultades prácticas para considerar al tributo defraudado como objeto material idóneo del lavado de activos. Como sabemos, el tributo es una cantidad de dinero que se traduce en un aumento del patrimonio del autor, pero no encuentra un reflejo en concretos bienes. Recordemos que el tributo cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, pero es imposible diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran<sup>65</sup>, problema este no exclusivo de este delito, pero sí en el que se acentúa notablemente. Si no se puede *individualizar la cantidad constitutiva del tributo defraudado* en el patrimonio del defraudador, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de lavado de activos, al no existir objeto material.

En un intento por resolver este espinoso problema de la concreción de la cuota tributaria, la doctrina alemana ha propuesto diversas *soluciones*. 1. La primera considera que no se puede determinar el bien concreto que materializa el tributo defraudado, por lo que no es posible cometer un delito de lavado de activos. 2. De acuerdo con la segunda, el importe del tributo defraudado materializa una deuda (la deuda tributaria), de la que debe responder el defraudador con todos sus bienes, presentes y futuros, por lo que todo su patrimonio resulta contaminado<sup>66</sup>. 3. La tercera limita la contaminación exclusivamente a la unidad patrimonial en la que se integra el importe del tributo defraudado y los bienes y rentas respecto de los que no se pagan tributos.

63 Así lo indica CAMPOS NAVAS, Daniel, "Lavado de dinero y delito fiscal. Posibilidad de que delito fiscal sea el delito precedente al de blanqueo", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 5, 2005, pags. 1402-1410. En el mismo sentido, LOMBARDO EXPOSITO, Blanqueo de capitales, cit., pg. 163, para quien el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público.

64 LÖWE-KRAHL, "Geldwäsche", cit., nm. 28.

65 GÓMEZ BENÍTEZ, "Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal", cit., pg. 18, indica que los bienes procedentes del delito fiscal se incluyen en "una unidad patrimonial, que hace imposible diferenciarlos de los que sí han sido objeto de tributación"; REQUE MATA, "¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?", cit., pg. 287, evidencia la dificultad de delimitar qué bienes del patrimonio del defraudador son los que proceden del impago de impuestos. En la doctrina italiana SCIALOJA / LEMBO, *Antiriciclaggio*, cit., pg. 139; RONCO / ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale*, cit., comentario al art. 648 bis, pg. 2989.

66 Cfr. VOß, *Die Tatobjekte der Geldwäsche*, cit., pgs. 123 ss.

1. La primera solución no es convincente, ya que desconoce que el delito tributario ha generado un incremento patrimonial en el patrimonio del defraudador, que en otro caso no existiría. Ya hemos demostrado en el apartado anterior que el importe del tributo (no la deuda tributaria) constituye un bien procedente del delito tributario.
2. Considerar que la deuda contamina *todo el patrimonio* del autor<sup>67</sup> no es aceptable, por tratarse de una interpretación contraria a la ley, dado que se considerarían bienes idóneos para el delito de blanqueo algunos que no proceden de un delito previo (interpretación *contra legem*). En esta línea, la doctrina alemana califica de arbitrario y desproporcionado aceptar que todo delito previo de fraude tributario produce siempre una contaminación de la totalidad del patrimonio<sup>68</sup>.
3. La tercera opción tampoco convence, pues considera contaminados *bienes que no proceden de un delito* previo, en concreto los que integran la base imponible que son los bienes y rentas no declarados, algo nuevamente contrario a lo dispuesto en la ley contra el lavado de activos.

El lavado de activos exige obligatoriamente la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva. Y esto no es fácil sobre todo cuando se trata de cantidades de dinero, bien éste fungible por excelencia<sup>69</sup>. El problema de concreción o especificación es de difícil solución en este supuesto. La posibilidad de que el fraude tributario constituya delito previo del lavado de activos requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen el importe del tributo. En algunos casos será posible acreditar de manera segura que la conducta de lavado recae sobre bienes que forman parte del tributo.

1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de lavado de activos recaiga sobre una *parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte del tributo*. Ello ocurrirá cuando la acción de lavado se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una porción del valor del tributo impagado<sup>70</sup>. En estos dos casos se establece con certeza que los bienes obtenidos del delito tributario se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de lavado<sup>71</sup>.

Ejemplo: El defraudador H dispone de un patrimonio total por valor de 100. Defrauda tributos por valor de 30. H compra a D un vehículo por 60. En este caso no se puede considerar que dicha cantidad proceda del delito tributario, pues de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* hay que considerar que los 60 que paga no proceden del delito previo. La cosa cambia si paga por el coche 80, porque al menos 10 de ellos proceden del delito tributario<sup>72</sup>.

2. Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable, esto es, los bienes y rentas respecto de los que no se han pagado impuestos. Recordemos que el tributo se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable, esto es, a los bienes

67 Se refiere a esta posibilidad GIL PECHARROMÁN, "Delito fiscal y blanqueo: dos sanciones para una actuación", cit., pg. 5.

68 BURGER, "Die Einführung der gewerbs- und bandenmäßigen Steuerhinterziehung", cit., pg. 5; SPATSCHHECK / WULF, "Schwere Steuerhinterziehung" gemäß § 370a AO – Zwischenbilanz zur Diskussion über eine missglückte Strafvorschrift", cit., pgs. 2983-2987, pg. 2987; BITTMANN, "Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle", cit., pg. 168; WULF, "Telefonüberwachung und Geldwäsche im Steuerstrafrecht", cit., pg. 328; FISCHER, Strafgesetzbuch, cit., § 261, nm. 8 b; HERZOG, GWG, Geldwäschegesetz, Kommentar, cit., § 26, nm. 75. Ampliamente sobre estas críticas VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 131 ss.

69 Así también REQUE MATA, "¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?", cit., pg. 287.

70 Así BITTMANN, "Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle", cit., pg. 168; en el mismo sentido LÖWE-KRAHL, "Geldwäsche", cit., nm. 29; MA, Yueh-Chung, Die Bekämpfung der Geldwäsche als tatsächliches und rechtliches Problem - Internationale Instrumente sowie die Entwicklung der Gesetzgebung in Taiwan und in Deutschland, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen, 2008, pg. 193.

71 Señala VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 135, que en la práctica esta situación no se dará casi nunca.

72 Ejemplo de LÖWE-KRAHL, "Geldwäsche", cit., nm. 30.

y rentas obtenidos, y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuantía del tributo a pagar. Por lo tanto, si el tributo es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. *No está contaminada toda la base liquidable, esto es, los bienes y rentas obtenidos, sino exclusivamente la parte constitutiva del tributo.* De nuevo, siendo el dinero un bien fungible, es extremadamente difícil determinar qué parte constituye el tributo, y por lo tanto objeto material idóneo del delito de lavado. Esto significa que sólo habrá delito de lavado si el defraudador transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte del tributo defraudado.

Ejemplo: Un defraudador tiene un capital no declarado por valor de 1.000 en una cuenta bancaria en el extranjero. Imaginemos que el tributo que le correspondería pagar fuese de 300. Sólo se cometerá delito de blanqueo de capitales si se transfieren los 1.000, o si se transfieren más de 700, porque entonces una parte del tributo contaminado ha sido objeto material del delito de lavado.

Esto puede suponer que el delito de lavado que tiene por objeto material el tributo defraudado posee un *ámbito de aplicación extremadamente pequeño*. En la práctica serán raros unos hechos subsumibles en este delito, sobre todo porque casi nunca se realizaran las acciones de lavado sobre la totalidad (o casi) del patrimonio del autor del delito previo<sup>73</sup> (o de la base imponible), o sobre una cantidad tan grande del mismo que obligatoriamente incluya el tributo defraudado.

#### 3.2.2.2.4 Criterios para resolver los casos de mezcla de bienes

La enorme dificultad de concretar o determinar qué bienes del patrimonio del defraudador resultan contaminados por el delito tributario se complica si tenemos en cuenta que normalmente tales bienes estarán “disueltos” en el patrimonio del defraudador, *mezclados* con sus bienes de origen lícito. Y lo mismo ocurrirá en los casos excepcionales en los que se pueden concretar dichos bienes, porque cuando son dinero, estará mezclado con otras cuantías de origen lícito. Conviene, por lo tanto, examinar si los criterios elaborados por la doctrina para resolver los problemas de contaminación de los bienes mezclados son de utilidad para concretar los bienes que integran el tributo defraudado<sup>74</sup>.

Como es bien sabido, una técnica de lavado de activos consiste en la mezcla de bienes procedentes de actividades delictivas con otros de carácter lícito. Se persigue así el encubrimiento del origen del dinero de manera que éste se pueda confundir con el de origen lícito<sup>75</sup>. El supuesto más común es el ingreso de dinero de procedencia delictiva en cuentas bancarias en las que están depositadas otras cantidades de origen legítimo. Se ha de decidir entonces si el saldo de la cuenta que contiene bienes de origen lícito y bienes contaminados, resulta totalmente contaminada o sólo de forma proporcional a la parte que lo está<sup>76</sup>.

La cuestión en el ámbito que analizamos se diferencia de los supuestos habituales de lavado porque en ellos se determina qué dinero está contaminado (por ejemplo, en los casos de tráfico de drogas), discutiéndose entonces la cuestión de la “contaminación o infección”<sup>77</sup> de la parte

73 Así VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 135.

74 SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pgs. 275 ss; también VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pg. 130

75 BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 295.

76 Caben tres posibilidades: considerarlos idóneos para el blanqueo por estar originados parcialmente en actividades delictivas; considerarlos bienes legítimos por ser parcialmente de origen legal; o, como tercera vía, entender que son bienes de origen ilegal sólo en la parte que tenga esa procedencia. Ampliamente sobre esto BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pgs. 295 ss.

77 Sobre este tema cfr. MICHALKE, Regina, “Die „Infizierungs“-Theorie bei der Geldwäsche – ein untauglicher Versuch am untauglichen „Gegenstand“, en Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, Nomos, Baden-Baden, 2009, pgs. 346-392.

en principio “limpia” por la “contaminada”. Sin embargo, tratándose del delito tributario (y otros semejantes, como los atentados contra el sistema crediticio) lo primero que debe determinarse es qué bienes están contaminados originalmente por el delito tributario<sup>78</sup> y, a partir de ese momento, ya se puede discutir si se contamina o no toda la mezcla. Y como venimos diciendo, la concreción o individualización de los bienes originados en el delito tributario es algo de enorme dificultad. Con todo, puede ocurrir que se llegue a concretar, de acuerdo con los criterios expuestos en el apartado anterior, la cuantía de los bienes contaminados. Pueden surgir entonces los problemas de la mezcla.

Ejemplo 1: Imaginemos que en una cuenta están depositados 200.000 €, de los cuales 100.000 € proceden del delito tributario, y retiran A y B una cantidad de 100.000 € cada uno. En virtud del principio *in dubio pro reo* se presume que han retirado cada uno la parte limpia. No es aplicable este principio, sin embargo, si quien recibe los bienes conoce con toda seguridad que está recibiendo una cantidad contaminada. Por ejemplo, si en una cuenta se encuentran depositados 1,5 millones €, de los cuales 1 millón € es de origen delictivo, quien lo sabe y retira un millón conoce necesariamente que por lo menos 500.000 € están contaminados<sup>79</sup>.

Ejemplo 2: El contribuyente no declara la obtención de una renta de 15.000 € en efectivo. Dos años más tarde se descubre el fraude, y se le exige el pago de tributos por valor de 7.000 €. Con base en estas circunstancias se pueden plantear las siguientes variantes<sup>80</sup>.

Variante 1: El contribuyente dispone de una única cuenta, en la que está depositado todo su patrimonio por valor de 70.000 €. Supongamos que transfiere 30.000 € a una persona que conoce que en dicha cuenta existen bienes contaminados. ¿Comete lavado de activos? Soluciones posibles. a) Un sector considera que los 7.000 € correspondientes a la cuota defraudada están disueltos en la totalidad de la mezcla. De los 70.000 € de la cuenta, un 10% es de origen ilícito. Por lo que el 10% de los 30.000 € están contaminados y el tercero que recibe el dinero (e incluso el defraudador) cometerá un delito de lavado sobre bienes de origen delictivo. b) A nuestro juicio, lo razonable es entender que sólo habrá delito de lavado cuando la cantidad transferida supere los 63.000 €, porque en ese caso algún bien tiene carácter contaminado<sup>81</sup>.

Variante 2: Supongamos que el contribuyente no tiene los 70.000 € en una cuenta, sino que dispone de 10 cuentas cuyos saldos son de 7.000 € cada una. Si el tercero recibe los 30.000 € con fondos procedentes de cuatro cuentas, de cada una de las cuales en cuantía de 7.000 €, y de una quinta en cuantía de 2.000 €. Las posibles soluciones son similares a las anteriores. Considerar que las 10 cuentas con 7.000 € están contaminadas de forma proporcional, esto es, en una cuantía de 700 € cada una, o entender que sólo una cuenta por valor de 7.000 € tiene su origen en el delito fiscal<sup>82</sup>. En este último supuesto, no podría determinarse si la retirada de fondos de la cuenta es delictiva, porque no se sabe a ciencia cierta en qué cuenta se encuentra el dinero contaminado constitutivo del tributo defraudado. Es más, existiendo otras cinco cuentas con un saldo de 7.000 €, en virtud del principio *in dubio pro reo* habrá que considerar que el tributo está en alguna de esas cinco.

78 VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 130.

79 Cfr. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 298.

80 Ejemplo similar al planteado por SAMSON, “Geldwäsche nach Steuerhinterziehung?”, cit., pgs. 275/6.

81 *Ibidem*.

82 *Ibidem*.

En definitiva, podemos ver que salvo en aquellos casos en los que el contribuyente tiene todo su patrimonio en una cuenta, o todos los ingresos y rentas no declaradas en ella, es muy difícil concretar los bienes contaminados. Evidentemente estos casos *no serán muy frecuentes*, pues el contribuyente defraudador no tendrá todo su patrimonio en una única cuenta, sino que dispondrá de diversos bienes de origen lícito mezclados con los de origen delictivo.

## 4. Conclusión

El tema aquí examinado plantea otros problemas que, por lo específico de esta contribución, no pueden ser objeto de examen en este texto. Por ejemplo, si pese a todas las dificultades expuestas finalmente se identifican los bienes que constituyen el tributo defraudado, surgirá la duda de si éstos pueden descontaminarse en algún momento. La descontaminación de los bienes originados en un delito ha sido analizada con profundidad por la doctrina especializada<sup>83</sup>. La cuestión reside en señalar si los bienes que proceden de una actividad delictiva resultan contaminados para siempre, o si existen causas que permitan descontaminar la cuota tributaria. Existe unanimidad en la doctrina en que la descontaminación puede ocurrir si se despenaliza el delito previo -en este caso del delito tributario-, porque los bienes dejan ya de tener un carácter delictivo<sup>84</sup>. Más discutibles son los supuestos de prescripción del delito tributario, y de regularización de la situación tributaria por pago posterior a la defraudación del tributo defraudado. Un análisis de estos temas requeriría otro trabajo específico<sup>85</sup>.

En definitiva, el delito tributario constituye delito previo del lavado de activos. Ahora bien, esta figura delictiva presenta unas peculiaridades propias que quizás merezcan una atención legislativa especial, como ocurre en países tales como Bélgica o Alemania. Podemos concluir señalando que la cuantía que integra el tributo defraudado constituye dinero o *bienes de origen ilícito* y, por lo tanto, idóneo para realizar las conductas típicas del delito de lavado de activos. No lo es, sin embargo, el conjunto de bienes y rentas no sometidos a tributación (que suponen la base imponible), porque no resultan contaminados por el delito tributario. Pese a ello, las dificultades más importantes surgen a la hora de *identificar los concretos bienes* que integran la cuota tributaria. Las diversas opciones examinadas dejan poco margen de aplicación al delito fiscal.

83 Por ejemplo, específicamente en materia de delitos fiscal, VOß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, cit., pgs. 136 ss.

84 Así FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., El delito de blanqueo de capitales, Madrid, 1998, pgs. 296/7, nota 176; ARANGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, cit., pg. 219, quien plantea el supuesto en el que el bien haya sido blanqueado antes de la despenalización, y vuelva a ser blanqueado después. En este caso admite este autor que el segundo delito de blanqueo puede ser castigado, porque también un delito de blanqueo puede servir de delito previo a un nuevo delito de blanqueo; PALMA HERRERA, Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pg. 367.

85 Cfr. Nuestro trabajo, que se encuentra en prensa, BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales".





**EL DELITO DE  
LAVADO DE  
ACTIVOS  
EN LA LEGISLACIÓN  
PENAL PERUANA**

**Víctor Prado Saldarriaga**

**Doctor en Derecho  
Catedrático de Derecho Penal  
Juez Supremo Titular de la Corte  
Suprema de Justicia del Perú**

**CAPÍTULO**



# Subíndice

<b>1. UNA BREVE APROXIMACIÓN HISTORICA</b>	<b>229</b>
<b>2. UN NUEVO MARCO LEGAL</b>	<b>241</b>
<b>3. JUSTIFICACIÓN DE LAS REFORMAS</b>	<b>243</b>
<b>4. ESTRUCTURA Y SISTEMÁTICA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1106</b>	<b>246</b>
<b>5. UNIDAD O PLURALIDAD DE BIENES JURÍDICOS TUTELADOS</b>	<b>246</b>
<b>6. TIPICIDAD OBJETIVA</b>	<b>255</b>
6.1 Actos de Conversión Y Transferencia	255
6.2 Actos de Ocultamiento Y Tenencia	259
6.3 Actos de Transporte y Traslado de Dinero o Títulos Valores de Origen Ilícito	263
<b>7. OBJETO DE ACCIÓN DEL DELITO</b>	<b>268</b>
<b>8. TIPICIDAD SUBJETIVA</b>	<b>271</b>
<b>9. CONSUMACIÓN DEL DELITO</b>	<b>277</b>
<b>10. PENALIDAD</b>	<b>279</b>
<b>11. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES ESPECÍFICAS</b>	<b>279</b>
11.1 Agravantes	280
11.1.1 Circunstancias Agravantes por la Condición Personal del Agente.	281
11.1.2 Circunstancia Agravante por integrar una organización criminal.	282
11.1.3 Circunstancia Agravante por la magnitud del valor de las operaciones de lavado realizadas.	283
11.1.4 Circunstancia Agravante por el delito precedente del cual provienen los activos objeto de los actos de lavado.	283
11.2 Atenuantes	284
11.3 Penalidad	285
<b>12. DECOMISO DE ACTIVOS INVOLUCRADOS EN EL DELITO</b>	<b>285</b>
<b>13. CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A PERSONAS JURÍDICAS</b>	<b>290</b>
<b>14. LOS DELITOS PERIFÉRICOS AL LAVADO DE ACTIVOS</b>	<b>299</b>
<b>15. LA OMISIÓN DE REPORTE DE TRANSACCIONES U OPERACIONES SOSPECHOSAS</b>	<b>297</b>
15.1 objeto de la criminalización	299
15.2 modelos de criminalización	298

15. 3. el caso peruano	299
15.4 El delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas en el decreto legislativo 1106	301
15.4.1 Delito de Omisión Dolosa	303
15.4.1.1 tipicidad objetiva	303
15.4.1.2 tipicidad subjetiva	309
15.4.2 Delito de Omisión Culposo	310
15.4.2.1 Principales Características Típicas	311
15.4.3. Penalidad	314
<b>16. REHUSAMIENTO, RETARDO Y FALSEDAD EN EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN</b>	<b>314</b>
16.1 Antecedentes de la criminalización	314
16.2 Naturaleza jurídica y función político criminal	316
16.3 Tipicidad Objetiva	316
16.4 Tipicidad subjetiva	318
16.5 Consumación del delito	318
16.6 Circunstancias Agravantes	319
16.7 Penalidad	319
<b>17. DISPOSICIONES PROCESALES EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1106</b>	<b>319</b>
<b>18. DESARROLLOS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS</b>	<b>327</b>



## 1. UNA BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

La legislación penal peruana contra el lavado de activos ha transitado por diferentes estaciones normativas buscando una adecuada tipificación y sanción para esta compleja modalidad delictiva. A continuación haremos un breve recuento de ese proceso evolutivo.

Un primer suceso importante fue la aprobación en Viena, en diciembre de 1988, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, la cual marco el inicio formal de la criminalización internacional del delito de lavado de activos. El Perú, por aquel entonces, se encontraba avocando a un proceso de reforma y sustitución del Código Penal de 1924. Sin embargo, los proyectos de Código Penal publicados entre julio de 1990 y enero de 1991, no incorporaron en su articulado disposiciones referidas a la criminalización del lavado de activos (Cfr. Arts. 290º a 297º del Proyecto de Código Penal de 1991. Publicado como separata especial en el Diario El Peruano, edición del 20 de enero de 1991). Al promulgarse un nuevo Código Penal en abril de 1991 el articulado de la Parte Especial omitió también tipificar las operaciones de lavado de activos (Cfr. Arts. 296º a 303º del texto original del Código Penal de 1991, promulgado por Decreto Legislativo 635 del 8 de abril de 1991). Ahora bien, para poder entender esta actitud del legislador nacional es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) El Código Penal de 1991 al regular sobre los delitos al tráfico ilícito de drogas, optó por trasladar las hipótesis típicas previstas en el Capítulo V del Decreto Ley 22095, cuyos supuestos habían sido modificados en 1981 por el Decreto Legislativo 122.
- b) La única reforma introducida en los delitos de tráfico ilícito de drogas afectó exclusivamente al artículo 296º y para la redacción de este dispositivo se receptionaron los contenidos del artículo 344º del Código Penal Español derogado. Esta norma penal había sido modificada por las Reformas de Urgencia que tuvieron lugar de 1983.

Como se puede inferir las fuentes legales seguidas por el Código Penal de 1991 eran anteriores a la Convención de Viena y a sus estrategias de criminalización. Por consiguiente, pues, era explicable que no se impulsara desde la renovada legislación penal peruana la represión específica del delito de lavado de activos.

No obstante, hechos posteriores fueron creando las condiciones adecuadas para la incorporación de dicho delito al derecho penal nacional. Por ejemplo, en mayo de 1991 el Estado Peruano suscribió un Convenio Bilateral de interdicción del tráfico ilícito de drogas con los Estados Unidos de Norteamérica. Este documento que fue aprobado por Decreto Supremo 100-01-PCM consignaba en el literal h) del apartado 27, como acción prioritaria contra el narcotráfico: *“Luchar contra el enriquecimiento ilícito procedente de varias fuentes y el ocultamiento o lavado de recursos ilegales, a través de medios tales como sistemas de contabilidad adecuados de las instituciones financieras, intercambio internacional de información que incluya los documentos de transacciones financieras, investigaciones a nivel nacional e internacional, cooperación en materia de observancia de la ley e investigación de injustificados signos exteriores de riqueza”*

Otros hechos coadyuvantes a la criminalización específica del delito de lavado de activos en el derecho penal nacional, fueron la participación peruana en el grupo de expertos que convocó la CICAD-OEA para la elaboración de un Reglamento Modelode legislación continental que recomendó la reunión de Ixtapa (Cfr. Verónica Fernandini. Narcotráfico: Lavando lo ilegal, en Suplemento Economía y Derecho del Diario Oficial El Peruano, edición del 3 de marzo de 1992, p. B-8 y ss.). Y, también, la ratificación formal de la Convención de Viena por el Congreso de la República a través de la Resolución Legislativa 25352 del 23 de setiembre de 1991. Estos diferentes sucesos alinearon, pues, definitivamente al derecho interno nacional con las principales tendencias internacionales

que patrocinaban la criminalización del lavado de activos. Es así que el 8 de noviembre de 1991 se promulgó el **Decreto Legislativo 736** que adicionó dos artículos a la Sección II, del Capítulo III, del Título XII del Código Penal, dedicada al delito de tráfico ilícito de drogas. Estos dispositivos fueron incorporados como artículos 296<sup>º</sup> A y 296<sup>º</sup> B. La función político penal que se les asignó fue la de criminalizar específicamente los actos de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas. En la exposición de motivos el legislador nacional procuró justificar su decisión recurriendo a argumentos similares a los tradicionalmente utilizados para explicar las frecuentes y repentinas modificaciones ocurridas en la legislación penal contra el tráfico ilícito de drogas. En ese sentido, se hizo referencia a la condición novedosa de los hechos criminalizables; a la voluntad política del Estado de reprimir severamente el tráfico ilícito de drogas y sus conductas conexas; a la ineficacia de las normas vigentes sobre la materia; así como a la necesidad de cumplir con los acuerdos internacionales suscritos por el Perú. Al respecto, son elocuentes los siguientes considerandos del Decreto Legislativo 736: *“Que el Estado no puede permanecer indiferente ante esta amenaza por lo que es imprescindible adoptar medidas legales para contrarrestarla definiendo con precisión las nuevas conductas delictivas que se relacionan con los bienes, productos o beneficios ilegales que se obtienen como consecuencia del proceso de comercialización de drogas, así como el movimiento de estos capitales para evitar su reciclaje al volver a ingresar al circuito económico del país mediante operaciones de lavado de dinero, lo que amerita describir el tipo básico respectivo, indicando taxativamente aquellas circunstancias específicas que permitan apreciar al Juzgador las agravantes o atenuantes de la pena.*

*Que constituyendo el tráfico ilícito de drogas un delito de acción múltiple que menoscaba las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, se hace necesario atacarlo desde sus estructuras financieras y logísticas, privando a las personas dedicadas a esta actividad de las ganancias o productos derivados del narcotráfico, eliminando así su principal incentivo, cual es el ánimo de lucro”.*

La técnica legislativa que se utilizó en el Decreto Legislativo 736 buscaba identificar al nuevo delito de lavado de activos a través de dos modalidades de ejecución. La primera, tipificada en el artículo 296<sup>º</sup> A, incluía los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de activos originados o derivados del tráfico ilícito de drogas. Y, la segunda, descrita por el artículo 296<sup>º</sup> B, contemplaba los actos de lavado de activos que se realizarán mediante el sistema de intermediación financiera o a través de operaciones de repatriación de capitales. Sin embargo, la redacción de ambos tipos legales resultó ser muy deficiente. En efecto, con fórmulas exageradamente casuísticas y engorrosas el legislador aspiraba a una tipificación omnicomprensiva capaz de cubrir todos los actos posibles que materializarán operaciones de lavado de activos. La escasa calidad y claridad de las normas del Decreto Legislativo 736 permitían reconocer que su fuente legal no era la Convención de Viena, ya que las hipótesis típicas del lavado de activos en dicho instrumento internacional eran mucho más precisas y mejor estructuradas. Tampoco se habían recepcionado las propuestas de tipificación que recomendaban los proyectos de Reglamento Modelo de la CICAD. En consecuencia, pues, la primera tipificación del lavado de activos en el Perú no se hizo bajo el influjo de los modelos de regulación propuestos, por aquel entonces, en los acuerdos multilaterales de la materia. En ese contexto, por ejemplo, los tipos penales nacionales se referían a actos de *“pignoración”* o a referencias subjetivas como la expresión *“o lo hubiera sospechado”*, los que eran desconocidos para la Convención de Viena como para el Reglamento Modelo de la CICAD. En realidad la fuente legal de este primer antecedente de criminalización primaria del lavado de activos en nuestro país, fue la cuestionada Ley Argentina 23.737 del 21 de setiembre de 1989. Efectivamente, en el artículo 296<sup>º</sup> A del Código Penal peruano se reproducía de manera casi textual lo contenido por el artículo 25<sup>º</sup> de la citada ley argentina. El texto de dicha disposición legal extranjera era el siguiente: *“Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos mil australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias,*

*cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado.*

*Con la misma pena será reprimido el que comprare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado".* Por su parte, la redacción de artículo nacional fue muy similar :

*"El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia, o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellas o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, con ciento veinte a trescientos días de multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.*

*El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena"*

Fueron varias las críticas que mereció la regulación argentina del delito de lavado de activos. Por ejemplo, ZAFFARONI sostenía que la redacción del artículo 25º de la Ley 23.737, *"extiende el encubrimiento en forma que altera gravemente las reglas del principio de culpabilidad"* (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Política Criminal en Material de Drogas en la República Argentina, en Nuevo Foro Penal Nº 54, 1991, p. 464). Dicho cuestionamiento resultó también aplicable al artículo peruano 296º A, con el agravante de que nuestro legislador estableció sanciones más severas que las consignadas por su homólogo argentino. Pero, además, la regulación peruana omitió incluir el párrafo cuarto del artículo 25º de la Ley 23.737, el cual procuraba un paliativo legal ante los riesgos potenciales de arbitrariedad que proyectaba la excesiva amplitud de la fórmula típica utilizada. En efecto, según el párrafo citado : *"El Tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descritos en la presente ley. Durante el proceso el interesado podrá probar su legítimo origen en cuyo caso el Tribunal ordenará la devolución de los bienes en el estado en que se encontraban al momento del aseguramiento o en su defecto ordenará su indemnización".*

Lamentablemente el Decreto Legislativo 736 no fue debidamente evaluado por los juristas nacionales que se ocuparon del tema. Tampoco se criticó sus inconsistencias e incongruencias con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. (Cfr. Luis Lamas Puccio. Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero. Didi de Arteta. Lima. 1992, p. 139 y ss). Por ejemplo, resultaba incoherente que el párrafo tercero del artículo 296º B al disponer que *"Las penas consideradas en los artículos precedentes se duplicarán si se comprueba que los ilícitos penales están vinculados con actividades terroristas"*, permitiera que la penalidad resultante pudiera, en determinados casos, exceder del máximo genérico previsto para las penas privativas de libertad que contemplaba el hoy suprimido artículo 29º del Código Penal. Sin embargo, la pasiva recepción del Decreto Legislativo 736 por la doctrina especializada, contrastó abiertamente con la agresiva actitud de rechazo que dicho dispositivo suscitó entre otros actores sociales. Al respecto, el Congreso de la República cuestionó la necesidad de estas reformas normativas e incluso se crítico el uso en la redacción del texto legal de términos inapropiados y de connotación *"gansteril"* (Cfr. Pedro A. Flores Polo. Lavado de Dólares es una Modalidad de Narcotráfico, en el diario oficial El Peruano, edición del 26 de diciembre de 1991, p. A-3 ; Documento Parlamentario del Senado publicado en el diario oficial El Peruano, edición del 8 de diciembre de 1991, p. A-5.).

Pero, en realidad, la reacción del Congreso contra el Decreto Legislativo 736 no partía de sus deficiencias de técnica legislativa, ni mucho menos obedecía a su denominación criminológica. En realidad lo que se objetaba al dispositivo legal citado era su significado político. El Congreso de la República consideraba que el Decreto Legislativo 736 al ser parte de una avalancha de normas legales promulgadas por el Poder Ejecutivo, al amparo de facultades delegadas, constituía una ingerencia

desmedida sobre sus competencias legislativas. Por esa razón, el Poder Legislativo decidió no ratificar dicho decreto legislativo y reemplazarlo por una ley que asimilaba el delito de lavado de activos a una hipótesis agravada de receptación patrimonial (Cfr. Documento Parlamentario del Senado... Ob. cit.). Es en ese contexto que el 25 de febrero de 1992 fue promulgada la **Ley 25404** que modificó el artículo 195º del Código Penal sobre formas calificadas del delito de receptación tipificado en el artículo 194º. El texto modificado quedó de la siguiente manera:

*“La pena privativa de libertad será:*

- 1. No menor de 2 ni mayor de 6 años y treinta a noventa días multa, cuando se trata de bienes de propiedad del Estado destinados al servicio público o cuando el agente se dedica al comercio de objetos provenientes de acciones delictuosas no comprendidas en el inciso 2)*
- 2. No menor de 6 ni mayor de 15 años y de 180 a 365 días multa, e inhabilitación conforme al artículo 36º incisos 1), 2) y 4) cuando se trate de bienes provenientes de delitos de tráfico ilícito de drogas o terrorismo.”*

Ahora bien, esta segunda manera de tipificar los actos de lavado de activos en nuestra legislación tuvo una existencia efímera que concluyó con los sucesos del 5 de abril de 1992 y que determinaron la ruptura del sistema democrático. Sin embargo, su breve vigencia no debe llevarnos a evitar su evaluación crítica. Sobre el particular, las observaciones que cabe formular a la Ley 25404 son múltiples. De inicio, por ejemplo, se debe objetar la falta de información del legislador de aquel entonces, en torno a la dinámica y operatividad del lavado de activos. Estas resultaban incompatibles con la estructura típica de la receptación patrimonial regulada en términos tan convencionales como los incluidos en el artículo 194º del Código Penal (Sobre los problemas dogmáticos de asimilar el lavado de activos al delito de receptación, véase: José de Faria Costa O Branqueamento de Capitais, en Jornadas de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1992, p. 12 y ss. ; Günter Arzt. Gedwäsche und rechtsstatlicher Verfall, en Juristen Zeitung N° 19, 1993, p. 913 y ss.). Por tanto, devenía en inadecuada la decisión legislativa de calificar al lavado de dinero como un supuesto agravado, que, por consiguiente, quedaba enlazado con la realización típica de los actos previstos por un tipo básico de receptación que no respondía a las características de aquella nueva forma de criminalidad. En segundo lugar, el modelo de regulación del lavado de activos adoptado por la Ley 25404 dejaba de lado toda consideración particular sobre el uso del sistema financiero en el modus operandi del lavado de dinero, asimismo se excluían, también, las posibilidades de flexibilizar el secreto bancario y la reserva tributaria para la investigación criminalístico-financiera de dicho delito. En todo caso, si el legislador nacional, en ese periodo, entendía que el lavado de dinero no era más que una forma algo sofisticada de la tradicional receptación patrimonial, hubiera sido preferible que optara por una solución más técnica como la de elaborar una fórmula autónoma a título de receptación específica o impropia, como ocurrió en el derecho penal español, primero en 1988 a través de la inclusión del artículo 546º bis f en el Código Penal derogado (Cfr. José Luis Ripollés. Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas. Madrid. 1989, p. 135). Y, posteriormente, con el artículo 301º del Código Penal de 1995 donde si bien aparecen sistemáticamente reunidos la receptación y el lavado de activos, al que escrupulosamente se le tildó de *“conducta afín”*, la descripción típica de este último delito era completamente autónoma ( Cfr. Eduardo Fabián Caparrós. El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Colex. Madrid. 1998., p. 357 y ss.). De esa manera, pues, recurriendo a un tipo penal independiente, el legislador peruano pudo haber criminalizado las modalidades de receptación sustitutiva, receptación retributiva y en menor medida la receptación en cadena, formas ejecutivas que frecuentemente se emplean en los actos de lavado de activos. Sin embargo, al mantener como tipo básico la hipótesis del artículo 194º del Código Penal sobre receptación hacía menos factible la represión de tales supuestos. Ahora bien, las incoherencias de la ley 25404 fueron claramente advertidas y criticadas por los comentaristas nacionales. Así, por ejemplo, FLORES POLO, observó la errada percepción criminológica del legislador señalando que: *“La receptación es*

*ajena al narcotráfico. Su significado alcanza a ocultar o encubrir cosas que son materia de delito, después de haberse cometido éste, y siempre referida a delitos contra el patrimonio. El Senado califica como delito contra el patrimonio (Art. 195º del Código Penal) a lo que en realidad es parte del complejo delito de narcotráfico (Arts. 296º a 303º del Código Penal)”* (Pedro Flores Polo. Ob. cit., p. A3). Por su parte, LAMAS PUCCIO rechazó las limitaciones técnicas de la ley aclarando que: *“El lavado de dinero no comprende una simple negociación de bienes respecto de delitos considerados como comunes, sino de la puesta en práctica de sofisticadas y complejas operaciones financieras de gran envergadura...No hay ningún tipo de mención a la suspensión del secreto bancario, como lo establecen todas las normas de derecho comparado sobre la materia”*. (Ob. cit., p. 145). En conclusión, pues, la Ley 25404 significó un claro retroceso en la criminalización nacional del lavado de activos, al alejar considerablemente a nuestro Sistema Penal de las tendencias internacionales y al hacer poco práctica la persecución y represión de dicho delito.

Luego del autogolpe de Alberto Fujimori del 5 de abril de 1992, se constituyó en el país el autodenominado *“Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”*. Entre sus primeras decisiones de política penal, este régimen de facto promulgó sucesivas normas destinadas a potenciar la criminalización del narcotráfico (Cfr. Inc. 5º del artículo 2º del Decreto Ley 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, del 6 de abril de 1992). En ese contexto, se dictaron los Decretos Leyes 25426 y 25427 sobre la operatividad de las Fuerzas Armadas en las zonas cocaleras del Alto Huallaga (Cfr. Arts. 2º, 3º y 4º del Decreto Ley 25426 del 9 de abril de 1992; Arts. 1º y 2º del Decreto Ley 25427 del 9 de abril de 1992; Arts. 1º, 2º y 3º del Decreto Ley 25626 del 21 de julio de 1992). También se modificó el articulado del Código Penal concerniente a la represión del tráfico ilícito de drogas a través de los Decretos Leyes 25428 y 25429 del 10 de abril de 1992. Fue el **Decreto Ley 25428**, el utilizado para volver a incluir entre los delitos de tráfico ilícito de drogas de la Sección Segunda, del Capítulo III, del Título XII, de la Parte Especial del Código Penal, una renovada tipificación del delito de lavado de activos. En esta ocasión con una versión, también remozada, de los mismos artículos 296º A y 296º B, que habían sido derogados por la Ley 25404, la cual, dicho sea de paso, quedó a su vez abrogada por el citado Decreto Ley. Este último hecho jurídico generó, sin embargo, un lamentable efecto sustitución, pues al derogarse tácitamente el artículo 195º del Código Penal se suprimieron de manera absurda y negligente las agravantes del delito de receptación patrimonial. Posteriormente, la Ley 26223 que fue promulgada el 20 de agosto de 1993, modificó ligeramente la redacción del artículo 296º B sobre conversión o transferencia de bienes a través del sistema de intermediación financiera.

Esta reforma legal también introdujo como única pena conminada para estos casos de lavado de activos la de cadena perpetua. Con esta última modificación la punibilidad del delito de lavado de activos quedó estabilizada al interior del Código Penal peruano, cerrándose así la primera etapa de la evolución normativa de dicho delito, antesala de la Ley 27765. La redacción de los tipos penales en ese contexto fue la siguiente:

#### **a) Actos de Conversión, Transferencia y Ocultamiento de bienes (Art. 296ºA)**

*“El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de dieciocho años, y con ciento veinte a trescientos días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º incisos 1, 2 y 4.*

*El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena.*

#### **b) Actos de Conversión o Transferencia por el Sistema Financiero (Art. 296º B)**

*“El que interviene en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena de cadena perpetua.*

*La misma pena de cadena perpetua se aplicara en los casos en que el agente esté vinculado con actividades terroristas, o siendo miembro del sistema financiero actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero.*

*En la investigación de los delitos previstos en esta ley, no habrá reserva o secreto bancario o tributario alguno. El Fiscal de la Nación siempre que exista indicios razonables solicitará de oficio o a petición de la autoridad policial competente, el levantamiento de estas reservas, asegurándose previamente que la información obtenida sólo será utilizada en relación con la investigación financiera de los hechos previstos como tráfico ilícito de drogas y / o su vinculación con el terrorismo.*

Con relación a estos dispositivos basta señalar que se trataba de tipos legales autónomos y que no tenían conexión alguna con la hipótesis delictiva que se tipificaba en el artículo 296º. Incluso entre los mismos artículos 296º A y 296º B no existía tampoco una dependencia normativa que permitiera sostener que uno era un tipo penal derivado o agravado del otro, ya que la redacción de ambas disposiciones describía un *modus operandi* claramente diferenciado por sus componentes objetivos y subjetivos. Cabe destacar que en esta primera etapa de la criminalización primaria del lavado de activos en el Perú, el legislador nacional sólo tipificó modalidades dolosas. De esta manera, pues, los actos de conversión o transferencia de bienes provenientes o derivados del tráfico ilícito de drogas que se ejecuten bajo efectos de un error de tipo o por el actuar culposo del agente eran atípicos. Por lo demás, la incorporación en los sistemas jurídicos internos de tipos penales culposos de lavado de activos recién se produce en la segunda mitad de los años noventa. Ahora bien, la tipificación contenida en los artículos 296º A y 296º B, siguiendo a su fuente argentina y a las propuestas iniciales del Reglamento Modelo de la CICAD, mantuvo al delito de lavado de activos conectado exclusivamente con los capitales ilícitos provenientes del tráfico ilícito de drogas. No obstante, las normas nacionales incluyeron también como delito precedente al **narcoterrorismo**. Esta categoría criminal era desconocida por el derecho comparado de la época y su conceptualización era muy diferente de la que hoy corresponde al delito de financiación del terrorismo. En efecto, por narcoterrorismo se identificaba a la actividad terrorista desplegada en Colombia por el Cartel de Medellín a mediados de los años ochenta. Asimismo, se aludía con esa denominación a las operaciones de tráfico de drogas que se atribuían a los movimientos subversivos que actuaban en esa época en Centroamérica y en algunos países sudamericanos como el Perú.

Otro antecedente importante que debemos mencionar fue el **Ante Proyecto de Nueva Ley General de Drogas** que redactó una Comisión Multisectorial en 1993 y que fue escasamente difundido. Este documento proponía algunos cambios importantes en la configuración de la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos. Por ejemplo, se sugería eliminar la posibilidad típica del dolo eventual e incorporar un elemento subjetivo especial distinto del dolo, que a modo de tendencia interna trascendente exigía que la conducta del agente se orientara al objetivo **de ocultar o encubrir el origen ilícito** de los activos. Además, este documento prelegislativo sistematizaba mejor las conductas criminalizadas logrando con ello una redacción de mayor claridad. En efecto, en cuatro artículos se regulaban por separado los siguientes supuestos:

1. Conversión, transferencia u ocultamiento de bienes y beneficios (Art. 9º)
2. Adquisición, posesión o utilización de bienes y beneficios ( Art. 10º)
3. Circunstancias Agravantes ( Art. 11º)
4. Financiamiento del terrorismo con fondos del narcotráfico (art. 12º)

Sobre la técnica legislativa empleada en este ante proyecto, resulta representativo citar el contenido del tipo penal correspondiente al primero de los delitos mencionados: *“El que convierta o transfiera bienes o beneficios, a sabiendas de que los mismos proceden de alguno de los delitos contemplados en los artículos anteriores, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de aquellos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de doce años, y con ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1), 2) Y 4) del Código Penal.*

*Será reprimido con las mismas penas el que oculta o encubra la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o beneficios o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos contemplados en los artículos anteriores”.*

Ahora bien, en cuanto a **legislación preventiva antilavado**, y hasta antes de la promulgación de la Ley 27693 en abril de 2002, el caso peruano era muy especial. En efecto, si bien nuestro país fue de los primeros que en la Región criminalizaron de manera autónoma de delito de lavado de activos, también fue de los últimos en establecer medidas administrativas de control y prevención. Es así, por ejemplo, que desde junio de 1988 hasta finales de 1997, era posible y legal la repatriación de moneda extranjera a través del sistema financiero, con exenciones tributarias y **“sin especificación de procedencia y de origen”** (Cfr. Decreto Supremo 094-88-EF del 29 de junio de 1988 y Ley 26710 del 22 de diciembre de 1996).

El surgimiento de de normas preventivas antilavado ocurrió recién en la segunda mitad de la década de los noventa, con la promulgación el 9 de diciembre de 1996 de la **Ley 26702**. Esto es, con la puesta en vigencia de la **Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros**. Entre los artículos 375º a 378º de esta norma legal, se delinearon las primeras políticas y medidas que deberían orientar al sistema de intermediación financiera para la detección y el reporte de transacciones sospechosas de estar lavando activos de procedencia ilícita. Con relación a dicha normatividad cabe precisar que ella se limitaba a reproducir las principales políticas y estrategias definidas en los acuerdos internacionales y regionales. En ese contexto, pues, era notoria la influencia de las recomendaciones que al respecto contenía el Reglamento Modelo de la CICAD, el cual, desde 1992, venía promocionando la configuración de sistemas preventivos acorde con los estándares establecidos por el Grupo de Acción Financiera Internacional.

Las principales políticas y medidas que consideró la Ley 26702 fueron las siguientes:

- Identificación de clientes ( Artículo 375º)
- Mantenimiento de registros (Artículo 377º)
- Disponibilidad de los registros (Artículo 376º)
- Registro y notificación de transacciones en efectivo (Artículo 377º)
- Comunicación de transacciones sospechosas ( Artículo 378º).

Un aspecto importante fue la inclusión de una norma de exclusión de responsabilidades para los funcionarios o empleados bancarios que reportaran a la autoridad competente las transacciones sospechosas que hubieren detectado, sea cual fuese el resultado de las investigaciones que dicho reporte hubiere generado. **Estacausa de justificación** regulada por el inciso 4º del artículo 378º tenía su fundamento en la realización de un deber especial que la legislación antilavado imponía a los operadores de la intermediación financiera. Además, se trataba de actos que daban estricto cumplimiento a lo dispuesto por la ley ( Cfr. Artículo 20º, Inciso 8º del Código Penal). Por lo demás, con esta justificante legal se amparaba y fortalecía la colaboración de los operadores bancarios, siempre y cuando sus comunicaciones se produjeran bajo el auspicio del principio del **buen**

**criterio y la buena fe.** En consecuencia, quedaba claro que aquellos reportes falsos, irrazonables, innecesarios o formulados únicamente con el ánimo de ofender el honor de las personas, si deberían de afrontar las consecuencias penales, civiles o administrativas correspondientes. En la legislación extranjera de aquel entonces se optaba, también, por igual tratamiento. Así, por ejemplo, el artículo 11º párrafo 1º de la Lei Brasileira 9.613 se establecía lo siguiente: “*As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa*”. Al respecto, BLANCO CORDERO distinguía con precisión estos supuestos: “*... es preciso diferenciar dos situaciones distintas respecto de la presentación de una comunicación. En primer lugar, la presentación de mala fe de hechos verdaderos no exime de responsabilidad. Informar a las autoridades de hechos no sospechosos por motivos desleales -por ejemplo, para retrasar la concesión de un crédito, etc.-, genera, como venimos diciendo, responsabilidad del empleado o directivo, ya sea penal ( descubrimiento y revelación de secretos), civil o administrativa. En segundo lugar, la comunicación de hechos falsos puede generar responsabilidad civil, administrativa e incluso penal de los empleados y directivos de la institución*” (Cfr. Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Editorial Comares. Granada. 1999, p. 216).

La Ley Nº 26702 también señalaba en su artículo 379º, inciso 1º, que los empleados bancarios que incurrieran en actos de lavado de activos conforme a lo dispuesto en los artículos 296º A o 296º B del Código Penal, serían sancionados con severidad. Esta disposición establecía, pues, una especie de circunstancia agravante especial en razón a la condición personal del agente. La norma consideraba que aquellos asumían una situación equivalente de garantes del sistema financiero frente a los actos de lavado de activos, lo que ameritaba un mayor desvalor de la conducta ilícita. Sin embargo, dicha previsión legal carecía de eficacia al no estar incorporada en el Código Penal y porque la penalidad única contemplada para el delito tipificado en el artículo 296º B, era cadena perpetua. Además, la aludida Ley reguló una modalidad de **responsabilidad accesoria** para las empresas financieras por los delitos del artículo 296º B del Código Penal, que fueran cometidos por sus empleados y funcionarios durante o con ocasión del ejercicio de sus actividad operativas o de gestión. Esta disposición de alguna manera recordaba la aplicación, para estos casos, de las consecuencias accesorias que se regulaban en la legislación penal (Cfr. Artículos 104 y 105 del Código Penal). Al respecto, el inciso 2 del artículo 379º establecía lo siguiente: “*Las empresas del sistema financiero son responsables, conforme a derecho, por los actos de sus empleados, funcionarios, directores u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en la comisión de cualquier delito previsto en el artículo 296 B del Código Penal. Esa responsabilidad puede determinar, entre otras medidas, la imposición de una multa, o la suspensión o revocación de la autorización de funcionamiento*”. Finalmente, en su artículo 380º la Ley 26702 disponía la implementación en las unidades de intermediación financiera de un **programa de prevención de cumplimiento obligatorio**. Con él los bancos tendrían que integrar acciones y procedimientos para la difusión y la capacitación de sus empleados y funcionarios en las estrategias y obligaciones de prevención antilavado. Igualmente, para organizar y supervisar estos programas y su aplicación efectiva, la legislación ordenaba a los bancos la creación de una instancia especializada con rango gerencial: **el oficial de cumplimiento**. Correspondiendo también a este órgano, la recepción de los reportes de transacciones sospechosas y su comunicación al Fiscal de la Nación, para los fines de investigación y denuncia de los delitos de lavado de activos. Como explicaba LAMAS PUCCIO este funcionario estaba legalmente obligado a “*emitir anualmente un informe sobre la situación del sistema de prevención y cumplimiento*” dentro de la empresa financiera donde ejercía sus funciones (Cfr. Luis Lamas Puccio. Transacciones Financieras Sospechosas. Banco Continental. Lima. 2000, p. 117).

Por último, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, otorgó a la Superintendencia de Banca y Seguros, en su artículo 381º, un importante abanico de obligaciones y facultades que fortalecían y dinamizaban su ingerencia en el control y regulación de las medidas antilavado. Entre ellas cabe destacar las siguientes:

- a. Prevenir la gestión y operación de una empresa financiera por personas que estén ligadas a actividades ilegales o de dudosa legalidad.
- b. Verificar que las empresas financieras implementen los programas preventivos antilavado exigidos por la ley.
- c. Dar instrucciones al sistema financiero para detectar las transacciones sospechosas de parte de sus clientes.
- d. Cooperar con las autoridades nacionales y extranjeras en las investigaciones, procesos y actuaciones referentes a delitos de tráfico ilícito de drogas o lavado de activos.

En la Ley 26702 también se diseñó un sistema de apoyo a las funciones de supervisión y prevención antilavado que se encomendaban a la Superintendencia de Banca y Seguros. Este sistema complementario estaba conformado por los oficiales de cumplimiento que operaban en cada banco; por los órganos de auditoría interna; y por las empresas clasificadoras de riesgo. Estas últimas, por ejemplo, deberían incluir en sus evaluaciones sobre la calidad de gestión de las empresas, el grado de idoneidad y eficiencia de sus sistemas de prevención del lavado de activos.

Otro precedente de la legislación preventiva del lavado de activos en el Perú fue el **Reglamento para La Prevención del Lavado de Dinero en el Sistema Financiero**. Este documento fue aprobado por la Resolución N° 904-97-SBS de la Superintendencia de Banca y Seguros, del 31 de diciembre de 1997. En él se desarrollaron de manera detallada los alcances de las medidas preventivas que se habían regulado en la Ley 26702. Especialmente, de aquellas relacionadas con las obligaciones de registro de transacciones en efectivo, así como los criterios referentes al conocimiento del cliente, y lo atinente a los procedimientos para la comunicación de transacciones sospechosas. Asimismo, en este Reglamento se dispuso la obligación de todo banco de contar con un **Código de Conducta** y con un **Manual para la Prevención del Lavado de Dinero**. Cabe señalar que inicialmente el Reglamento establecía la obligación de registrar toda operación bancaria con dinero en efectivo que involucrara cantidades superiores a 30,000 nuevos soles o a 150,000 nuevos soles si éstas se realizaban mediante transacciones múltiples y mensuales. Sin embargo, esta obligación fue repentinamente suspendida el 30 de julio de 1998 mediante la Resolución SBS N° 731-98. Casi tres años después, fue reestablecida mediante Resolución SBS N° 477-2001 del 22 de junio de 2001. En esta ocasión los topes de dinero en efectivo se señalaron en US \$ 10,000 y US \$ 50,000 dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, respectivamente. Ahora bien, en el numeral 3.3 del Reglamento se regulaba el procedimiento que se debía observar para el reporte de transacciones sospechosas. Con relación a ello se señalaba lo siguiente: *“Las Empresas comunicarán al Fiscal de la Nación las transacciones que, según su buen criterio, sean consideradas sospechosas, con copia a esta Superintendencia, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario de haberlas detectado.....”*. Era evidente que el plazo para el reporte resultaba excesivo y podía afectar las metas de oportunidad y prevención que la normatividad perseguía con las medidas de reporte. Cabe señalar que el plazo de 30 días fue luego ratificado por la Resolución SBS N° 0144-2000 y se ha mantenido hasta la actualidad, pese a que en el derecho extranjero eran mucho más reducidos. Por ejemplo, la legislación brasileña consideraba sólo 24 horas (Cfr. Artículo 11° apartado II de la Lei N° 9.613 de 1998). La normatividad derivada del Reglamento de Prevención de la Superintendencia de Banca y Seguros, fue complementándose con reglas internas que fueron formalizadas por los propios bancos a través de **Manuales de Procedimientos de Prevención del Lavado de Dinero y Códigos de Conducta**. En los primeros, sobretodo, se incluían detallados listados de tipologías que ayudaban a la identificación de operaciones inusuales sospechosas (señales de alerta). La utilidad operativa de estas últimas y su difusión permanente, ayudaban, además, a inferir la naturaleza dolosa del comportamiento funcional de un empleado bancario que omitía un reporte o ejecutaba una transacción que calzaba en aquellos manuales como típicamente sospechosa.

Sin embargo, hasta ese entonces, era evidente que la normatividad nacional contra el lavado de activos padecía aún de apreciables defectos de técnica legislativa y de sensibles restricciones que

afectaban su efectividad político-criminal. De otro lado, las limitadas disposiciones de prevención hacían poco compatible y eficaz los intentos de controlar este tipo de comportamiento criminal. En ese contexto, pues, la escasa doctrina nacional sobre la materia al denunciar tales falencias de la legislación nacional sugirió, en más de una ocasión, la aplicación de reformas inmediatas que la aproximasen, cuando menos, a los estándares hemisféricos promovidos por la CICAD-OEA (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. El Delito de Lavado de Dinero. Su Tratamiento penal y Bancario en el Perú. IDEMSA. Lima. 1994, p. 88 y ss). Por ejemplo, por aquel entonces, nosotros recomendábamos la aplicación de las siguientes reformas:

1. Que el delito se ubique en un título independiente del Código Penal, extrayéndolo de la influencia sistemática de la criminalización del tráfico ilícito de drogas, a fin que el legislador pueda considerar también como objeto de acción del delito los efectos o ganancias provenientes o derivados de otras formas de criminalidad (tráfico de menores, proxenetismo internacional, enriquecimiento indebido, tráfico de armas, etc.).
2. Que se reelaboren los tipos legales de manera que puedan definirse con mejor precisión y alcance las conductas criminalizadas. Asimismo, el legislador debe delinear las circunstancias calificantes del delito.
3. Que se elaboren normas específicas para el decomiso de los bienes objeto del delito, y para la ejecución de las medidas accesorias que puedan recaer sobre personas jurídicas cuya organización o administración ha sido empleada para la comisión del delito.
4. Que se incluyan disposiciones de carácter procedimental, que sirvan para cautelar los derechos patrimoniales de los terceros de buena fe que se vean circunstancialmente involucrados en la adquisición, transferencia o tenencia de bienes objeto del delito.
5. Que se reelaboren las disposiciones sobre secreto bancario y reserva tributaria vigentes, a fin de hacerlas compatibles con la investigación financiera del lavado de dinero. Asimismo, que se regule que otros órganos del Ministerio Público, con autorización del Fiscal de la Nación, puedan solicitar el levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria.
6. Que se regule la obligación de los integrantes del sistema de intermediación financiera, de colaborar con la prevención del delito de lavado de dinero.

Lamentablemente, la falta de voluntad política para materializar los cambios necesarios que demandaba nuestra legislación de prevención y represión del lavado de activos, fue aprovechada, luego, para viabilizar muchas de las acciones delictivas contra la administración pública, que tuvieron lugar durante la década de la dictadura de Alberto Fujimori. En efecto, la traumante experiencia del **CASO MONTESINOS** permitió evidenciar las múltiples disfunciones y lagunas del derecho nacional, al descubrirse o constatarse los siguientes hallazgos y limitaciones:

1. **Insuficiencia en la tipificación del delito.** Muchos de los ingresos ilícitos que fueron transferidos al exterior o invertidos y transformados en el país, provenían de actos de corrupción y no del tráfico ilícito de drogas. Esta procedencia ilícita limitaba que estas conductas pudieran ser calificadas como operaciones de lavado de activos. Sin embargo, para impedir la impunidad de estos actos se les tuvo que subsumir en tipos penales alternativos como formas del encubrimiento real o la receptación patrimonial.
2. **Limitada regulación de la obligación de reporte de transacciones sospechosas.** Las operaciones de adquisición con dinero en efectivo de lujosos inmuebles, joyas, vehículos, etc., por funcionarios públicos y sus familiares, al realizarse fuera del sistema de intermediación financiera no eran alcanzadas por los controles y las obligaciones del reporte.

3. **Ausencia de supervisión y sanción de la omisión del reporte de transacciones sospechosas.** Muchas transferencias dirigidas a la conversión y ocultamiento de capitales de origen ilegal, se realizaron a través de agencias de intermediación financiera nacionales o con el concurso triangulizado de representantes de la banca *off shores*. Pese a lo altamente sospechoso de las operaciones los sujetos obligados no cumplieron con los controles pertinentes ni reportaron ni dejaron de ejecutar la transacción requerida. Es de recordar que las investigaciones en nuestro país contra Montesinos no se iniciaron por reportes de las agencias de intermediación financiera nacionales, sino que ellas se originaron por la detección de transacciones sospechosas que reportó la banca helvética a las autoridades suizas competentes, las que, luego, requirieron en asistencia judicial mutua apoyo informativo a las autoridades peruanas.
4. **Carencia de estructuras operativas y procedimientos para la investigación y seguimiento de operaciones de lavado de activos.** Al comenzar las investigaciones y seguimientos del dinero producto de la corrupción y que fuera transferido al extranjero, las instancias oficiales de persecución y procesamiento debieron incorporar pequeñas unidades de inteligencia financiera para que les ayudaran en sus evaluaciones y análisis. La no existencia, pues, de una Unidad de Inteligencia Financiera en el Perú debilitó los controles y programas de prevención existentes, a la vez que retrasó el alcance y la inmediatez de las indagaciones posteriores al no poder contar nuestras autoridades con el auxilio de redes especializadas como el Grupo Egmont.
5. **Imposibilidad de decomisos de bienes de procedencia ilícita con anterioridad a sentencia condenatoria.** La recuperación de los capitales originados en la corrupción y que fueron detectados e inmovilizados en el extranjero sólo pudo hacerse a través de las propias gestiones y giros internacionales realizados por los propios implicados en los hechos ilícitos. Ellos negociaron la repatriación de los fondos como formas de colaboración eficaz. Se hizo patente, pues, la necesidad de contar con procedimientos más expeditivos y menos controvertidos, que incidieran exclusivamente en el origen ilegal de los activos. En la sub región, una iniciativa interesante al respecto era el procedimiento colombiano de **extinción de dominio** regulado en la Ley 333 de 1996. Como lo precisaban SABOGAL y SANCHEZ: *"Serán susceptibles de la extinción de dominio todos los derechos o bienes, muebles o inmuebles, con excepción de los derechos personalísimos del agente causador de la adquisición ilegal; perseguirá además el producto de los mismos, sus derivados, los usos y frutos provenientes de sus ventas, permutas, rentabilidades, etc. De la misma manera persiguen los bienes adquiridos por causa de muerte cuando se pruebe que el de cujus o causante los adquirió ilícitamente"* (Cfr. Moisés Sabogal Quintero y Luis Alberto Sánchez Montoya. El Enriquecimiento Ilícito y la Extinción de Dominio en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p.93).
- 6.

Como consecuencia, pues, de todas estas graves constataciones, la inminencia de una reforma de la legislación peruana contra el lavado de activos, se convirtió en un objetivo político del gobierno de transición que presidió el doctor Valentín Paniagua. En coherencia con ello, el Ministerio de Justicia mediante Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS designó una Comisión de Expertos para revisar la legislación penal antidrogas. Esta Comisión estuvo integrada por los Doctores Luis Lamas Puccio, Víctor Prado Saldarriaga, Rosa Mavila Leòn, Ricardo Soberón Garrido, Aldo Figueroa Navarro y los Coroneles Julio Bueno Tirado y Oscar Kea Velaochaga. A mediados de junio de 2001, este grupo de especialistas publicó en una separata especial del diario oficial El Peruano un **Anteproyecto**

**de Ley que Modifica la Legislación Penal en Materia de Tráfico Ilícito de Drogas y Tipifica el Delito de Lavado de Activos** (Cfr. Separata Especial publicada en la edición del 17 de junio de 2001). Este documento daba autonomía sistemática al lavado de activos dentro del Código Penal. Efectivamente, no sólo lo separaba de los delitos de tráfico ilícito de drogas, sino que, además, lo incorporaba como una nueva sección de los delitos contra la función jurisdiccional.

Efectivamente, en la Sección II A, del Capítulo III, del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, se tipificaba en tres artículos el delito de Lavado de Activos. En la exposición de motivos se destacaba las bondades de la propuesta, resaltando sobretudo la amplia operatividad y la mayor concreción de la técnica legislativa utilizada para tipificar tales conductas ilícitas: *“La forma como han sido tipificadas las conductas dentro de la nueva sección es la más sencilla y precisa posible. A diferencia del actual tipo de lavado, ya no se hace alusión a la modalidad empleada en el sistema bancario o bursátil ni al hecho de la repatriación del objeto del delito. En el tipo propuesto en el Art. 406º- A se señala que la conducta consiste en realizar actos de conversión o transferencia de bienes, efectos o ganancias.*

*La determinación del delito fuente no queda librada a un sistema casuista o enunciativo de los ilícitos que son comprendidos porque esta técnica siempre es arbitraria e insegura. A efectos probatorios, es mejor aludir a la procedencia ilícita del bien convertido o transferido sin necesidad de calificar el carácter penal de la conducta previa”* (Cfr. Separata Especial publicada en la edición del 17 de junio de 2001, p. 5 ).

Dada la escasa difusión que alcanzó el articulado propuesto por el Anteproyecto de 2001 consideramos pertinente transcribirlo a continuación:

*“Artículo 406º A.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita, realiza actos de conversión o transferencia de bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.*

*Artículo 406º B.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita adquiere, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días- multa.*

*Artículo 406º C.- La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años y multa de 365º a 730º días-multa cuando los delito se cometen bajo las siguientes circunstancias:*

- a) El agente utiliza o se sirve de su condición de empresario o intermediario en el sector financiero o bursátil, o de funcionario público para la comisión del delito.*
- b) El agente comete el delito para favorecer delitos de tráfico ilícito de drogas, contra la administración pública, terrorismo, traición a la patria o secuestro.*
- c) El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal”*

El citado Anteproyecto suscitó un relativo interés de parte del Congreso de aquella época, sobre todo en lo que correspondía a las propuestas de tipificación del lavado de activos. En ese contexto, dos Comisiones Parlamentarias se dedicaron a su estudio y revisión, llegando a plantear dos opciones de reforma sistemáticamente diferentes. Es así que para la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, que presidía el desaparecido Congresista Daniel Estrada, los cambios ocurrirían con una ley especial pero que conservaba los mismos supuestos delictivos previstos en el Código Penal desde 1991, aunque ampliando los alcances del delito fuente a otros conductas delictivas distintas del tráfico ilícito de drogas (Cfr. Proyecto de Ley Nº 1931/ 2001-CR). Por su parte, la Comisión de Desarrollo Alternativo, Contra el Tráfico Ilícito de Drogas y el Lavado de Dinero, bajo la Presidencia de la Congresista Susana Higuchi Miyagawa, redactó una propuesta muy similar a la del Ministerio

de Justicia y que proponía ubicar el delito de lavado de activos en un título autónomo del Código Penal ( Cfr. Proyecto de Ley N° 1084/ 2001-CR). Este último proyecto al margen de incrementar las penas conminadas incluía un artículo 406° C que incorporaba un inédito delito culposo de aplicación indebida de controles preventivos antilavado. El texto de esta disposición era el siguiente: *“El que ejerciendo funciones de regulación, supervisión, vigilancia o control de cumplimiento dentro de organismos reguladores o empresas del sector financiero, de seguros o bursátil incurrirá en negligencia o descuido inexcusable en aplicación de las reglas técnicas y acciones de control será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y multa de 120 a 365 días- multa “.* Además, el proyecto contenía disposiciones de carácter procesal en el artículo 406° D y un agravante por *reiterancia* en el inciso d del artículo 406° E. Por su relevancia para la legislación vigente estimamos pertinente transcribir el texto del primero de los artículos antes citados: *“El conocimiento o presunción de conocimiento como elemento del delito conforme los artículos 406° A y 406° B podrá deducirse de los hechos y las circunstancias que lo rodeen y que sean pertinentes a las cuestiones de conocimiento e intención.*

***El delito de lavado de activos conforme a esta Sección es independiente y diferente del delito del cual se deriva”***

Posteriormente, la Presidencia del Congreso propuso la unificación de los proyectos de ambas Comisiones. Del consenso de estos grupos parlamentarios y de las sugerencias formuladas por el Representante nacional ante el Grupo de Expertos para la prevención y control del lavado de activos de la CICD-OEA, Doctor Víctor Prado Saldarriaga, surgió un nuevo documento cuyo texto definitivo fue aprobado por unanimidad en el Pleno del Congreso de la República el 20 de junio de 2002.; y, días después, fue promulgado con el número 27765 como **Ley Penal Contra el Lavado de Activos** el 26 de junio de 2002. Cabe recordar que dos meses antes de la promulgación de esta Ley el legislador nacional había promulgado la **Ley 27693** el 11 de abril de 2002 que creó la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. E identificó los sectores y las actividades que quedaban obligadas a aplicar las medidas de prevención contra el lavado de activos y a reportar las operaciones y transacciones sospechosas. La Ley 27693 también ratificó en su articulado las mismas obligaciones y controles antilavado que ya contemplaban la Ley 26702 y el Reglamento para La Prevención del Lavado De Dinero en el Sistema Financiero aprobado Resolución N° 904-97-SBS.01. Posteriormente, la Ley 27693 ha sido objeto de sucesivas modificaciones que se insertaron a través de **las Leyes 28009 del 21 de junio de 2003 y 28306 del 27 de julio de 2004**. Mediante estas reformas se amplió el alcance de las medidas preventivas del lavado de activo y de las competencias de la **UIF-Perú** para comprender con ellas a las acciones dirigidas contra el financiamiento del terrorismo. Con estas disposiciones legales se cerró la segunda etapa evolutiva de la legislación peruana contra el lavado de activos. Los desarrollos posteriores a esta normativa corresponden a las recientes reformas que se han aplicado en el tratamiento penal y preventivo de este delito.

## **2. UN NUEVO MARCO LEGAL**

El 2012 fue el año de las reformas en la legislación peruana contra el lavado de activos. Repentinamente las disposiciones legales nacionales vinculadas a la prevención, control y represión penal de este delito, fueron modificadas de modo sustancial o reemplazadas por otras normas. Este suceso legislativo, como detallaremos luego, no es sólo una consecuencia coyuntural de la confluencia sensible de variables e indicadores que identifican el desarrollo que ha alcanzado en los últimos años esta modalidad de criminalidad organizada en el país; sino que él refleja, también, la incidencia de la presión intensificada de estándares internacionales que el Estado peruano debe cumplir en el marco de estrategias y políticas acordadas por convenios multilaterales suscritos con las Naciones Unidas-ONU, la Organización de Estados Americanos-OEA o el Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI. Por ejemplo, en el marco de la Tercera Ronda de evaluaciones mutuas que aplica el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica- GAFISUD, y que tuvo lugar en el

2008, el Perú fue objeto de serias observaciones en relación a su estructura legal, estratégica y operativa contra el lavado de activos. Entre otros aspectos se cuestionó lo siguiente:

- El sistema de medidas de prevención que sólo tenía efectividad real en el ámbito de las instituciones financieras y no en otros sectores vulnerables.
- La ausencia de un sistema interinstitucional de coordinación de políticas y acciones contra el lavado de activos, a la vez que de una estrategia nacional sobre la materia.
- La carencia de controles eficaces para el movimiento transfronterizo de dinero en efectivo.
- La imposibilidad legal de acceso directo de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF – PERÚ) al levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria.
- La falta de un marco regulador y de control efectivos sobre las organizaciones sin fines de lucro.

Tales factores etiológicos, han determinado, pues, que actualmente contemos con un nuevo marco legal contra el lavado de activos en el Perú, el cual comprende tres sistemas normativos, cada uno de los cuales tiene asignados objetivos y funciones diferentes. Sin embargo, todos ellos forman parte de una renovada estrategia de prevención y control penal diseñada en el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, aprobado el 30 de junio de 2011 mediante el Decreto Supremo 057-2011-PCM. Como bien se destaca en una nota introductoria a este importante documento: *“El Plan Nacional ALA/CTF es una guía integral que aborda necesidades de reforma legislativa y reglamentaria, así como de adecuación de recursos y capacidades de las instituciones públicas. Se espera que el Plan Nacional ALA/CTF sirva como una hoja de ruta para fortalecer el esfuerzo estatal contra el crimen organizado y el terrorismo, justificando la toma de decisiones, ordenando la asignación de recursos públicos de manera eficiente, y aumentando así el grado de efectividad”* (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones. Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo I. Introducción y Conceptos Básicos. Lima. 2011. Sección D, numeral 12).

Los tres componentes de esta renovada compilación legislativa son los siguientes:

1. **El Decreto Legislativo 1106** o De Lucha Eficaz Contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado, que describe los tipos penales, precisa las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y señala las consecuencias jurídicas aplicables a los involucrados en este delito. GARCÍA CAVERO sostiene que la *“impronta de esta nueva normativa es abiertamente represiva”* (Percy García Caveró. Dos Cuestiones Problemáticas del delito de Lavado de Activos. El Delito Previo y la Cláusula de Aislamiento. Manuel Abanto Vásquez y otros-Coordinadores. Imputación y Sistema Penal. ARA Editores. Lima. 2012, p. 418)
2. **La Ley 27693**, modificada por la Ley 28306, que regula el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y las Funciones de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Varias disposiciones de esta Ley han sido ampliadas o modificadas también por las Disposiciones Finales y Complementarias del Decreto Legislativo 1106.
3. **El Decreto Legislativo 1104** que rige el Proceso de Pérdida de Dominio y que ha reemplazado con notorios cambios las reglas que al respecto se encontraban definidas en el Decreto Legislativo 992.

Cabe señalar que esta nueva normatividad sobre el delito de lavado de activos ha promovido un inusitado interés por el debate de su tipificación y sanción. Lo cual debería redundar positivamente

en la difusión y asimilación de las nuevas disposiciones legales. Sin embargo, es cuestionable que en este contexto se aprecie, más bien, la influencia reiterada de una mala práctica de la dogmática penal peruana, cual es la de construir la interpretación de nuestras leyes con la acrítica recepción y réplica de los planteamientos o discursos elaborados por la doctrina extranjera en base a normas que, las más de las veces, resultan ajenas e incompatibles con las fuentes originales, formas y características propias de la legislación nacional. Tal distorsión hermenéutica, además, se ve fortalecida con la circulación en el país de importantes comentarios sobre el tratamiento penal que se brinda en otros sistemas jurídicos al delito de lavado de activos, pero que no siempre resultan compatibles con las disposiciones que sobre dicha materia contiene el Decreto Legislativo 1106 (Cfr. José Urquiza Olaechea/ Nelson Salazar Sánchez - Coordinadores. Política Criminal y Dogmática Penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales. IDEMSA. Lima. Mayo 2012).

Esta preocupante tendencia, que fuera severamente criticada por HURTADO POZO como una crónica manifestación de dependencia intelectual y cultural de nuestros especialistas, desconoce que *“a pesar de su comunicabilidad, es evidente que el derecho de un país-extranjero- no puede ser automáticamente transmitido o adoptado. El derecho está siempre condicionado por la realidad socio-política de cada Estado y la concepción político-jurídica del legislador es determinante en el escogimiento de la fuente legal”*. (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4ª. Edición. IDEMSA. Lima. 2011, p.103). En tal sentido, la importación no sólo de la ley penal sino de la doctrina que sobre ella se construye, conlleva un grave riesgo ideológico de distorsión sobre los alcances legales o sobre los objetivos de política criminal que orientaron el diseño de las normas nacionales. Esto último se evidencia, por ejemplo, en varios de los apresurados y no siempre consistentes comentarios que se han venido publicando en torno al Decreto legislativo 1106 y que adoptan como soporte teórico las reflexiones de autores extranjeros que analizan disposiciones normativas muy diferentes a las de nuestro país (Sobre la presencia negativa de tales disfunciones hermenéuticas, véase los comentarios y artículos de Villegas Paiva, Salas Beteta, Pérez López y Hernández Miranda, publicados en la sección Especial sobre Análisis de la Nueva Ley Penal sobre Lavado de Activos, de Gaceta Penal & Procesal Penal Tomo 35. Mayo 2012, p. 9 y ss.). No obstante, debemos destacar también los estudios parciales realizados por distinguidos juristas nacionales como PERCY GARCÍA CAVERO (Cfr. Percy García Caveró. Dos Cuestiones Problemáticas del Delito de Lavado de Activos. El Delito Previo y la Cláusula de Aislamiento. Manuel Abanto Vásquez y otros-Coordinadores. Imputación y Sistema Penal. ARA Editores. Lima. 2012, p.415 y ss) y DINO CARLOS CARO CORIA ( Cfr. Dino Carlos Caro Coria. Sobre el Tipo Básico de Lavado de Activos. Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa. ADPE 2 (2012), p.193 y ss.), los cuales aportan interesantes enfoques sobre la tipicidad y punibilidad de los delitos considerados en el Decreto Legislativo 1106 y que, por cierto, no siempre compartimos.

Nuestro examen del Decreto Legislativo 1106 abordará, exclusivamente, lo concerniente a sus normas de carácter penal y procesal penal, procurando destacar sus principales aportes e innovaciones.

### 3. JUSTIFICACIÓN DE LAS REFORMAS

Los principales problemas hermenéuticos y prácticos que generó la aplicación judicial de las normas penales que integraron la Ley 27765, fueron tratados adecuadamente y en detalle por los Acuerdos Plenarios N° 3-2010/CJ-116 y N° 7-2011/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República. El primero del 16 de noviembre de 2010 y el segundo del 6 de diciembre de 2011 ( Ver un análisis crítico sobre estos Acuerdos Plenarios en Dino Carlos Caro Coria y Diana Marisela Asmat Coello. El Impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 en la Delimitación y Persecución del Delito de Lavado de Activos. Manuel Abanto Vásquez y otros-Coordinadores. Imputación y Sistema Penal. Ob. Cit., p.297 y ss.; Ronald Vílchez Chinchayán. El Delito de Blanqueo

de Capitales: Aspectos Problemáticos. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 39. Setiembre 2012, p.248 y ss.).

Sin embargo, la derogada Ley Penal Contra el Lavado de Activos, incluso con las modificaciones que le aportó el Decreto Legislativo 986, evidenciaba notorios a la vez que sensibles defectos y omisiones que afectaban su eficacia y operatividad. Lo cual, de algún modo, se reflejaba en el escaso número de sentencias y condenas pronunciadas por delitos de lavado de activos en el país. Por ejemplo, según los reportes de la Sala Penal Nacional en el periodo 2008-Agosto 2012 sólo se registraron 31 sentencias y de las cuales únicamente 13 fueron condenatorias. Este cuadro de eficacia deficitaria en la sanción del lavado de activos, fue destacado por el Presidente del Consejo de Ministros, JUAN JIMÉNEZ MAYOR, el 12 de abril de 2013 al responder un pliego interpelatorio ante el Congreso de la República: *“En los casos más importantes de lavado de activos no se ha podido concluir con alguna sentencia firme, ejemplar y definitiva”* (Cfr. Revista Caretas. Edición del 18 de abril de 2013, p. 12 y 13).

Todas estas disfunciones normativas y operativas fueron detectadas y cuestionadas oportunamente por la doctrina especializada (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Jurista Editores. Lima. 2009, p. 63 y ss.; Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal. IDEMSA. Lima. 2009, p.382 y ss.). Las mismas, además, fueron también debatidas durante el proceso de elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Por consiguiente, la necesidad de aplicar medidas de corrección al interior de las disposiciones legales contra el lavado de activos resultaba impostergable, sobre todo en lo referente a los siguientes aspectos:

1. La configuración de los hechos punibles tipificados en los artículos 1° y 2°, como delitos de resultado y con complejas estructuras normativas.
2. La incorrecta inclusión de evidentes modalidades alternas de conversión o transferencia (transporte, introducción o salida del territorio nacional de dinero de procedencia ilícita), como actos de ocultamiento y tenencia en el artículo 2°.
3. La carencia de elementos subjetivos especiales distintos del dolo, relativos a la finalidad antijurídica perseguida por el agente al realizar los tipos penales regulados por los artículos 1° y 2°.
4. La confusa referencia al dolo eventual que contenían los artículos 1° y 2° (*“puede presumir”*).
5. La ausencia de normas sobre consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas involucradas en el delito.
6. La falta de regulación de circunstancias atenuantes para los casos de operaciones de lavado de activos de escasa trascendencia económica.
7. La falta de circunstancias agravantes en base al elevado monto económico que representaba la operación de lavado de activos realizada.
8. Las incoherencias detectadas en la selección y equivalencias de los delitos fuente que configuraban la circunstancia agravante de segundo grado o nivel, prevista en el párrafo final del artículo 3° (caso de delitos contra el patrimonio cultural).
9. La confusa redacción de los párrafos primero y segundo del artículo 6° (*“debe conocer”*; *“contra el patrimonio en su modalidad agravada”*).

Pero, también, los nuevos desarrollos y demandas de la política criminal internacional contra el lavado de activos aconsejaban revisar o actualizar los alcances de la legislación penal nacional, para hacer más eficientes la prevención y el control de esta modalidad delictiva. Especialmente se requería evaluar la conveniencia de aplicar reformas en torno a los siguientes espacios:

1. La incorporación de delitos culposos de lavado de activos, lo cual ya había ocurrido en el sistema jurídico de varios países de la región, siguiendo una recomendación al respecto del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA. Un ejemplo de esta tendencia legislativa lo encontramos en el artículo 5° de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada de Venezuela del 26 de octubre de 2005 (*“Cuando el delito previsto en el artículo 4. Legitimación de Capitales- de esta Ley se cometa por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley por parte de los empleados o directivos de los sujetos obligados contemplados en el artículo 43º de esta Ley, la pena será de uno a tres años de prisión”*).
2. La reestructuración de la sistemática interna de la Ley 27765, para incluir en ella también al delito de financiación del terrorismo, cuya tipificación y medidas preventivas suelen regularse de manera similar. Cabe señalar que actualmente en el derecho penal internacional se detecta una tendencia orientada a promover la integración normativa de ambos delitos. En el Perú, por ejemplo, la influencia de dicha corriente se aprecia en el diseño integrado de un “Plan Nacional de Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo”. Sin embargo, la Ley 29936, del 29 de octubre de 2012, ha optado por mantener el tipo penal de la financiación del terrorismo en el Decreto Ley 25475 que tipifica los actos terroristas (Cfr. Artículo 4.A).
3. La inclusión en la Ley 27765 de reglas sobre el proceso de pérdida de dominio.
4. La tipificación de un nuevo delito para reprimir conductas dolosas de omisión u obstrucción del suministro de la información requerida para la investigación y juzgamiento de delitos de lavado de activos. Esto es, de conductas idóneas para afectar la eficiencia y la oportunidad del ejercicio de las funciones de los órganos competentes para la prevención y control de este tipo de criminalidad.
5. La situación penal de las “Personas Expuestas Políticamente- PEP”, que resultasen implicadas en operaciones de lavado de activos con evidente abuso de su posición de poder.

Ahora bien, para evaluar, formular y proponer las posibles modificatorias que debían aplicarse a la Ley 27765, el Ministerio de Justicia designó por Resolución Ministerial N° 0025-2012-JUS, del 23 de enero de 2012, una Comisión de Expertos, la cual luego de sucesivas sesiones de trabajo redactó un anteproyecto sustitutorio. Este documento pre legislativo sólo incluyó normas de derecho penal sustantivo, las que fueron, luego, incorporadas con ligeras reformas en el Decreto Legislativo 1106 (Cfr. artículos 1° al 11°), promulgado el 18 de abril de 2012 con la denominación de **Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado**. Cabe anotar que en este sistema normativo también se integraron normas procesales (Cfr. Artículos 12° al 17°) así como una compleja compilación de normas complementarias, transitorias y finales, a través de las cuales se han producido importantes modificaciones orgánicas, funcionales y operativas en el ámbito de las normas sobre prevención del lavado de activos contenidas en la Ley 27693.

El tenor de los dos últimos considerandos del Decreto Legislativo 1106 expresan sus objetivos político criminales en los términos siguientes: *“Que, la legislación actual sobre lavado de activos requiere innegablemente perfeccionarse tanto en términos de tipicidad como de procedimiento, el*

*cual debe caracterizarse por contener reglas que faciliten y viabilicen la efectiva persecución penal y eventual sanción de los responsables de estos delitos.*

*Que es necesario que el Estado cuente con los instrumentos legales que coadyuven a la lucha contra la criminalidad en sus diversas formas, dentro de la cual se insertan, con particular incidencia, las actividades de minería ilegal, lo que justifica indiscutiblemente establecer en una nueva normatividad sustantiva y procesal para la lucha contra el delito de lavado de activos y otros delitos vinculados a la minería ilegal o al crimen organizado”*

#### **4. ESTRUCTURA Y SISTEMÁTICA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1106**

El Decreto Legislativo 1106 conservó una estructura normativa de carácter integrador y similar a la que tuvo la Ley 27765. Esto es, su sistemática interna incluyó de manera conjunta disposiciones penales, procesales y de ejecución penal. En efecto, la morfología de su articulado permite identificar la concurrencia de estas tres clases de normas:

- **Normas Penales.** Estas disposiciones están dedicadas a la tipificación y sanción de los actos criminalizados. Ese es el caso de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º y 9º.
- **Normas Procesales.** Son aquellas que se refieren a la investigación o juzgamiento del delito, así como a la actividad probatoria. Tienen tal condición los artículos 7º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º y 17º.
- **Normas de Ejecución Penal.** Se trata de disposiciones que aluden al régimen de cumplimiento de penas o a la aplicación de beneficios penitenciarios. El artículo 11º contempla una regla de tales características.

La ubicación, el contenido y la función específica de las normas que serán objeto de análisis lo podemos sintetizar con las siguientes sumillas:

- Actos de Conversión y Transferencia (Artículo 1º).
- Actos de Ocultamiento y Tenencia (Artículo 2º).
- Actos de Transporte y Traslado de Dinero o Títulos Valores de Origen Ilícito (Artículo 3º).
- Circunstancias Agravantes y Atenuantes (Artículo 4º).
- Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas (Artículo 5º).
- Rehusamiento, Retardo y Falsedad en el Suministro de Información (Artículo 6º).
- Consecuencias Accesorias Aplicables a Personas Jurídicas (Artículo 8º).
- Decomiso (Artículo 9º).
- Autonomía del Delito de Lavado de Activos y Punibilidad del Autolavado (Artículo 10º)
- Prohibición de Beneficios Penitenciarios (Artículo 11º).
- Disposiciones Procesales (Artículos 7º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º y 17º)

#### **5. UNIDAD O PLURALIDAD DE BIENES JURÍDICOS TUTELADOS**

El tiempo transcurrido desde que la Convención de Viena de 1988 señalara la necesidad de criminalizar de modo autónomo y específico el delito de lavado de activos, ha demostrado a la comunidad internacional y nacional lo atinado de esa decisión político criminal. Por lo demás, la capacidad dañosa de esta práctica delictiva, así como la manifiesta vulnerabilidad de los sectores comúnmente involucrados en su aplicación, ha sido puesta de manifiesto por diferentes investigaciones empíricas han registrado como las principales consecuencias negativas del lavado de activos a las siguientes:

- Pérdida social de valores éticos, lo que promueve la corrupción y la violencia.
- Alteración nociva de la estabilidad económica de los países.
- Merma sensible de la confianza en las instituciones financieras.
- Incremento del riesgo país.
- Afectación a la reputación internacional de los países.
- Baja credibilidad en la eficacia de las agencias de cumplimiento de la Ley y de Administración de Justicia.

Por consiguiente, en el presente la reflexión dogmática sobre los bienes jurídicos que son comprometidos con el delito de lavado de activos sigue siendo una necesidad técnica, pero también de pedagogía social que no puede ser soslayada, pese al notable avance que la técnica legislativa ha alcanzado en la identificación y tipificación de las conductas punibles. Por tanto, es pertinente la preocupación de VÍLCHEZ CHINCHAYÁN quien cuestiona como insuficiente que se califique a este delito como *no convencional* o lesivo de *bienes jurídicos supraindividuales*, demandando, con sentido crítico, aunque sin brindar aportes concretos sobre la materia, mayores esfuerzos, *“capaces de identificar aquello que se protege o se puede proteger a través de estos tipos penales y limitar la intervención del Derecho Penal a los casos que lo requieran”* (Ronald Vílchez Chinchayán. El Delito de Blanqueo de Capitales: Aspectos Problemáticos. Ob. Cit., p. 248).

Al respecto, comenzaremos señalando que el delito de lavado de activos continúa regulado fuera del Código Penal peruano. En tal sentido, la identificación del bien jurídico tutelado por la criminalización de este hecho punible en el Decreto Legislativo 1106, al igual que lo acontecido con la derogada Ley 27765, puede ser auscultada prescindiendo de la clásica sistemática y jerarquía tuitiva, que orientan y gobiernan la configuración y organización de los delitos en la Parte Especial de nuestra legislación penal fundamental. Algo similar ocurre en otros sistemas jurídicos como el brasileño, que también han tipificado el delito de lavado de activos al margen de los esquemas propios de un Código Penal (Cfr. Lei N° 9.613 del 3 de marzo de 1998), aunque el Anteproyecto de Código Penal de 2012 sí lo incluye (Cfr artículo 371<sup>o</sup>).

Por consiguiente, como ya lo hemos señalado en una publicación precedente (Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Grijley. Lima. 2007, p 129.), al haberse alejado definitivamente al lavado de activos de la órbita limitada de los delitos de tráfico ilícito de drogas; toda reflexión sobre la naturaleza y composición de los intereses tutelados en esta clase de ilícitos penales, queda totalmente abierta a la polémica y al razonamiento de la dogmática así como de la jurisprudencia nacionales.

Sin embargo, resulta ser una tarea ineludible para la viabilidad de la nueva legislación penal contra el lavado de activos, la de concretar la naturaleza del bien jurídico protegido para, en base a tal determinación, precisar y medir, en un plano teleológico o práctico, la verdadera utilidad político criminal de los tipos penales y sanciones que integran el Decreto Legislativo 1106.

Pero, además, tal precisión dogmática es también requerida para el cabal cumplimiento de las exigencias que impone la construcción de un sistema de interpretación del derecho penal positivo que aspire a ser calificado como orientador, democrático y garantista. Al respecto, es de considerar como un pertinente punto de partida, para toda indagación sobre el bien jurídico tutelado, las premisas de validación teórica y política que expone razonadamente BOTTKÉ : *“En el Estado de Derecho, sólo pueden ser criminalizados de **constitutione lata**, en consideración al principio de proporcionalidad, las lesiones a los bienes jurídicos. Por ello hay que mencionar los otros tres requisitos: las lesiones de bienes jurídicos tienen que ser, al menos, socialmente intolerables. Además, tienen que necesitar el reforzamiento de la producción de costes jurídico penales derivados de la lesión al bien jurídico, en interés de la común predisposición a la observancia de la norma. Por último, tienen que hacer peligrar suficientemente el objeto del bien jurídico. Las dos primeras exigencias, intolerabilidad social y necesidad de criminalización del quebrantamiento de la norma,*

*conceden al legislador, en tanto no esté obligado a criminalizar una conducta determinada -por ejemplo por el Derecho Europeo-, una prerrogativa de valoración y regulación. Esta prerrogativa exige una ulterior decisión política dejándose ver en tales decisiones, la cultura político criminal del legislador”* (Cfr. WifriedBottke. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. Revista Penal N°2, julio 1998, p.10). Tomando en cuenta, pues, estas advertencias político criminales intentaremos, a continuación, construir la identidad funcional que corresponde al objeto de protección penal en el delito de lavado de activos.

Comencemos por señalar que actualmente, en la doctrina y la legislación extranjera, se suele considerar que **el bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos son las funciones, la estabilidad, o el régimen regulador de la actividad económica**. Algunos autores armonizan esta identificación tutelar en atención a la ubicación que se otorga al delito de lavado de activos sus respectivos códigos penales. Eso es lo que acontece en los sistemas jurídicos español (Titulo XIII del Código Penal de 1995 Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, artículo 301º) y colombiano (Delitos contra el Orden Económico Social, artículos 323º a 325º A del Código Penal de 2000). FABIÁN CAPARRÓS justifica tal opción hermenéutica por los efectos que persigue la acción estatal contra el lavado de activos: *“En ese sentido, estimamos que la criminalización del reciclaje representa un claro exponente de la actuación de unos poderes públicos que, lejos de abstenerse, intervienen sobre el mercado con objeto de salvaguardar la credibilidad de los agentes que en él participan, a la vez que la iniciativa privada y el régimen de libre competencia”* (Eduardo Fabián Caparrós. El Delito de Blanqueo de Capitales.COLEX.Madrid.1999, p. 238). En atención a los efectos y trastornos económico financieros que producen las operaciones de lavado de activos HERNÁNDEZ QUINTERO también estima acertada tal interpretación teleológica: *“Finalmente sobre este aspecto, es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica”* (Cfr. Hernando Hernández Quintero. El lavado de activos. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p.94). No obstante, otros juristas han considerado vagas, difusas o extremadamente omnicomprensivas tales adscripciones sobre la tutela penal de la regulación económica en el lavado de activos. Esa es la posición que ha asumido, entre otros, DEL CARPIO DELGADO: *“En definitiva, el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador a través de las distintas conductas tipificadas en el Título XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión, en qué medida la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes contribuyen a la protección de ese orden socioeconómico y más específicamente, qué elemento o qué esfera de éste se está protegiendo. En nuestra opinión es la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general, el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes”* (Cfr. Juana Del Carpio Delgado. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p.81).

Ahora bien, la influencia de esta posición que coloca al orden socioeconómico o a intereses o funciones afines a él, como objetos exclusivos de la tutela penal, también ha trascendido a otros sistemas jurídicos donde la ubicación sistemática del lavado de activos está fuera del Código Penal o se encuentra radicada en un Título diferente de aquel que reúne a los delitos económicos o financieros. Ese es el caso de ANDRÉ LUÍS CALLEGARI que al comentar la legislación brasileña no duda en sostener que el *“bien jurídico protegido es el orden económico”* pese a que en su país el lavado de activos se encuentra aún regulado en una ley especial que no identifica a una tutela penal específica (André LuísCallegari. Lavado de Activos. ARA Editores. Lima.2009, p.86). Cabe

señalar, sin embargo, que el Anteproyecto de Código penal Brasileño de 2012 incluye el lavado de activos entre *“Crimes contra a Ordem económico-Financeira”*.

En nuestro país publicaciones recientes, como las de ALPACA PÉREZ, VILLEGAS PAIVA y MENDOZA LLAMACPONCCA,, también se adscriben, aunque con muy limitados y confusos argumentos, a las corrientes de opinión que se han desarrollado en la doctrina ibérica, reproduciendo, así, en nuestro medio, sus mismas imprecisiones y generalidades (Cfr. Alfredo Alpaca Pérez. Algunos argumentos a favor de la libre y leal competencia como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116. Gaceta Penal & Procesal Penal N° 21. Marzo 2011, p. 47 y ss.). Por ejemplo, el segundo de los autores citados sostiene al respecto: *“En nuestra opinión la tipificación del lavado de activos encuentra su justificación en la necesidad de protección penal de determinadas manifestaciones concretas propias del funcionamiento de las estructuras económicas. Son los intereses macroeconómicos y la estabilidad del sistema financiero los que se tutelan con este tipo penal”* (Cfr. Elky Alexander Villegas Paiva. El Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Lavado de Activos. Gaceta Penal & Procesal Penal N° 34. Abril 2012, p 165 y ss.). Por su parte, el tercero señala que *“el bien jurídico tutelado por el lavado de activos es la libre y leal competencia(...) El lavado de activos altera precisamente estas condiciones del tráfico de bienes en el mercado, ya que el competidor interviene con un indebido estatus privilegiado: la ostentación de una fuente de capitales de origen delictivo puesta a su servicio”* (Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca. El delito de lavado de activos: Determinación del bien jurídico tutelado. En: Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. El Penalista de Dos Mundos. IDEMSA. Lima. 2013, p. 534.).

Igual orientación a favor de la naturaleza económica del bien jurídico tutelado, se detecta también en la doctrina penal uruguaya, pese a que el delito de lavado de activos estuvo por mucho tiempo regulado conjuntamente con el tráfico ilícito de drogas que sistemáticamente estaba vinculado con la protección de la salud pública. En efecto, ADRIASOLA ha admitido al respecto *“que el lavado de activos tutela la economía lícita en el concepto de legalidad de las reglas de juego de modo de evitar la concurrencia desleal entre los diversos actores del mercado”* (Gabriel Adriasola. La Desnaturalización del Sistema de Prevención y Represión del Lavado de Dinero: Su necesaria Reconducción a la Represión de la Delincuencia Organizada. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20080528\\_50.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_50.pdf) (en línea) consultado el 12 de junio de 2012, p.14). Por su parte, LANGON CUÑARRO ha asumido también una postura similar: *“Se ha discutido intensamente sobre cuál es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que sólo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido, como puede serlo cualquier otro en general. En realidad la disputa se reduce a considerar si se protege la administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación) o el orden socio económico del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por lo cual estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente, entre aquellas que afectan la economía y la hacienda públicas (Título IX del C.P.), dejándolas aquí sólo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas, que si afectan la salud pública”* (Cfr. Miguel LangonCuñarro. Código Penal. Tomo II. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2004, p. 272).

Tal como lo hemos destacado en nuestros comentarios a la derogada Ley 27765 (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Ob. Cit, p. 133 y ss.) y al redactar la parte penal sustantiva del Acuerdo Plenario sobre el delito de lavado de activos que emitió el año 2010 la Corte Suprema de Justicia de la República (Cfr. Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, fundamento jurídico 9°), consideramos que la posibilidad de compatibilizar nuestra legislación vigente con tal tendencia economicista se ve debilitada por diferentes razones que se detallan a continuación.

En primer lugar, porque el derecho penal peruano no coloca al lavado de activos como un

delito típicamente económico. No siendo suficiente para afirmar lo contrario que en el tercer considerando del Decreto Legislativo 1106 se sostenga que *“el lavado de activos se convierte hoy en un factor que desestabiliza el orden económico y perjudica de manera grave el tráfico comercial contaminando el mercado con bienes y recursos de origen ilícito”*. En segundo lugar, porque no siempre el lavado de activos colisiona, realmente, con bienes jurídicos macrosociales como el orden jurídico económico o la solidez del sistema financiero de un país. Si bien es cierto que las prácticas de lavado de activos pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad económica de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueo de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. En tal sentido, TIEDEMANN precisa lo siguiente: *“Lampe menciona como bien jurídico complementario la circulación económica y financiera legal. Esto es en sí correcto, pero apunta a un bien de parecido alto nivel de abstracción a la economía política. También Bajo llama la atención con buenos argumentos sobre el hecho de que el blanqueo de dinero, desde el punto de vista de la economía política y su circulación, debe ser valorado positivamente, en cuanto implica que los fondos negros son reintroducidos en el mercado legal”* (Klaus Tiedemann. Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2012, ps. 261 y 262). Por lo demás, esta opaca compatibilidad se hace visible en la existencia o permanencia, siempre en condición estable y en continuo crecimiento, de las economías de aquellos países que fungen de **paraísos fiscales o financieros donde se ofertan negocios offshore** y donde suelen integrarse fluidos circuitos internacionales de lavado de activos. Como advierte MAINGONT, *“la gran demanda de estos servicios explica la multiplicación de estos paraísos fiscales alrededor del mundo y el creciente monto de capitales que guardan y manejan”* (Anthony P. Maingot. Entre lo Legal y lo Ilegal: Los Paraísos Fiscales y los Flujos Inagotables de Capital. Luis Guillermo Solís-Francisco Rojas Aravena (Editores). Crimen Organizado en América Latina y el Caribe. FLACSO. Santiago de Chile. 2008, p. 308). Esta misma percepción de rechazo a los enfoques estrictamente económicos sobre el bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, es también compartida por DEL CARPIO DELGADO con los siguientes argumentos: *“ el orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En éstos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo como en la obtención de divisas, se debe precisamente a la existencia de un poderoso sector de servicios, especialmente financieros cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo”* (Cfr. Juana Del Carpio Delgado. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Ob. Cit., ps. 79 y 80).

Sin embargo, desde una óptica funcionalista, GARCÍA CAVERO cuestiona tales razonamientos y justificaciones, afirmando que *“la defraudación normativa del lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confían los agentes económicos”*. Esto es, el coste del lavado de activos no puede ni debe apreciarse únicamente a partir de su impacto económico real o potencial, sino en la frustración y debilitamiento de las expectativas sociales en torno a *“que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que exista la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tiene una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del tráfico jurídico-patrimonial”* (Percy García Caveró. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima, 2007, p. 490). Esta apreciación tiene, como destaca RENART GARCÍA, analizando el caso helvético, una connotación más ética que estrictamente funcional y económica. Como advierte este último autor: *“No debe confundirse la consensuada reprochabilidad de la conducta blanqueadora, en base a criterios éticos, con la hipotética lesión al orden socioeconómico, pues se estaría, erróneamente, operando en dos planos totalmente distintos y no siempre coincidentes: el de la moral y el estrictamente*

*económico. Se puede exigir del país helvético una mayor colaboración en el plano internacional en la lucha contra la criminalidad organizada, concienciar al legislador de la necesidad de criminalizar la conducta blanqueadora, pero presentar la lesión del orden socioeconómico y la distorsión del sistema financiero como efectos consecuentes no será pacíficamente aceptado por el legislador suizo. Al menos no en el equilibrado orden económico suizo que ni puede ni debe compararse con el establecido en determinados países subdesarrollados en los que la criminalidad organizada vinculada al narcotráfico opera como un verdadero poder económico paralelo”* (Felipe Renart García. El Blanqueo de Capitales en el Derecho Suizo. En [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20080528\\_50.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_50.pdf) (en línea) consultado el 12 de junio de 2012, p. 8).

También privilegiando una razón sistemática, otro sector importante de la doctrina penal, tiende a considerar a la **administración de justicia como el bien jurídico tutelado** con la penalización de los actos de lavado de activos. Por lo general, también sus seguidores se respaldan en la ubicación legislativa que tiene dicho delito en los códigos penales o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Esta posición ha tenido importante acogida entre los juristas germanos al comentar el artículo 261 del Código Penal alemán. Al respecto TIEDEMANN ha sostenido: *“Este precepto está situado en el apartado sobre encubrimiento y receptación, porque en el blanqueo de dinero constituye también de un tipo de conexión (que conecta con un hecho previo). Además, el art. 261, párrafo 2, se dirige contra el mismo bien jurídico que el art. 257, a saber, contra el interés en el establecimiento del estado de legalidad y la administración de justicia alemana. El tipo penal básico del art. 261, párrafo 1, protege también la administración de justicia nacional”* (Klaus Tiedemann. Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial. Ob. Cit., p. 261). Como bien aclara BOTTKE, para esta opción: *“El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de producta et instrumenta sceleris. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal”* (Cfr. WifriedBottke. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. Ob. Cit., p. 12). Cabe señalar que, durante la vigencia del Estatuto Anticorrupción colombiano de 1995 también el delito de lavado de activos se integró al espacio de los delitos contra la administración de justicia, razón por la cual sus analistas optaron por admitir la primacía tuitiva de dicho bien jurídico: *“el comportamiento en estudio que, indefectiblemente, lesiona entre otros, la economía nacional, el orden económico social y la administración de justicia, escogiendo el legislador este último bien jurídico para ubicarlo en el esquema del Código Penal, por entender que con el comportamiento se obstruye la labor de la justicia impidiendo el cabal seguimiento del producto del delito y de sus responsables y dificultando, por tanto, que el Estado pueda llegar a la captura de los responsables y a despojarlos del fruto de su acción punible”* (Hernando Hernández Quintero. El lavado de activos. Ob. Cit., p. 69). En esa misma orientación explicativa RENART GARCÍA, analizando con propiedad las peculiares características normativas del derecho helvético que también califica al lavado de activos como un delito contra la administración de justicia, sostiene: *“...la conducta blanqueadora se dirige, en última instancia, a impedir el descubrimiento, no sólo del origen de los bienes sino, fundamentalmente, de la identidad de los autores del delito principal. Por ello, consideramos que el blanqueo de capitales constituye, en definitiva, un acto de enmarascamiento realizado sobre bienes y valores conducente a un favorecimiento personal. Desde este prisma, la Administración de Justicia, como bien jurídico protegido, parece incuestionable”* (Felipe Renart García. El Blanqueo de Capitales en el Derecho Suizo. En:[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20080528\\_50.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_50.pdf) (en línea) consultado el 12 de junio de 2012, p. 8)

Parece evidente, como también lo hemos sostenido en otras ocasiones, que en un plano estrictamente operativo, la administración de justicia se convierte en el objeto de tutela más comprometido por la eficacia material de las operaciones de lavado de activos (Cfr. Víctor Roberto

Prado Saldarriaga. Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Ob. Cit., p. 135 y ss.; Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, fundamento jurídico 10°). En efecto, los activos producto del crimen organizado o los bienes que fueron obtenidos con la aplicación de fondos ilícitos constituyen formalmente **efectos del delito, susceptibles, por tanto, de acciones de persecución o decomiso**. Tal condición justifica que algunos sistemas jurídicos extranjeros hayan decidido reconducir los actos de lavado de activos a modalidades del delito de encubrimiento real, asumiendo que tales conductas constituyen, en esencia, un *modus operandi sofisticado* de ocultar los efectos de un hecho punible de la oportuna acción de la justicia. El Código Penal Italiano ha seguido esta orientación en sus artículos 648° *bis* y 648° *ter* (Cfr. AA.VV. Il Riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale. Gluffre. Milano.1996). Sin embargo, consideramos poco convincente esta posición en torno al bien jurídico tutelado por no adaptarse plenamente a los fines y a la dinámica moderna que gobiernan y adoptan las operaciones de lavado de activos. Como bien lo ha esclarecido FABIÁN CAPARRÓS al afirmar que tales conductas no están dirigidas únicamente “*a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente*” (Cfr. Eduardo Fabián Caparrós. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p. 262). De otro lado, ANDRÉ LUÍS CALLEGARI también rechaza la preeminencia tutelar de la administración de justicia, en razón al mayor significado político criminal que se otorga al delito de lavado de activos en el derecho comparado y que demuestra su intensificada trascendencia frente a los actos de encubrimiento real: “*Así estamos de acuerdo en que la Administración de Justicia no puede ser el bien jurídico tutelado en el blanqueo de capitales pues, no tiene cabida proteger apenas una forma de encubrimiento en que el blanqueador aprovecha las ganancias obtenidas con la comisión del delito previo. Además, la mayoría de los ordenamientos jurídicos sanciona al autor del delito previo también por las conductas blanqueadoras, no sin reconocer el privilegio del [autoencubrimiento] al autor o partícipe del delito previo*” (André Luís Callegari. Lavado de Activos. Ob. Cit., p.78).

Ahora bien, en lo que concierne a la doctrina nacional sólo CARO CORIA y ASMAT COELLO admiten la tutela de la administración de justicia como único bien jurídico tutelado. Estos autores razonan su posición sólo en los objetivos y efectos de la práctica del lavado de activos pero obvian de su análisis la dinámica material que tiene esta modalidad delictiva y que se proyecta a la vez que compromete el ámbito de otros intereses relevantes como la actividad económica y financiera o el propio régimen contralor preventivo de tales ilícitos: “*un común denominador subyacente tanto a los actos de conversión y transferencia, como a los actos de ocultamiento y tenencia, el cual es el dificultar; esto es, dificultar la identificación del origen ilícito y dificultar su incautación y decomiso, lógicamente siempre con el ulterior objetivo de proceder a reinsertar en el tráfico legal estos bienes. Así al sancionarse conductas que impiden o dificultan el correcto funcionamiento de los órganos de persecución penal contra las ganancias ilegales, el lavado de activos muestra una semejanza con el delito de encubrimiento real previsto en el artículo 405° del Código penal, pues en ambos casos se entorpece la acción de la justicia al impedirse que ésta detecte tanto la conducta criminal previa como al responsable de la misma*” (Dino Carlos Caro Coria y Diana Marisela Asmat Coello. El Impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 en la Delimitación y Persecución del Delito de Lavado de Activos. ObCit., p. 303)

Estimamos que debe rechazarse de plano todo argumento que sostenga una exclusiva relación ofensiva entre lavado de activos y el bien jurídico administración de justicia en el ámbito concreto del derecho penal peruano. Dos argumentos concurren a dar consistencia a dicho descarte. Primero, que el legislador ha regulado expresamente el delito que comentamos en una ley especial y fuera del ámbito de los delitos contra la administración de justicia que contempla el Código Penal vigente. Segundo, históricamente el delito de lavado de activos fue incorporado transitoriamente

al Código Penal de 1991, no como un delito de encubrimiento real (Cfr. Artículo 405°) sino como un delito autónomo pero conexo al tráfico ilícito de drogas (Cfr. Ubicación sistemática y contenido del texto original de los artículos 296° y 296 B°).

Una tercera posición sobre la identidad y condición del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos cuestiona, por ser empíricamente incoherente, la unilateralidad que postulan las posiciones antes examinadas y asume en cambio como premisa fundamental el **carácter pluriofensivo del lavado de activos**. Esto es, admite la pluralidad o concurrencia de varios bienes jurídicos que resultan comprometidos durante toda la secuencia que tiene el proceso de realización de dicho delito. Esta tendencia, a la que SALAZAR SÁNCHEZ identifica como **teorías pluralistas**, sostiene que *“en los delitos de Lavado de Activos se protegen varios bienes jurídicos”* (Nelson Salazar Sánchez. Los Delitos de Lavado de Activos en la Legislación Peruana. Política Criminal y Dogmática Penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales. IDEMSA. Lima. Mayo 2012, p.340). Ella, por lo demás, asume, con similares argumentos, el mismo criterio que desarrollamos en nuestro primer libro sobre el lavado de dinero en el Perú y que publicáramos en 1994. En aquel entonces, luego de contrastar las distintas posturas asumidas frente al rol funcional asignado a la criminalización del lavado de activos, afirmábamos lo siguiente: *“Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas”* (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú. IDEMSA. Lima. 1994, ps. 65 y 66). Autores españoles como VIDALES RODRÍGUEZ (Cfr. Catalina Vidales Rodríguez. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, p.91 y ss.) o ZARAGOZA AGUADO también se adhieren a esta corriente que ha sido igualmente acogida por un importante sector de la doctrina italiana. Al respecto, el último de los juristas mencionados razona su preferencia hermenéutica en los siguientes términos: *“No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato”* (Cfr. Javier Zaragoza Aguado. El Blanqueo de Bienes de Origen Criminal. Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales. CICAD-DEVIDA. Lima. Setiembre de 2002. p. 12). En la doctrina nacional la tesis de la pluralidad de bienes jurídicos tutelados ha sido seguida por diferentes autores como BRAMONT-ARIAS TORRES (Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Lima. 2003, p. 521) y GÁLVEZ VILLEGAS. El segundo de ellos desarrolla un planteamiento peculiar que se basa en lo que interpreta como una proyección refleja de las operaciones de lavado de activos en dos intereses complementarios: la libre y leal competencia así como la eficacia de la administración de justicia. Al respecto sostiene, *“que los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activos, son la libre competencia y la eficacia de la Administración de justicia, en cuanto éstas constituyen objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general orden o sistema económico, de tal suerte que la afectación de este último está determinada por la de los primeros. En este criterio, se abarcan la mayoría de las tesis previamente anotadas, sobre todo la que considera el carácter pluriofensivo de las conductas constitutivas de los tipos penales en cuestión, y además se superaría de algún modo la crítica referida a la indeterminación o falta de delimitación del bien jurídico”* (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p.57).

No obstante, VILLEGAS PAIVA, cuestiona esta clase de interpretaciones a las que estima evasivas, por lo que fiel a una visión unilateral del problema demanda que se elija necesariamente a un determinado bien jurídico, como el objeto de protección penal frente al delito de lavado de activos: *“Si bien es cierto que el delito de lavado de activos afecta en diversas medidas distintos intereses de relevancia jurídica, lo cierto es que acudir a un criterio que englobe todos esos intereses no es la mejor solución, pues en realidad cualquier conducta delictiva puede terminar afectando a distintos bienes jurídicos (¿?) en determinadas circunstancias y no por ello se les deberá considerar como pluriofensivos para evitar entrar en la discusión de cuál es el bien jurídico que en realidad resulta afectado con tal conducta, esto último ayudaría a una mayor determinación de las conductas que se encuadran en el tipo penal”* (Elky Alexander Villegas Paiva. El Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 165). Al margen de las incoherencias en el razonamiento de este autor, quien muestra desconocer la condición de delito proceso del lavado de activos, expresa con su exigencia una visión dogmática intolerante, frente a la cual sólo cabe ratificar los argumentos que sustentan nuestra propuesta por la pluralidad funcional y operativa de los bienes jurídicos afectados por dicho ilícito.

Resumiendo, entonces, nuestra posición, consideramos que en el delito de lavado de activos, ahora tipificado en el Decreto Legislativo 1106, concurren varios bienes jurídicos, cuya afectación o puesta en peligro sucesiva o paralela, se va generando y haciendo preeminente en cada etapa o estación del proceso que siguen las operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de las etapas de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. Además, en lo concerniente a actos vinculados con el contrabando de dinero o valores negociables (ingreso o egreso subrepticio de estas especies al país) el régimen contralor aduanero resulta también lesionado. En cambio, los actos propios de la fase de integración afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado, al impedir la identificación de los activos que ya adquirieron una apariencia legal frustrando su incautación y decomiso. Simultáneamente, todas estas acciones y etapas vulneran los objetivos, políticas y estrategias fundamentales del régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos. Esta percepción plural e integrable sobre el objeto de tutela penal que sostenemos, es también compatible con las finalidades principales que persigue el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y que son las siguientes: *“Proteger la integridad y estabilidad del sistema económico –financiero, reducir el poderío económico del crimen organizado y el terrorismo, y contribuir a la lucha contra la corrupción”* (Cfr. Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Ítem II sobre Lógica del Plan Nacional ALA/CFT. Literal A, p.12). Igual posición ha asumido el Tribunal Constitucional al reconocer la compleja potencialidad ofensiva del delito de lavado de activos: *“(…) cabe recordar que los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado”* (Sentencia del 11 de agosto de 2010, recaída en el Expediente N° 2748-2012-PHC/TC, fundamento 15).

Por lo demás, sólo en una dimensión tutelar múltiple, como la que sostenemos, resultarían proporcionales las severas escalas de penalidad con las que la legislación nacional e internacional ha sancionado siempre el delito de lavado de activos. Compartimos, pues, la evaluación que realiza VIDALES RODRÍGUEZ en torno a que es la intensidad antijurídica de tales actos la que se integra y engloba en el desvalor que corresponde por cada uno de los intereses sociales afectados que componen esta pluralidad, lo cual opera como parámetro de justificación de la extensión de las penas conminadas para los delitos de lavado de activos (Cfr. Catalina Vidales Rodríguez. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Ob. Cit. ps. 93 y 94). GÁLVEZ VILLEGAS, sin embargo, precisa que la severa penalidad de estos delitos no es consecuencia de la pluriofensividad del lavado de activos sino de la recepción de los estándares internacionales de represión establecidos para dicho delito (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de

Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p.50). Tal apreciación no es correcta en la medida en que los límites punitivos no son homogéneos en el derecho comparado y porque, además, en muchos sistemas jurídicos la adscripciones tutelares para tales ilícitos también difieren de modo notable (Ver estas diferencias en: El Delito de Blanqueo de Dinero. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal N° 28. Julio 2011, p.207 y ss.).

Lo reiteramos, la pluralidad de bienes jurídicos comprometidos resulta ser una realidad tangible e identificable funcionalmente en la configuración progresiva y actual del lavado de activos. No se trata de una fórmula de compromiso como sostienen algunos que, como PÉREZ LÓPEZ, concluyen aportando sólo explicaciones incomprensibles y vagas como la que afirma que: *“Aquí el principio de intervención mínima cobra notable trascendencia al no tener relevancia penal cualquier incorporación de capitales, sino que sólo se castiga aquella incorporación cuyo origen es delictivo o criminal. Sólo así se protege la correcta circulación de capitales en el mercado”* (Cfr. Jorge A. Pérez López. Lavado de Activos y Aspectos Sustantivos de Decreto Legislativo N° 1106. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 35.Ob.Cit., p.57). En este contexto, resultan más sólidas y coherentes las apreciaciones que formula SALAZAR SÁNCHEZ quien admite una pluralidad de dos bienes jurídicos tutelados: *“El correcto funcionamiento del sistema socio-económico y la eficacia de la administración de justicia”* (Nelson Salazar Sánchez. Los Delitos de Lavado de Activos en la Legislación Peruana. Ob. Cit, p.341).

## 6. TIPICIDAD OBJETIVA

### 6.1 Actos de Conversión Y Transferencia

Como debe ser, en un estricto orden criminológico, criminalístico y sistemático, en el artículo 1º del Decreto Legislativo 1106 se tipifican como delitos de lavado de activos sólo los **actos de conversión y transferencia**. El texto legal de dicho artículo es el siguiente:

*“El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”*

Dicho dispositivo tiene por fuente legal el artículo 1º del Texto Sustitutorio Concordado del 4 de junio de 2002, que elaboraron conjuntamente la Comisión de Justicia y la Comisión de Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas y el Lavado de Dinero.

Sus antecedentes legislativos más próximos en nuestro país fueron la redacción original del artículo 1º de la Ley 27765 y el artículo 1º del Anteproyecto elaborado por la Comisión Especial del Ministerio de Justicia de 2012.

En el contexto internacional y regional, el artículo 1º responde a los estándares definidos en el literal a), ítem i), del inciso 1, del artículo 6º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; del literal a) del artículo 1.1.1 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Blanqueo, Decomiso y Cooperación Internacional en lo Relativo al Producto del Delito; y del inciso 1 del artículo 2º del Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves de la CICAD-OEA.

Ahora bien, en el derecho extranjero el delito que analizamos se encuentra tipificado con contenidos y alcances semejantes en los artículos 282º del Código Penal de Nicaragua; 400º bis del Código Penal Mejicano; 324º-2 del Código Penal Francés; y 69º de la Ley 7786 de Costa Rica. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos la tipificación de los actos de conversión y transferencia

se conecta directamente con el producto de determinados delitos. Esto último se advierte en los artículos: 258° del Código Penal de Panamá; 185° bis del Código Penal Boliviano; 323° del Código Penal Colombiano; y. 23°.a de la Ley 72-02 de la República Dominicana. En cambio la redacción del artículo 301°.1 del Código Penal Español, introducida con la reforma de 2010, define esa conexión de modo genérico al referirse a una *actividad delictiva*. De modo similar el artículo 371° del Anteproyecto de Código Penal Brasileño de 2012 se refiere a *“bens, direitosa valores provenientes, diretaouindiretamente, de crime”*

Conforme a su estructura interna el artículo 1º del Decreto Legislativo 1106, se configura como un tipo legal alternativo y comúnen el cual se identifican dos conductas delictivas que pueden ser ejecutadas por cualquier persona: **la conversión y la transferencia**. Ahora bien, es importante destacar que los actos criminalizados representan ideográficamente etapas convencionales del proceso de lavado de activos (colocación e intercalación) y no acciones aisladas como parece entender SALAZAR SÁNCHEZ, quien, incluso, recurre al Diccionario de la Real Academia para entender el alcance dogmático de tales expresiones (Cfr. Nelson Salazar Sánchez. Los Delitos de Lavado de Activos en la Legislación Peruana. Ob. Cit., p.345 y ss. ).No cabe, pues, sólo una interpretación literal de los supuestos criminalizados sino fundamentalmente teleológica y funcional en tanto con ellos se alude implícitamente a los momentos iniciales del proceso del lavado de activos y no a prácticas meramente usuales. En ese contexto, un defecto recurrente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional es su tendencia a integrar y pretender dar identidad a los alcances dogmáticos, criminalísticos y político criminales de las conductas que tipifican el delito de lavado de activos, esto es, los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia. Algo similar ocurre con la calificación jurídica que otorgan jueces y fiscales a los actos que son judicializados como prácticas de lavado de activos, lo cual afecta el principio de legalidad y todo diseño idóneo de estrategias de investigación y prueba. En ese contexto, no pocos analistas y operadores de justicia proponen- pese a sus notorias diferencias- que es posible la asimilación o extrapolación mutua, operativa y legal de tales comportamientos típicos. Esta pragmática visión, que parece compartir entre otros CARO CORIA (Cfr. Dino Carlos Caro Coria. Sobre el Tipo Básico de Lavado de Activos. Ob. Cit.,p.196 y ss.), es incorrecta y no toma en cuenta un antecedente esencial, cual es que tales conductas no han sido descritas en un sentido coloquial o equivalente a su núcleo connotativo en el lenguaje ordinario, sino que ellas fueron construidas desde la Convención de Viena, luego de extensas discusiones, con un sentido figurado de compatibilidad y representativo del proceso del lavado de activos y de sus etapas dinámicas de realización. Por consiguiente, pues, el intérprete, dogmático o judicial, no debe obviar de su análisis tal factor histórico. El jurista, por tanto, para mejor entender y razonar correctamente las características, diferencias y límites de cada conducta que se consigna por la ley, deberá, antes, ubicar de modo abstracto o concreto qué lugar ocupa ella (por oportunidad, modalidad, finalidad y efectos) en la ejecución de un proceso de lavado de activos. Lo mismo, pero en una dimensión práctica, deberá realizar el operador jurídico (Abogado, Fiscal o Juez) antes de optar por adscribir una calificación jurídica específica a los actos imputados que integran el contenido fáctico de un caso concreto; por lo que también tendrá que identificar qué rol y significado tienen tales prácticas y sucesos en una operación material y no meramente formal de lavado de activos. La hermenéutica, pues, del lavado de activos no es por su propia naturaleza convencional o estrictamente jurídica, en ella deben involucrarse también el uso de categorías, conceptos y abstracciones de naturaleza criminológica y criminalística. La estructura y características propias del lavado de activos obliga a que su análisis no sea el tradicional que se aplica en la explicación de un delito de robo o de receptación patrimonial. Persistir en tales enfoques reduce la dimensión dogmática que corresponde a este delito y puede favorecer su impunidad.

Es de señalar, sin embargo, que no hay limitación legal para que ambos actos criminalizados en el artículo 1º del Decreto Legislativo 1106, puedan ser realizados por el mismo agente o por agentes distintos en momentos sucesivos. No obstante, es menester destacar que para las exigencias

de tipicidad del delito, será suficiente que el sujeto activo realice, cuando menos, uno de los comportamientos señalados. Sin embargo, cabe precisar que según las tipologías conocidas del lavado de activos, así como por las características y dinámica que adquiere este delito en sus primeras etapas de realización, resulta ser frecuente que quien convierte también transfiera los activos de procedencia ilícita.

La legislación peruana no excluye, pues, que el autor del delito pueda serlo también aquel que intervino en la comisión del delito precedente, siempre que ejecute actos posteriores de movilización, transformación u ocultamiento de los activos ilícitos generados por su conducta delictiva previa. Esto último ha sido destacado con mayor claridad por el párrafo *in fine* del artículo 10° que expresamente señala: *“También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”*. La punibilidad de los actos de autolavado fue también precisada en el fundamento jurídico 14° del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema del 16 de noviembre de 2010: *“el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el modus operandi de tal ilícito”*. Por lo demás, jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia ha ratificado plenamente tal posición (Cfr. Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2013, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1052-2012 de la Sala Penal Transitoria. Ver fundamentos jurídicos Cuarto E y F; y Quinto). Al respecto MANJÓN-CABEZA OLMEDA, comentando igualmente la posibilidad legal en España del *autoblanqueo*, destaca que en tales casos cabría sustentar la presencia de un concurso real de delitos: *“Al tipificarse ahora expresamente el autoblanqueo, el riesgo de negar la posibilidad de castigo (y con ello de concurso con el delito subyacente) parece conjurado”* (Cfr. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda. Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301° y 302°), en Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Francisco Javier Álvarez García-José Luis Gonzáles Cussac, Tirant Lo Blanch. Valencia. 2010, p. 345). Por lo demás, como ha destacado DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, al evaluar las tendencias jurisprudenciales hispánicas al respecto, no hay en estos casos ninguna *“infracción del principio del non bis in ídem. En definitiva, el delito de blanqueo de capitales es un delito autónomo de aquel al que se vinculan los capitales objeto de la actividad específicamente tipificada en el artículo 301° del Código Penal”* (Julio Díaz-Maroto y Villarejo. La Regulación Española del Blanqueo de Capitales. Política Criminal y Dogmática Penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales. IDEMSA. Lima. Mayo 2012, p. 153).

Cabe recordar, también, en este denominio, que la criminalización de las prácticas de autolavado fue promovida, aunque con meridiana claridad, desde el año 2004 en el texto modificado del artículo 2°, inciso 7 del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA: *“La persona que cometa un delito de lavado de activos y una actividad delictiva grave vinculada al mismo, podrá ser condenada por ambos”*

Ahora bien, como ya se ha mencionado, los actos de conversión y transferencia guardan relación con las etapas inicial e intermedia del proceso del lavado de activos. Esto es, con la colocación y la intercalación, respectivamente. Veamos:

Los **actos de conversión** involucran todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido. Incluso podemos considerar también dentro de ellos a la recolección del dinero sucio, siempre que la misma la ejecute el propio agente que tendrá a su cargo la operación del lavado. Según CUISSET, que califica a estos actos de conversión como constitutivos de una etapa introductoria o de **prelavado**, las acciones que realiza el sujeto activo persiguen *“liberarse de las especies embarazosas; por ejemplo: una maleta que contiene un millón de dólares en billetes de 20, suma irrisoria en los mercados de estupefacientes, pesa 50 kilos... Es seguro que grandes cantidades en efectivo atraerán la atención en los lugares que se efectúen las transacciones importantes de*

*drogas. Los traficantes cambian de lugar los fondos a sitios más anónimos, para efectuar sus operaciones de colocación, como pequeñas ciudades de provincia o aposentos tranquilos”* (Cfr. Cfr. André Cuissert. La experiencia Francesa y la Movilización Internacional en la Lucha contra el Lavado de Dinero. Procuraduría General de la República. México. 1998, p.30). No obstante, quedan excluidos de los actos de conversión, el transporte o desplazamiento de dinero de origen ilícito dentro del territorio nacional o su traslado físico hacia el exterior, ya que en la actualidad tales acciones configuran la conducta punible prevista por el artículo 3°.

En la materialización de las conductas de conversión de activos se recurre, con frecuencia, a varias técnicas de estructuración y fraccionamiento, como el uso de *“pitufos”* con la finalidad de eludir los controles preventivos. El agente, además, realiza pequeñas inversiones en la adquisición de inmuebles o automóviles. También es común que se convierta el dinero ilícito a través del uso de servicios como casinos, restaurantes, cambio de denominación circulante o en moneda extranjera ( nuevos soles en dólares o dólares en euros), etc.

Para la doctrina española más caracterizada, una interpretación meramente gramatical de esta conducta típica permite sostener que por conversión se comprenden todos los actos propios de un **proceso de sustitución** de los capitales *“a través de diversas operaciones financieras, de inmisión del dinero en el circuito económico y financiero”* (Cfr. Diego J. Gómez Iñiesta. El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español. Ob. Cit., p.48). En ese sentido, BLANCO CORDERO ha afirmado lo siguiente: *“El elemento fundamental que delimita el contenido de las conductas de conversión viene dado, por tanto, por el hecho de que han de recaer directamente sobre el objeto material. Ello hay que entenderlo en el sentido de que una vez que se realiza la conducta de conversión, el resultado, esto es, el bien convertido o transformado ha de tener como base el bien originario. Caben conductas de mutación de los bienes, ya sea mediante la adición de nuevos elementos, ya mediante su supresión, o su transformación sin necesidad de segregar ni incluir nada. La transformación puede producirse mediante la adición de otras cosas originarias, de manera que como resultado se obtiene otra totalmente diferente. Junto a la adición, puede producirse también la supresión de elementos de la cosa procedente de un delito, de la que resulte otra totalmente distinta. Por último, quedará abarcada por el ámbito de aplicación del tipo de conversión la modificación de las cosas. Para asegurar la efectividad del tipo penal, parece necesario admitir que todas estas acciones puedan ser realizadas ya mediante el trabajo propio del blanqueador, ya mediante el trabajo ajeno, siempre y cuando haya sido ordenado por el blanqueador”* (Cfr. Isidoro Blanco Cordero. Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos. Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales. CICAD-DEVIDA. Lima. Setiembre de 2002. p, 9). Cabe señalar que los autores nacionales siguiendo sus fuentes de información hispánicas otorgan igual sentido y alcance a los actos de conversión (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 45 y 46; Luis Alberto Bramont-Arias Torres. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 523).

En cambio, los **actos de transferencial** buscan tipificar operaciones de lavado de activos posteriores a la etapa de colocación. Es decir, todas aquellas que corresponden a la fase de intercalación u estratificación donde el objetivo del agente es alejar los capitales o bienes convertidos de su origen ilícito y de su primera transformación. Como señalan BAUER y ULMAN: *“En la etapa de estratificación, se trata de ocultar más el rastro que une los fondos a la actividad ilícita mediante la acumulación de una serie de complicadas transacciones financieras... Estas transacciones se deben disfrazar para fundirse con los billones de dólares de transacciones legítimas que se realizan a diario. Para ello, se recurre con frecuencia a distintas variantes de “autopréstamos” y “doble facturación”... Otras técnicas de estratificación entrañan la compra de artículos de elevado costo: valores, automóviles, aviones, pasajes, que a veces registran a nombre de un amigo para no vincular al delincuente con los fondos. En algunas ocasiones también se utilizan los casinos por*

*la facilidad con que aceptan dinero en efectivo. Una vez convertidos en fichas, los fondos parecen ganancias del juego y se pueden cambiar por cheques contra el banco del casino”* (Cfr. Paul Bauer y RhodaUlman. Como Comprender el Ciclo del Lavado de Dinero, en La Lucha Contra el Lavado de Dinero. Perspectivas Económicas. Embajada de los Estados Unidos de América. Lima. 2001, p. 22). No se trata, pues, sólo de transferencias bancarias sino de toda actividad de transformación sucesiva y continua de bienes como permutas, reventas, etc. Tampoco es un requisito esencial que los actos de transferencia se realicen con cobertura o alcance internacional, pueden, por tanto, practicarse dentro de las fronteras de un mismo país.

Por consiguiente, no es del todo correcta la apreciación de BRAMONT-ARIAS TORRES que reduce los actos de transferencia a la mera *“remisión de bienes de un lugar a otro”* (Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos.

Ob. Cit., p. 523). En cambio, resulta en su amplitud más cercana al objetivo de la norma, la posición asumida por GALVEZ VILLEGAS quien admite que: *“En el Derecho penal, para este caso, lo importante es entender la utilización del término transferencia como traslado de bienes de una esfera jurídica a otra, al margen de si existe o no el cambio de la titularidad o poder dominical. Debe precisarse, además, que las llamadas transferencias electrónicas realizadas entre entidades financieras o bancarias, nacionales o internacionales, son las principales formas en que se concreta esta acción típica”* (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., ps.78 y 79).

En consecuencia, pues, conforme al dispositivo que analizamos, constituyen supuestos típicos de conversión y transferencia todos los actos o negocios jurídicos, de cualquier clase, aunque siempre transitorios, que involucren la traslación del dominio, la posesión o la tenencia de dinero, efectos u otra clase de bienes y ganancias de origen ilícito sea que se realicen a título oneroso o gratuito. Por consiguiente, el sujeto activo puede invertir capitales, vender, empeñar, transferir, ceder o suministrar bienes o ganancias, generados directa o indirectamente por una actividad delictiva. Algunos sistemas penales latinoamericanas han construido tipos penales complementarios a los de conversión y transferencia, en los cuales con sumo detalle se describen las modalidades delictivas empleadas por el agente y en la que se incluyen los actos de quienes fungen como testaferreros en las operaciones de lavado de activos. Al respecto es ilustrativa la fórmula legal empleada por el inciso c del artículo 282° del Código Penal nicaragüense de 2008: *“quien a sabiendas, o debiendo saber, por sí o por interpósita persona....c) Suministre información falsa o incompleta a, o de, entidades financiera bancarias o no bancarias, de seguros, bursátiles, cambiarias, de remesas, comerciales o de cualquier otra naturaleza con la finalidad de contratar servicios, abrir cuentas, hacer depósitos, obtener créditos, realizar transacciones o negocios de bienes, activos u otros recursos, cuando estos provengan o se hayan obtenido de alguna actividad ilícita con el fin de ocultar o encubrir su origen ilícito”*. Similar actitud legislativa se observa en el artículo 255° del Código Penal panameño de 2007.

## 6.2 Actos de Ocultamiento Y Tenencia

El artículo 2º del Decreto Legislativo 1106 criminaliza otras modalidades del delito de lavado de activos que se realizan mediante **actos de ocultamiento y tenencia**. La descripción típica contenida en esta disposición es la siguiente:

*“El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”*

Su fuente legal es el artículo 2º del Texto Sustitutorio Concordado que redactó la Comisión Mixta del Congreso en junio de 2002.

Los antecedentes nacionales de esta disposición son el texto original del artículo 1º de la Ley 27765 y el artículo 1º del Anteproyecto elaborado por la Comisión Especial del Ministerio de Justicia de 2012.

El artículo 2º que comentamos, se adecúa a los estándares internacionales contenidos en los literales a) ítem ii) y b) ítem i) del inciso 1, del artículo 6º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; de los literales b) y c) del artículo 1.1.1 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Blanqueo, Decomiso y Cooperación Internacional en lo Relativo al Producto del Delito; y de los incisos 2 y 3 del artículo 2º del Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves de la CICAD-OEA.

Ahora bien, en el derecho extranjero el delito que analizamos se encuentra regulado con características similares en los artículos 4º de la Ley Orgánica Contra la Criminalidad Organizada de Venezuela; 261º del Código Penal alemán; 323º del Código Penal colombiano; 301º. 1 del Código Penal Español; y 1º de la Lei 9.613 del Brasil.

El artículo 2º del Decreto Legislativo 1106, también regula un tipo penal alternativo que comprende varias opciones diferentes de realización típica. Igualmente, en esta disposición se tipifica un delito común donde el sujeto activo puede serlo cualquier persona, incluyendo al autor o partícipe del delito precedente que originó los activos ilícitos. Como se mencionó anteriormente, nuestra legislación no impide la punibilidad de estos actores, ya que –ellos– pueden, luego de concluido el proceso del lavado, volver a tener los bienes de origen ilegal en su poder, aunque ahora estén dotados de una apariencia de legitimidad que permita invertirlos en actividades lícitas o simplemente conservarlos o administrarlos. No es, pues, admisible la oposición que sustenta GÁLVEZ VILLEGAS a la práctica del autolavado en esta modalidad propia de la etapa de integración. Según el jurista sanmarquino: *“La diferencia entre este tipo y el anterior, está en que en el presente artículo, no podrá ser sujeto activo del delito, el propio agente del delito previo; pues como se ha indicado antes, en estos casos, si fuera el propio agente quien realiza las conductas típicas de este delito, se tratará únicamente de actos copenados, cuyo concurso aparente de normas penales se resolverá aplicando el principio de consunción. Pues en estos supuestos, por tratarse de meros actos de disfrute de los beneficios económicos provenientes del delito previo, no se produce una incursión de los bienes o activos en el mercado o sistema económico....y por tanto no realizan una afectación al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos, adicionalmente a la afectación del bien jurídico protegido por el delito previo”* (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p. 122). Como se precisó anteriormente, este tipo de interpretaciones ha sido rechazado por la jurisprudencia nacional (Cfr. Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2013. Recurso de Nulidad Nº 1052-2012. Sala Penal Transitoria. Fundamento Jurídico Cuarto, literales E y F).

Las conductas típicas que ahora pueden ser realizadas por el sujeto activo son solamente dos: **el ocultamiento y la tenencia**. En estos casos tampoco encontramos limitaciones para que el mismo agente, eso sí en momentos secuenciales, pueda ejecutar ambos comportamientos típicos. Sin embargo, las tipologías y la experiencia criminalística sobre el delito de lavado de activos reportan siempre en esta modalidad delictiva, la intervención sucesiva e independiente de distintos sujetos.

Los actos de ocultamiento y tenencia son aquellos que representan en la legislación penal a la fase final del proceso del lavado de activos. Esto es, la etapa que conocemos como de integración. Se trata, entonces, de conductas que tienen lugar una vez que los activos han adquirido una

ficticia apariencia de legalidad, la que les fue gestada por los actos anteriores de conversión y transferencia. Esta oportunidad posterior de los delitos que ahora nos toca analizar es también destacada por VIDALES RODRÍGUEZ en los términos siguientes : *"(...) el hecho de que lo que se oculte sea la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, nos hace pensar que la conversión, transmisión o adquisición de estos bienes ha tenido lugar en un momento anterior a la realización de esta conducta y, de este modo, de lo que se trata ahora es, precisamente, de ocultar o encubrir la previa sustitución de unos bienes por otros..."* (Cfr. Catalina Vidales Rodríguez. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 106).

La representación típica de los actos de encubrimiento y tenencia es bastante amplia y casuística. Lo cual se expresa en el uso de hasta siete verbos típicos. A nuestro modo de ver, este es un reiterado defecto de técnica legislativa que se arrastra desde el derogado párrafo segundo del artículo 296º A del Código Penal (Cfr. Manuel Frisancho Aparicio. Tráfico Ilícito de Drogas y Lavado de Dinero. Jurista Editores. Lima. 2002, ps. 282 y 283). Sin embargo, su presencia en el derecho extranjero es también frecuente sobretodo en Latinoamérica por influencia de las propuestas de tipificación que contiene el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA. Ejemplos de ello los encontramos en la legislación colombiana (Cfr. Artículo 323º del Código Penal) y mexicana (Cfr. Artículo 400 bis) de la materia.

El artículo 2º del Decreto Legislativo 1106 contempla las siguientes modalidades que de modo concreto vamos a definir en sus alcances operativos:

- I. **Adquirir:** Equivale actos de compra u obtención, siempre onerosa, de la propiedad y dominio de bienes ya lavados o con el empleo de capitales también lavados. Entendemos que aquí también es posible incluir formas de permuta. MOSCOSO SEGARRA, comentando una norma similar de la legislación dominicana coincide con la interpretación que hemos formulado, pero, además, destaca que *"el manual de la CICAD, señala con rigor que sólo incluye lo que se alcanza con dinero, ajuste, habilidades u otros títulos, más no los que vienen por derecho de herencia"*(AA.VV. Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos. Proyecto Justicia y Gobernabilidad-USAID. Santo Domingo. 2005, p. 74). Ahora bien, estas adquisiciones para calzar en la tipicidad del artículo 2º del Decreto Legislativo 1106, como se ha señalado, deben realizarse siempre con fondos ya "lavados", es decir, con capitales que ya cuentan con la apariencia de legitimidad que corresponde a la etapa de integración. Por consiguiente, si las adquisiciones se hacen con el producto original del delito precedente o con sus ganancias aún en proceso de transformación, esto es, como actos propios de las etapas de colocación o intercalación corresponderá su tipicidad a las previsiones del artículo 1º. Para algunos autores los actos de adquisición de bienes ya "lavados" constituyen en muchos sistemas jurídicos una modalidad típica básica e independiente de los actos de ocultamiento y tenencia. Esta variante en la técnica legislativa empleada en la criminalización de los actos de lavado de activos, que es admitida por AMBOS al comparar las legislaciones europeas sobre la materia, no ha sido asimilada por la legislación peruana que siempre las ha integrado como modalidades de tenencia (Cfr. Kai Ambos. Internacionalización del Derecho Penal: El Ejemplo del "Lavado de Dinero". Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 41. Noviembre de 2012., p.365 y ss.).
- II. **Utilizar:** Involucra toda forma de uso directo o indirecto de los bienes lavados. En estos casos el agente usufructúa el bien cuyo dominio o propiedad corresponde a un tercero. Como precisa ANDRÉ LUÍS CALLEGARI, al referirse a la legislación brasileña, *"la utilización es el aprovechamiento, la aplicación o empleo"* de los bienes, derechos y valores" (André Luís Callegari. Lavado de Activos. Ob. Cit., p.78).

- III. Guardar:** Se alude con este verbo típico a todo acto externo dirigido a brindar protección física a los activos “legitimados”. El autor del delito crea o provee de condiciones materiales adecuadas para la conservación de la calidad y cantidad de tales bienes. Según GÁLVEZ VILLEGAS, “*En el caso del delito en análisis, guardar, implica cuidar o vigilar los bienes, dinero, efectos o ganancias, ocultándolos de la identificación por la autoridad, de la pesquisa o de las averiguaciones que las autoridades realicen sobre ellos; aun cuando en algunos casos no necesariamente implique vigilancia sino únicamente su ubicación en un lugar seguro*” (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p.125). Para nosotros se trataría, más bien, de actos de tenencia y no de ocultamiento, ya que el agente puede guardar los bienes sin necesidad de ocultarlos. En el derecho colombiano se utiliza una expresión más ideográfica: *resguardar* que los juristas de ese país interpretan como cautelar o prevenir un posible daño sobre los bienes (Cfr. Hernando Hernández Quintero. El Lavado de Activos. Ob. Cit. , p.90).
- IV. Administrar:** Se trata de actos de gestión o conducción de los activos ya lavados. Estamos, pues, ante evidentes actos de tenencia. El agente dirige y gerencia formalmente el destino de los bienes pero no tiene dominio sobre los mismos. Es el típico caso del **testaferro** donde se arrienda inmuebles, se suministra a terceros recursos financieros, se invierte o se transfiere capitales, etc., por disposición o en beneficio de terceros.
- V. Custodiar:** Este verbo rector alude estrictamente a actos de vigilancia sobre los bienes que sí pueden encontrarse ocultos. Se trata, como bien anota SALAZAR SÁNCHEZ de prácticas de resguardo y tutela sobre los bienes, ganancias o efectos (Cfr. Nelson Salazar Sánchez. Los Delitos de Lavado de Activos en la Legislación Peruana. Ob. Cit., p.345 y ss. ). El agente no ejerce sobre ellos dominio ni posesión, sin embargo, sus actos de custodia pueden estar funcionalmente orientados a preservar materialmente el goce de tales derechos para terceros. En la doctrina nacional BRAMONT-ARIAS TORRES plantea una interpretación diferente, considerando que la custodia representa en realidad una expresión sinónima a la de guardar e incluso mantener en su poder. Para este autor todas estas fórmulas lingüísticas buscan expresar “*variaciones respecto a la posesión del bien*” (Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 524).
- VI. Recibir:** Supone un acto de transmisión de activos que el receptor incorpora a su tenencia física. La razón de la entrega de los bienes lavados al receptor puede basarse en un acto de cesión de dominio o disfrute gratuito como la donación o de préstamo de uso o arriendo. La recepción, por consiguiente, puede conllevar una tenencia transitoria o permanente de los bienes. Es posible, entonces, que sobre los bienes recibidos el agente ejecute, posteriormente, acciones de ocultamiento o que remita los bienes recibidos a un nuevo receptor.
- VII. Ocultar:** Quizás hubiere bastado con utilizar esta expresión y la de tenencia para cubrir las distintas variantes que el lavado de activos otorga a la etapa de integración. Lo cual, por lo demás, sería más técnico para una debida tipificación de estas formas de lavado de activos. Cabe anotar que en varios sistemas jurídicos de la Región, se ha preferido dicha opción normativa. Ese es el caso del derecho penal brasileño (Cfr. Artículo 1º de la Ley 9.613) y del derecho penal costarricense (Cfr. Artículo 69º, inciso b) de la Ley 7786). En todo caso, dada la pluralidad de conductas contenidas por la ley, nosotros incluimos en la noción correspondiente a *ocultar*, todo acto que suponga esconder físicamente los bienes lavados dificultando su hallazgo o identificación. Al respecto, MOSCOSO SEGARRA entiende la “*ocultación como la sustracción de una cosa que se hace para quitarla de donde puede ser vista y colocarla donde se ignore que está*” ( AA.VV. Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos. Proyecto Justicia y Gobernabilidad-USAID. Santo Domingo.

2005, p. 74). Por consiguiente esta modalidad implica sacar los bienes de una circulación o ubicación visibles y registrables para terceros. Los juristas colombianos que comentan una disposición análoga a la nuestra también coinciden en señalar que ocultar equivale a *“esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista”* (Cfr. Hernando Hernández Quintero. El Lavado de Activos. Ob. Cit., p.90). Por tanto resulta adecuada y pertinente la explicación que hace parte de la doctrina peruana, al sostener que ocultar *“significa desplegar maniobras y actos comisivos tendentes a esconder y a volver ineficaz la identificación de una cosa, en este caso, un bien, dinero, ganancias o efectos provenientes de un delito previo”* (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p.126).

**VIII. Mantener en su poder:** Es una clara alusión a la tenencia o posesión de los bienes reciclados y que el agente ejecuta de manera abierta. Es lo contrario a ocultar. En este supuesto el agente mantiene de manera visible y registrada los bienes; incluso los inscribe a su nombre. Queda claro que esta conducta típica de la tenencia incluirá o coincidirá en su realización con otras opciones de las que ya hemos hecho mención. Por ejemplo, quien adquiera los bienes los mantendrá en su poder lo mismo que quien los recibe. Sin embargo, el legislador busca cierta autonomía residual para esta modalidad delictiva que implique no realizar actos posteriores a la tenencia del bien. Esto es no ocultarlos, no transferirlos, etc. Tampoco aquí es trascendente la duración de la tenencia, pero el énfasis del verbo típico proyecta un claro sentido de permanencia de los bienes lavados con el autor.

Cabe señalar que para la tipicidad del delito bastará con que el sujeto activo realice, cuando menos, uno de los ocho comportamientos que hemos mencionado. Por tanto, si bien todas estas conductas ilícitas se conectan con una misma finalidad delictiva, la ley les concede autonomía operativa, a la vez que las coloca en una posición de plena alternatividad para la realización típica. No obstante, aquí también es de tener en cuenta que conforme a las tipologías conocidas del lavado de activos, es común que en la etapa de integración el agente se vea relacionado con más de una de las opciones de ocultamiento y tenencia que han sido descritas, lo que, según los casos, y conforme a nuestra legislación penal, podría dar lugar a un delito continuado o a supuestos de concurso real homogéneo de delitos. De ocurrir ello deberán aplicarse las reglas de determinación de la pena correspondientes (Cfr. Artículos 49º y 50º del Código Penal).

### 6.3 Actos de Transporte y Traslado de Dinero o Títulos Valores de Origen Ilícito

El transporte o traslado físico y clandestino de dinero circulante hacia un país extranjero, fue históricamente la manifestación más básica del delito de lavado de activos. En ese contexto, la aparición y el desarrollo de metodologías o tipologías de estructuración, más o menos sofisticadas, como la utilización de *“pitufos”* o el empleo de servicios de remesa internacional o tarjetas de débito o prepago inteligentes, han sido variantes posteriores de esas primarias modalidades de alejar el producto líquido del delito de sus fuentes ilícitas de producción. El denominado contrabando de dinero ilícito, constituyó, pues, por algún tiempo, una práctica usual del crimen organizado para ocultar sus ganancias ilícitas y evitar sobre ellas todo riesgo de detección y decomiso. Por lo demás, esta modalidad delictiva, como señala ANDRÉ LUÍS CALLEGARI, es *“un método muy común, sin sofisticación y con pocos riesgos. Como consecuencia del volumen de cargas y de personas que transitan en las fronteras, es prácticamente imposible examinar todos los cargamentos que cruzan los países, limitándose el control sólo a una pequeña parte”* (André Luís Callegari. Lavado de Activos. Ob. Cit., p.43). Por tales razones en la actualidad estos procedimientos ilícitos continúan aplicándose con frecuencia en varios países de Centroamérica como Honduras donde el año 2010, según ARCE ACUÑA, las autoridades incautaron *“unos cinco millones de dólares a personas que transportan dinero en efectivo hacia Panamá y posteriormente Sudamérica y que han sido contratadas por narcotraficantes pagándoles unos 10 mil dólares por cada viaje”* (Angie Andrea

Arce Acuña. El Delito de Blanqueo de Dinero. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal N° 28. Julio 2011, p. 228).

En el Perú, recientemente, el 25 de octubre de 2012, la policía intervino en el aeropuerto internacional Jorge Chávez a dos ciudadanos colombianos en tránsito hacia Colombia, *“cuando transportaban más de 200 mil dólares en efectivo, dentro de sus estómagos. Adicionalmente, durante la revisión de sus pertenencias, se halló que cada uno tenía 9.220 dólares, en total 18.440 dólares más”*. El dinero lo habían acondicionado en cápsulas. Uno portaba a su interior 111 cápsulas y el otro 97. En cada uno de estos empaques se encontró acondicionados *“10 billetes doblados de 100 dólares, lo que hacía mil dólares en cada cápsula. En total se encontraron 208 mil dólares, más los 18 mil 440 dólares en sus maletas”* (César Romero. Más de 200 mil dólares llevaban en cápsulas dentro del estómago. Noticia reseñada en el diario La República. Edición del 11 de noviembre de 2012, p.29). A esta modalidad de lavado de activos se le ha denominado de las *“Alcancías Humanas”*, coexistiendo con otras como la de *“la Momia”* donde el portador lleva el dinero adherido a su cuerpo y sujeto con fajas o cintas adhesivas y cubierto con sus vestimentas; o del *“Doble Fondo”* donde el dinero se lleva escondido en un compartimento debidamente acondicionado del equipaje del lavador (Cfr. Angel Arroyo. Perú: Un paraíso para las mafias de lavado de dinero. Nota periodística publicada en la Sección Actualidad del diario PERU 21. Edición del 16 de diciembre de 2012, p. 2).

Fue, pues, por todo ello, que la configuración de procedimientos de control, registro y develamiento del tránsito personal internacional de divisas (formularios de registro o declaraciones juradas) se convirtió, justamente, en una de las primeras estrategias y medidas que se diseñaron para prevenir e interditar el desplazamiento subrepticio de dinero en efectivo o de títulos valores al portador de un país a otro. Uno de cuyos efectos ha sido la universalización de la obligación de hacer conocer en todo paso transfronterizo, las cantidades de numerario o instrumentos negociables que se portan cuando su valor exceda del umbral equivalente a diez mil dólares norteamericanos.

En el Perú estas prácticas de supervisión se han venido aplicando en el ámbito de la administración aduanera pero con una clara finalidad de control fiscal, quedando como un efecto indirecto y mediato de las mismas la prevención e interdicción del ingreso o salida de dineros de ilícita procedencia. Sin embargo, las posibilidades de criminalización primaria o secundaria de las infracciones a dicho régimen han permanecido, por mucho tiempo, alejadas de las decisiones del legislador, generándose un sinuoso espacio de impunidad que fue advertido en el proceso de elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. En efecto, entre las acciones para la realización del Objetivo Específico 3°, este documento de planeamiento estratégico puso de relieve la necesidad de configurar disposiciones legales más adecuadas para la prevención y el control de tales conductas, a la vez que para precisar las competencias administrativas (SUNAT, UIF) y penales (Policía Nacional, Ministerio Público) respectivas. En coherencia con ello se propuso ***“Aprobar un proyecto de Ley que precise las funciones y competencias en materia de control de transporte transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables”***.

En consecuencia, pues, la inclusión en el artículo 3° del Decreto Legislativo 1106, de un nuevo delito vinculado al desplazamiento físico de dinero o títulos valores de origen ilícito, como modalidad específica de operaciones de lavado de activos, es parte de la implementación de la citada estrategia y constituye una acertada y oportuna decisión. A esta inédita conducta criminalizada se le ha tipificado en los siguientes términos:

*“El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena*

*privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.*

Cabe agregar que esta importante disposición penal ha sido acompañada de una mejor regulación interna relativa al tránsito de divisas e instrumentos negociables, la cual se ha formalizado con la modificación de la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 28306, también reformada por la Cuarta de las Disposiciones Complementarias Modificadoras del propio Decreto Legislativo 1106. Esta compleja y extensa disposición señala en su numeral 6.4 lo siguiente: *“La no acreditación del origen lícito del dinero o de los instrumentos financieros negociables emitidos al portador en el plazo establecido- 72 horas desde que fueron retenidos por haber infraccionado el régimen de control respectivo- se considera **indicio de la comisión del delito de lavado de activos**, sin perjuicio de la presunta comisión de otros delitos. En estos casos, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú informará al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones”.*

Por lo demás, la inclusión de forma autónoma de este innovador delito, era también necesaria para armonizar mejor nuestra legislación penal con las políticas que en este dominio viene promoviendo el Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI, desde la publicación de sus Recomendaciones Especiales contra la Financiación del Terrorismo (2001). En efecto, en el texto original, la IX Recomendación Especial se disponía lo siguiente: *“Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación.*

*Los países deberían asegurarse que sus autoridades competentes tienen la atribución legal para detener o retener dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador que se sospecha están relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, o que son falsamente declarados o revelados.*

*Los países deberían asegurarse que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas estén disponibles para ser aplicadas a las personas que realizan una falsa declaración o revelación. **En aquellos casos que el dinero en efectivo o los instrumentos negociables al portador estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, los países también deberán adoptar medidas, incluyendo las legislativas, de conformidad con la Recomendación 3 y con la Recomendación Especial III, que habilitarían el decomiso de dicho dinero en efectivo o instrumentos”.***

Ahora bien, en sus nuevas Recomendaciones de febrero de 2012, esta política internacional no sólo ha sido ratificada por el GAFI sino que ha afinado mejor sus alcances y efectos. Al respecto, la Recomendación 32 en torno al control de los **Correos o Mensajeros de Efectivo (Cash couriers)** demanda lo siguiente:

*“Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de efectivo e instrumentos negociables al portador, incluso a través de un sistema de declaración y / o sistema de divulgación.*

*Los países deben asegurar que sus autoridades competentes tengan la facultad legal para detener o retener efectivo o instrumentos negociables al portador que se sospecha que pueden estar relacionados con el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, o delitos determinantes, o que son falsamente declarados o revelados.*

*Los países deben asegurar que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias estén disponibles para hacer frente a las personas que realizan una falsa declaración (s) o divulgación (s). **En los casos en que la moneda o instrumentos negociables al portador estén relacionados con la financiación del terrorismo, lavado de dinero o delitos determinantes; los países deberían***

***adoptar medidas, entre ellas las legislativas, de conformidad con la Recomendación 4, lo que permitiría la confiscación de la moneda o instrumentos”***

Sin embargo, actualmente en el derecho penal extranjero no todos los países cuentan con tipos penales similares al que ahora incluye la legislación nacional. Es así que en algunos sistemas jurídicos como el dominicano, se ha optado, más bien, por reprimir el ingreso o egreso de dinero en efectivo o títulos valores que no sean declarados o que sean declarados falsamente si su monto o cotización excede a los diez mil dólares norteamericanos. Ese es el sentido y función encomendada al artículo 8°, literal a de la Ley 72-02, el cual precisa: *“Será igualmente reprimida...: a) La persona nacional o extranjera, que al ingresar o salir del territorio nacional, por vía aérea, marítima o terrestre, portando dinero o títulos valores al portador o que envíe los mismos por correo público o privado, cuyo monto exceda la cantidad de diez mil dólares, moneda de los Estados Unidos de América (US\$10/000.00) u otra moneda extranjera, o su equivalente en moneda nacional **no lo declare o declare falsamente su cantidad en los formularios preparados al efecto”***

El antecedente nacional del artículo 3° del Decreto Legislativo 1106, lo encontramos en el artículo 2° de la Ley 27765, reformado por el Decreto Legislativo 986 del 22 de julio de 2007. En esta disposición se reprimía a quien transportaba dentro del territorio de la República o introducía o retiraba del mismo dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conocía o podía presumir. No obstante, la fuente directa de esta disposición legal es el artículo 3° del Anteproyecto elaborado por la Comisión Especial del Ministerio de Justicia de 2012. Según la Exposición de Motivos de este último documento prelegislativo: *“Se ha introducido en el artículo 3° del Anteproyecto, un nuevo delito de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, para cubrir un notable vacío en la legislación vigente que sólo otorgaba a esta conducta la condición de infracción fiscal”*

En el artículo 3° se regulan tres conductas punibles que son las siguientes:

- I. Transportar o Trasladar:** El transporte o traslado de dinero o títulos valores implica el desplazamiento o movilización física de esta clase de activos de un lugar a otro pero siempre dentro del territorio nacional. Estas conductas pueden realizarse, indistintamente, durante las etapas de colocación, intercalación o integración. Por tanto, el agente puede ejecutarlas con activos en proceso de lavado o que ya se encuentren bajo una apariencia de legitimidad. El objetivo o razones específicas del transporte son intrascendentes para que la conducta adquiera plena tipicidad. Tampoco son relevantes para la configuración del delito la distancia recorrida o por recorrer, el destino final del tránsito ni el tipo de medio de locomoción que para el desplazamiento emplee el agente. Por la condición específica de esta modalidad del delito de lavado de activos su objeto de acción debe ser exclusivamente dinero o títulos valores. Sin embargo, puede tratarse de numerario nacional o extranjero. En cuanto a los títulos valores estos pueden ser de cualquier naturaleza negociable y al portador o nominales.
- II. Hacer Ingresar:** Implícitamente el legislador con esta modalidad típica alude a un acto de importación o ingreso de los activos designados al país. El ingreso de las divisas o de los títulos valores puede materializarse por vías formales o con actos de ocultamiento; esto es, puede desarrollarse dentro de un acto de control aduanero o a través de prácticas subrepticias de contrabando.
- III. Hacer Salir :** Se trata de un acto de extracción, formal o ilegal, de dinero o títulos valores del territorio nacional. También son comprendidos en este delito los activos de tales características que circulan en tránsito por nuestro territorio hasta superar sus fronteras. El destino final de los activos es también, en estos casos, irrelevante para la tipicidad, así como las razones o motivos de su retiro del país.

Cabe señalar que conforme a la experiencia criminalística acumulada en la Región, diferentes factores geográficos, de integración económica, de libre tránsito migratorio o de descontrol fronterizo, determinan que las dos últimas conductas criminalizadas por el artículo 3° del Decreto Legislativo 1106, se constituyan en las tipologías predilectas para la comisión del delito. Por ejemplo, según ANDRÉ LUÍS CALLEGARI: *“En Brasil este método es muy utilizado debido a la facilidad de pasar a la frontera de otros países como Uruguay, Argentina y Paraguay. Como el número de cargas que cruza la frontera ha aumentado mucho en los últimos años debido a Mercosur (integración de los países de América del Sur), es prácticamente imposible el control de lo que cruza por las fronteras. El otro factor que favorece el transporte de dinero en metálico es la gran extensión territorial, pues hay extensiones sin cualquier control de las autoridades, como haciendas con aeropuertos clandestinos”* (André Luís Callegari. Lavado de Activos. Ob. Cit., p.44). Estos factores también concurren en el caso del Perú constituyendo sus principales vulnerabilidades para la práctica de estas formas delictivas.

Respecto a los procedimientos que se aplican para la movilización transnacional de flujos de dinero en efectivo provenientes de la criminalidad organizada, son muy ilustrativas las referencias empíricas que proporciona el Agente Especial de la Homeland Security Investigations BERNARDO PILLOT, en torno al sistema de desplazamiento y transporte del dinero ilegal que obtienen los cárteles mexicanos en los Estados Unidos y su ingreso a México a través de las zonas de frontera entre ambos países. Según el citado investigador, se ha estructurado una funcional y eficiente cadena de suministro que asegura el flujo de los dineros ilícitos y desplaza hacia terceros los riesgos o pérdidas de la operación. Esta estructura operativa está compuesta por diferentes células y órganos que van cumpliendo roles propios y diferentes durante todo el proceso de desplazamiento físico de las divisas. Las decisiones y tareas se adoptan y ejecutan a través de los siguientes órganos de los cárteles mexicanos (proceso interno):

El **jefe financiero**, que es el órgano responsable de los aspectos financieros y fiscales de la organización criminal, por lo que a él corresponde supervisar el cobro y el transporte del dinero en efectivo en Estados Unidos y hacia México; además, tiene la misión de fijar los objetivos, políticas, procedimientos operativos y oportunidades de intervención de toda la cadena de suministro del dinero en efectivo. También, supervisa a los que fungen como contadores de las células que actúan en los Estados Unidos, México y otros países, administra y analiza el flujo de efectivo, los costos y estados financieros, la contabilidad general, facturación y el pago de los sobornos que sean necesarios.

El **jefe operativo**, quien es un integrante de alta confianza de la organización criminal y que generalmente radica en los Estados Unidos. A él le toca rendir cuentas al jefe financiero y es el responsable de las ventas al por mayor de las drogas. También debe dar cuenta de la recuperación del dinero en efectivo obtenido de dichas ventas para lo cual supervisa una región que abarca varias ciudades norteamericanas donde operan los jefes de célula. Le corresponde, igualmente, acordar los contratos de transporte del dinero en efectivo con los coordinadores de transporte, con los cuales, además, coordina los movimientos regionales que se harán con dicho dinero.

El **coordinador de transporte** dirige a los operadores del transporte (transportistas) para acordar las mejores opciones de envío, control de riesgos, velocidad del desplazamiento y oportunidad de ejecución del servicio. Se le asigna, por tanto, la tarea de organizar una red de operadores de transporte. Él también será el responsable del dinero en efectivo que pueda ser decomisado o se pierda (apropiaciones o robos) durante el proceso del traslado. Para el desplazamiento del numerario recibe las órdenes del jefe financiero o jefe operativo, las cuales trasmite para su ejecución a los operadores del transporte con quienes debe mantener una comunicación permanente para garantizar que ejecuten debidamente el traslado del dinero en efectivo. En ese quehacer debe negociar la tarifa del pago que se hará por el servicio, lo cual se acuerda con el

jefe operativo y lo operadores del transporte. Se asume que dicho costo equivale al 14 o 16 % del volumen de dinero en efectivo que será trasladado. Generalmente se prefiere para el traslado el empleo de vehículos (autos, camiones, vehículos deportivos, tractocamiones), pues tienen mayor facilidad para mezclarse con el tránsito pesado de las carreteras norteamericanas y las inspecciones mínimas de salida. El **jefe de célula** asume la responsabilidad del cobro y acopio del dinero en efectivo que se obtiene por la venta de las drogas en una ciudad o región en los Estados Unidos. En algunas ocasiones se debe encargar también de la organización y administración de dichas ventas. Este órgano tiene que rendir cuentas al jefe operativo a quien informa regularmente sobre los negocios realizados e ingresos obtenidos. Él también supervisa las **células de dinero en efectivo** que son las que van recepcionando y consolidando los flujos de las ganancias ilícitas. Le corresponde decidir la ubicación de las **casas de seguridad** (locales para la custodia del dinero en efectivo hasta su traslado) y llevar la cuenta del dinero en efectivo que estas guardan. Para efectos del traslado de tales ganancias ilegales coordina, a través de los miembros de la célula, la oportunidad en que los operadores de transporte recogerán el dinero, y coordina el paso del transporte a través de la frontera con **el jefe de plaza y la red de transportadores-couriers** para su ingreso final a México.

Ahora bien, en ocasiones todo el proceso de traslado del dinero en efectivo hacia México se realiza mediante servicios independientes que son contratados por los cárteles (proceso de transporte externo). Estos servicios son suministrados por un **agente financiero** (contratista independiente) quien estará a cargo de coordinar todo el movimiento del dinero en efectivo desde territorio norteamericano. Este intermediario acuerda sus condiciones y operaciones directamente con los jefes principales o con los jefes financieros de las organizaciones criminales. El, además, los representará externamente ante los jefes operativos de los cárteles mexicanos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso interno de integración y custodia de las ganancias ilegales en los Estados Unidos. Deberá, pues, de mantener una comunicación constante con los coordinadores y operadores de transporte, pues él también conocerá dónde están ubicadas las casas de seguridad que guardan el dinero en efectivo que será movilizado. No obstante, el agente financiero puede contar con una red propia, también independiente, de coordinadores y operadores de transporte con los cuales coordinará para que ejecuten las diferentes operaciones de movilización del dinero en efectivo. Su perfil operativo requiere, por tanto, que mantenga también buenas relaciones y contactos con entidades bancarias así como empresas dedicadas a brindar servicios de envíos de remesas de dinero. Igualmente debe estar en aptitud de ofrecer transacciones de transferencia informal de dinero similares a las del **sistema hawala** conocido en español como **dando-dando**.

Por consiguiente, pues, señala BERNARDO PILLLOT, hay dos procesos de traslado de dinero en efectivo entre Estados Unidos y México. Uno interno que practican los propios cárteles mexicanos y otro externo a cargo de los agentes financieros. En ambos modelos se exige que las operaciones se realicen del modo más fragmentado posible y aplicando un sistema de seguridad basado en el compartimentaje. Esto es, limitando al máximo los circuitos de información y las relaciones directas a lo indispensable para activar los roles funcionales de los diferentes escalones y operadores (Datos reelaborados en base a los contenidos de la separata resumen de la conferencia de Bernardo Pillot sobre Transporte Transfronterizo de Dinero en Efectivo, realizada en Lima el 15 de mayo de 2012 en el Taller Subregional en Materia de Lucha contra el Financiamiento del Terrorismo: Principales Riesgos Actuales, organizado por la Superintendencia de Banca Seguros y AFP)

## 7. OBJETO DE ACCIÓN DEL DELITO

Como objeto de acción en los delitos de lavado de activos, la doctrina y la legislación internacional suelen identificar, en primer término, al dinero en efectivo que fue generado ilícitamente. Pero, también, se otorga tal condición a los bienes muebles o inmuebles que fueron adquiridos con él, así como a las sucesivas transformaciones que se dieron en éstos a través de negocios civiles, comerciales o financieros. También se concede tal calidad a los diferentes títulos valores

o instrumentos negociables que tengan igual origen o mutación. Al respecto carecen de utilidad dogmática las confusas disquisiciones que, con un pretendido objetivo esclarecedor, plantea en este dominio GÁLVEZ VILLEGAS quien luego de complejas y reiteradas distinciones concluye señalando lo siguiente: *“cuando en el presente caso hablamos de objeto de la acción no nos estamos refiriendo al objeto del delito de lavado de activos, sino a una categoría distinta en la cual las normas y la doctrina comprende a dos conceptos distintos: efectos o ganancias-producto- y al propio objeto del delito previo. Específicamente dentro de estos conceptos, la norma comprende a: dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo”* (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p.80 y ss).

Generalmente, en los convenios internacionales se utilizan varios términos equivalentes para referirse al objeto de las operaciones de lavado de activos. Los más comunes son **producto del delito** o simplemente **bienes**. Así, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional utiliza ambas denominaciones cuando regula sobre los actos de conversión y transferencia en su artículo 6º, inciso 1, literal a) primer párrafo. Cabe agregar que este mismo instrumento multilateral precisa en su artículo 2º la definición operativa que corresponde asignarle a cada una de estas expresiones. En efecto, en dicha disposición se aclara lo siguiente:

*“ d) Por **bienes** se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.*

*e) Por **producto del delito** se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito ”*

Ahora bien, los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106, consignan en su redacción como objetos de los actos criminalizados en ellos al *dinero, bienes, efectos o ganancias*. Otros sistemas jurídicos introducen expresiones similares. Ese es el caso del derecho brasileño que se refiere a *“bens, direitosou valores”* (Cfr. Artículo 1º de la Lei 9.613 de 1998) y de la legislación mexicana que alude a *“derechos o bienes de cualquier naturaleza”*(Cfr. Artículo 400 bis del Código Penal). Al respecto, ANDRÉ LUÍS CALLEGARI refiriéndose a las normas de su país precisa: *“ Para la doctrina que ha tratado el tema, el objeto material en el delito de blanqueo de bienes previstos en la ley brasileña son los bienes, derechos y valores que sean productos de los crímenes antecedentes previstos en la ley”* (André Luís Callegari. Lavado de Activos. Ob. Cit., p.173).

El legislador peruano ha optado, pues, por incorporar fórmulas alternativas y detalladas para señalar al objeto de acción del delito. Lo común a ellas es su connotación patrimonial y económica. En principio se alude a **dinero** en efectivo, para luego referirse a los **bienes** que se han podido adquirir sucesivamente con aquel, e incluso a las **ganancias** que como rédito o interés de inversiones y depósitos, pueden producirse luego de culminado el proceso de lavado en la etapa de integración. Se pretende que esa pluralidad de categorías pueda asimilar y cubrir, con facilidad, dada su flexibilidad y equivalencia hermenéutica, las múltiples variaciones que pueden ocurrir y sobrevenir durante el ciclo operativo del proceso de lavado de activos, a partir del momento de la colocación del dinero ilegal producido.

La utilidad de una técnica legislativa de tales características, que es también empleada por el derecho penal español, es resaltada por GÓMEZ INIESTA. Para él: *“es preciso subrayar de nuevo que la propia expresión bienes también tiende a ampliar el campo de acción de la norma, con lo cual viene a comprender el dinero como bien jurídicamente cualificado, al poseer una genericidad absoluta y una ultrafungibilidad, al gastarse pero no consumirse, al implicar la divisibilidad abstractas de las demás cosas, bienes y servicios, y, al poder desarrollar su función de equivalencia respecto de otro bien o valor patrimonial, esto es, la contraprestación económica derivada del delito, así*

como los valores y los supuestos de transmisión o la conversión del dinero a través de inversiones inmobiliarias. Sobre esta amplitud es posible pensar que trata de evitar los posibles defectos y lagunas en el plano aplicativo y comprender la adopción de cualquier técnica o maniobra afinada realizada por la criminalidad organizada en las diversas modalidades de blanqueo” (Cfr. Diego J. Gómez Iñiesta. El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español. Cedecs Editorial. Barcelona. 1996, ps. 47 y 48). No obstante, para autores nacionales como GÁLVEZ VILLEGAS hubiera sido suficiente que el legislador peruano se refiriera genéricamente a bienes, “ya que esta expresión en un sentido amplio comprende al dinero, efectos o ganancias” (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Grijley. Lima. 2004, p. 51). Cabe señalar que la opción sugerida por dicho autor es también utilizada por algunos sistemas legales como el suizo que ha preferido la expresión omnicompreensiva de “valores patrimoniales” (Cfr. Artículo 305 bis del Código Penal).

Es importante destacar que para el derecho penal nacional, en principio, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las diferentes prácticas de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad conminada para las distintas modalidades del delito de lavado de activos. No obstante, algunos autores nacionales como GARCÍA CAVERO estiman que es menester cierta relevancia económica en los activos objeto de las operaciones de lavado para que pueda admitirse este delito: “En este sentido sólo cabe hablar de lavado de activos cuando los activos de procedencia ilícita alcancen cierto valor cuantitativo como para afectar la confianza en los agentes socioeconómicos sobre la limpieza de los bienes introducidos al mercado” (Percy García Caverro. Dos Cuestiones Problemáticas del Delito de Lavado de Activos. El Delito Previo y la Cláusula de Aislamiento. Manuel Abanto Vásquez y otros-Coordinadores. Ob. Cit., p. 422). Al respecto, cabe señalar que para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos criminalizados sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, la actual redacción del artículo 303º del Código Penal de aquel país establece:

*“Será reprimido con prisión de tres(3) a diez(10) años y multa de dos(2) a diez veces(10) del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil ( \$ 300.000), sea en un sólo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.*

Sin embargo, debemos precisar que a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1106, el importe económico de las operaciones de lavado realizadas ha adquirido importancia para la configuración de circunstancias agravantes o atenuantes específicas que se detallan en el artículo 4º, lo cual es también puesto de relieve por GARCÍA CAVERO, pese a insistir con coherencia en que “debe tenerse en cuenta que el valor de los activos no puede descartarse como un elemento de juicio para determinar si se está ante un lavado de activos o ante un simple acto de agotamiento del delito” (Percy García Caverro. Dos Cuestiones Problemáticas del delito de Lavado de Activos. El Delito Previo y la Cláusula de Aislamiento. Ob. Cit., p. 423). Esta comparación final no es admisible en la medida que el agotamiento, con las opciones concedidas a la criminalización de operaciones de autolavado por la nueva legislación y el Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia, ha sido plenamente desplazado; pero, además, porque incluso la práctica de tipologías usuales como las modalidades de estructuración (pitufeo, uso de tarjetas prepago, etc.) o el cambio ambulatorio de moneda extranjera de origen ilegal a pequeña escala, son conductas punibles como delitos de lavado de activos.

## 8. TIPICIDAD SUBJETIVA

Con relación a la tipicidad subjetiva los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106 sólo incorporan delitos dolosos. Por consiguiente, el sujeto activo debe ejecutar las operaciones y actos de lavado de activos de manera **consciente y voluntaria**. Cabe señalar que en este dominio algunos autores nacionales, claramente influenciados por las discusiones alemanas sobre la estructura y composición del dolo, como CARO CORIA, adoptan al respecto una posición dogmática que admite sólo la noción de dolo cognitivo como base de sus reflexiones hermenéuticas (Cfr. Dino Carlos Caro Coria. Sobre el Tipo Básico de Lavado de Activos. Ob. Cit.,p.220). Sin embargo, estos razonamientos deben ser apreciados desde una visión general de la teoría de la imputación que los sustenta, la cual no es ni ha sido el planteamiento predominante en la configuración de nuestra legislación histórica ni en la doctrina nacional más caracterizada (Cfr. Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4ª. Edición,p.438 y ss.). Por consiguiente, no resultan sólidos ni validables, los cuestionamientos que hace el citado autor a la opción “*voluntarista*” que en torno al dolo como componente subjetivo del delito de lavado de activos asumimos y que también asume el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (Cfr. Dino Carlos Caro Coria. Sobre el Tipo Básico de Lavado de Activos. Ob. Cit.,p.220).

El dolo con el cual actúa el agente puede ser directo o eventual. Además, al realizar, la conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia, transporte, traslado, ingreso o egreso del país de dinero o bienes ilegales, el sujeto activo **conoce o debía presumir** que estos tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente haya debido inferir de las circunstancias concretas del caso que las operaciones que realiza o en las que se ve involucrado, se ejecutan con el producto o con las ganancias de actividades criminales. Cabe señalar que en la actualidad esta forma de identificar el contenido del dolo es muy común en el derecho comparado (Cfr. Kai Ambos. Internacionalización del Derecho Penal: El Ejemplo del “Lavado de Dinero”. Ob. Cit.,p.372 y ss.). Al respecto GARCÍA CAVERO estima que “*resulta suficiente reconocer que los activos proceden, en general de una actuación delictiva*” (Percy García Caverro. Dos Cuestiones Problemáticas del Delito de Lavado de Activos: El Delito previo y la Cláusula de Aislamiento. Ob.Cit. p. 429). Por lo demás, el propio párrafo segundo del artículo 10º del Decreto Legislativo 1106 hace expresa alusión a ello en los siguientes términos: “*El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico de armas, tráfico ilícito de migrantes, delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194º del Código Penal.*”

***El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”.***

Sin embargo, no es exigencia para la tipicidad subjetiva del lavado de activos que el agente conozca en qué delito precedente concreto aquellos productos o ganancias se originaron, ni tampoco cuándo fue cometido este, ni mucho menos quiénes intervinieron en su realización. Tampoco el dolo del agente tiene que abarcar la situación procesal de aquel delito. Igualmente, tratándose de actos finales de ocultamiento y tenencia, no es exigible que su autor conozca o sospeche de las acciones o actores que posibilitaron, con anterioridad la conversión o la transferencia de los activos involucrados. Al respecto, la jurisprudencia nacional ha sido muy explícita como se aprecia en la Ejecutoria Suprema del 10 de enero de 2013, recaída en el Recurso de Nulidad N° 2926-2012 de la Sala Penal Transitoria: “*es suficiente la certidumbre sobre su origen, esto es el conocimiento de la existencia de una infracción grave*” (Ver fundamento jurídico cuarto)

Es importante resaltar que los artículos 1º, 2º y 3º **no son tipos penales en blanco ni propios ni impropios** a los que haya que integrar con las modalidades de criminalidad que sólo a modo de ejemplo registra el artículo 10º, para hacer precisiones sobre el contenido subjetivo del dolo del agente su posibilidad de inferencia mediante la prueba indiciaria. Por lo que deben rechazarse opciones hermenéuticas como la que sustentaron GALVEZ VILLEGAS e HINOSTROZA PARIACHI, al comentar el rol del artículo 6º de la derogada Ley 27765 y que, lamentablemente, distorsionaron la función meramente explicativa asignada a dicha disposición. Es más, el primero de estos autores llegaba a demandar que el dolo del sujeto activo debía vincularlo específicamente con el producto de uno de los delitos que eran señalados en el artículo 6º de la Ley Penal Contra el Lavado de Activos, ya que de tratarse de otros delitos se produciría un error de tipo que haría atípica la conducta del agente (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª Edición. Ob. Cit., p. 98). El segundo, en cambio, calificó a la misma norma referencial y enunciativa como un *“elemento objetivo mixto”* de delitos fuente o precedentes a los que incluso calificaba como un *“elemento objetivo del tipo penal”* (Cfr. César HinostrozaPariachi. El Delito de Lavado de Activos: Delito Fuente. Grijley. Lima. 2009, p. 142 y ss.). Al respecto resultan correctas las apreciaciones de GARCÍA CAVERO quien reconoce que en la legislación ahora vigente *“no se asume el sistema del catálogo cerrado de delitos previos, sino una enumeración ejemplificativa de delitos cuyas ganancias pueden ser objeto del delito de lavado de activos”* (Percy García Caverro. Dos Cuestiones Problemáticas del Delito de Lavado de Activos: El Delito previo y la Cláusula de Aislamiento. Ob. Cit. p. 421).

Ahora bien, al igual que en la redacción original de los artículos 1º y 2º de la Ley 27765, el Decreto Legislativo 1106 ha vuelto a introducir en la tipificación subjetiva de las modalidades delictivas que él regula, la necesidad de **un elemento subjetivo especial distinto del dolo**, y de aquellos a los que la doctrina considera como modalidades de tendencia interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, tanto el artículo 1º como el artículo 2º y el artículo 3º, conectan la acción dolosa del agente con un objetivo que se coloca subjetivamente más allá de la sola conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia, transporte, traslado, ingreso o egreso del país de los activos ilegales. La nueva normatividad, exige, pues, que el agente persiga, además, una finalidad ulterior a la mera realización de tales conductas y que se describe como *“evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”*.

Cabe mencionar, a modo de antecedente, que la finalidad **de evitar el descubrimiento** de los activos ilícitos, también fue considerada como tendencia interna trascendente en algunos textos pre legislativos nacionales como el Anteproyecto del Grupo de Expertos de junio de 2000 (*“para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación y decomiso”*) y la versión original del Proyecto Sustitutivo concordado de las Comisiones Parlamentarias de mayo de 2002 (*“con la finalidad de evitar su descubrimiento, la identificación de su origen u ocultar su procedencia ilegal”*). Sin embargo, dicho objetivo o tendencia interna trascendente fue eliminado del Proyecto definitivo de junio de 2002 y de la Ley 27765.

A nuestro modo de ver la reincorporación de este complemento al dolo del agente es positiva y permite excluir, por atípico, cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza como el que se presenta con frecuencia en la conducta del **tercero de buena fe**. En el mismo sentido GÁLVEZ VILLEGAS, al comentar la eliminación que hizo el Decreto Legislativo 986 de este elemento subjetivo especial, al modificar la redacción original de los artículos 1º y 2º de Ley 27765, reconocía que *“este elemento de tendencia interna trascendente, delimitaba las conductas que debían ser consideradas dentro del tipo penal y descartaba las que no estaban, precisamente porque se realizaban sin la finalidad de ocultar los activos frente a la administración de justicia”* (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª Edición. Ob. Cit., p. 107). Cabe anotar que en el derecho comparado contemporáneo, la adición de estos elementos subjetivos distintos del dolo se ha ido generalizando en los últimos años, con la voluntad de circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas similares que afectan el patrimonio (receptación) o la administración de justicia.(encubrimiento real). Ejemplos de esta tendencia son el artículo 72º

de la Ley costarricense 7786 de 1998, el artículo 400 bis del Código Penal mexicano y el artículo 301<sup>º</sup>.1 del Código Penal español reformado el 2010.

La ley nacional vigente demanda, pues, que el proceder doloso del agente esté siempre preordenado a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tiene que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica bastará que esa finalidad coexista en la realización de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia, transporte, traslado, ingreso o egreso del país, aunque no se logre alcanzar materialmente dicho objetivo. Sobre el particular estimamos pertinente transcribir las siguientes aseveraciones de FABIÁN CAPARRÓS : *“No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que dé por probada la voluntad del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora. De este modo, la figura resultante adoptará la estructura propia de un delito de resultado cortado que, como tal, cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta- esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales-, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda- actuar con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes-, no siendo preciso que se materialice objetivamente un resultado- el efectivo encubrimiento- que es independiente de la actuación del sujeto activo”* (Cfr. Eduardo Fabián Caparrós. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., ps. 343 y 344).

No obstante, en la doctrina nacional BRAMONT-ARIAS TORRES, al comentar dicha opción legal en la Ley 27765, la consideraba perjudicial para la operatividad del tipo penal: *“Por tanto, si en una persona no concurre este elemento, no es sancionable por este delito aunque la conducta sea dolosa. Por ej. El padre que le regala a su hija dinero que proviene de corrupción para que sufrague los gastos de su boda, es indudable que en esta conducta, la hija está recibiendo dinero que proviene de un delito, teniendo conocimiento de ello, pero no lo hace con la finalidad de evitar la identificación del mismo, por lo que este sería impune. Hubiese sido más conveniente que dicho elemento subjetivo del tipo no se exigiera, y que fuese suficiente con el hecho que el sujeto activo tenga conocimiento o pueda presumir la procedencia ilícita del bien”* (Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 527). No compartimos esta postura por entender que el ejemplo no está bien planteado. El en realidad busca asimilar al lavado de activos una situación hipotética que es propia del encubrimiento real y de sus circunstancias especiales de exculpación (Cfr. Artículos 405<sup>º</sup> y 406<sup>º</sup> del Código Penal). Además, sólo devienen en típicos y constituyen formas de lavado de activos, los actos que buscan ocultar el origen o el reciclado ilícitos de bienes para consolidar la ganancia o la mejora patrimonial producida por una actividad criminal. En efecto, la conducta de la hija de invertir el dinero ilícito en su boda sólo podría llegar a ser un supuesto típico, culpable y punible, como lavado de activos, según nuestra legislación, si lo entendemos como un **acto de transferencia u ocultamiento** que sólo puede tener tal calidad si persigue como finalidad evitar la identificación del origen de dichos fondos o evitar su incautación o decomiso. Por lo demás, la idoneidad político-criminal de la opción dogmática que sostenemos es expuesta con claridad por RAGUÉS i VALLÉS: *“En términos de eficacia parece mucho más aconsejable concentrar la intervención penal en las conductas de ocultación-consolidación, en primer lugar, porque es muy inferior el número de sujetos que están en condiciones objetivas de realizarlas y, en segundo lugar, porque la verdadera preocupación para quienes acumulan un cierto nivel de ganancias con origen delictivo no es tanto como gastar el dinero, sino como conservarlo sin despertar sospechas”* (Cfr. Ramon Ragués i Vallès. Lavado de Activos y Negocios Standard. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Lerner-La Lectura. Córdoba. 2001, p. 649).

De otro lado, es importante reiterar, una vez más, que hay notables diferencias operativas y subjetivas entre el delito de lavado de activos y los delitos convencionales de encubrimiento y

receptación. La presencia de un elemento subjetivo especial como el incorporado por el legislador peruano ayuda, justamente, a distinguir mejor el delito que analizamos de aquellas figuras delictivas tradicionales. Con las cuales, en todo caso, sólo sería de aceptar la posibilidad de un concurso aparente de leyes que se resolvería, como bien afirma GÁLVEZ VILLEGAS (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p. 118), en base al **principio de consunción y no de alternatividad o subsidiaridad** como también sostiene un sector de la doctrina nacional (Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 530 y 531).

En atención, pues, a lo expuesto, resulta coherente afirmar que sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de las razones específicas por las que se ejecutan los actos de disposición, cesión, uso, tenencia o traslado de los mismos, su comportamiento será atípico al carecer del dolo y de la tendencia interna trascendente que hemos descrito. Sobre este particular, DIEZ RIPOLLÉS ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce *“la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito”* (Cfr. Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Editorial Tecnos. Madrid. 1989, p. 92).

Es también importante destacar que en la nueva legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito que estudiamos no requiere que el autor haya actuado con ánimo de lucro. Ello permite también establecer claras diferencias entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194º del Código Penal. Esta distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, en Argentina CAFETZOGIUS ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del encubrimiento, el primero resulta *“sensiblemente más amplio ya que capta toda intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo de lucro”* (Alberto Nestor Cafetzoglus. Delitos con Drogas. Ed. Centro Norte. Buenos Aires. 1991., p. 81). Por su parte, el jurista portugués DE FARIA COSTA ha afirmado al respecto: *“Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas; pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otro un lucro ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley), como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital”* (Cfr. José de Faria Costa. O Blanqueamiento de Capitais. Separata. Jornadas de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1992, p. 20).

No obstante, en España, donde el lavado de activos fue hasta antes de la reforma de 2010 asimilado como una forma *impropia o especial* de receptación, la doctrina mayoritaria demandaba la presencia “inevitable” del ánimo de lucro (Cfr. Eduardo Fabián Caparrós. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., ps. 344 y 345). Pese a ello, algunos autores como GÓMEZ INIESTA rechazaron con acierto tal interpretación, destacando las diferencias típicas del lavado de activos: *“En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para sí de los efectos del delito actuando con propósito de enriquecimiento”* (Cfr. Diego J. Gómez Iniesta. El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español. Ob. Cit., p. 58).

Ahora bien, en el dominio subjetivo del análisis dogmático de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106, merece una referencia especial el caso de los **negocios standard o neutrales** y, particularmente, la situación de algunos profesionales que como los abogados, notarios o contadores pueden brindar sus servicios jurídicos a criminales conocidos o a personas cuya

solvencia económica les resulta de origen dudoso. Pero, además, ellos también pueden ser un medio idóneo para la realización de eficientes y sencillas operaciones de lavado de activos, como las que destaca, en el caso de los abogados, ANDRÉ LUÍS CALLEGARI: *“los abogados pueden recibir sumas elevadas de dinero en metálico de origen delictivo y depositar estos fondos en cuentas bancarias especiales constituidas a propósito para mantener fondos de sus clientes y desde las que las remuneraciones de los abogados pueden ser retiradas. Las cuentas son mantenidas a nombre del abogado y normalmente no identifica los nombres de los clientes. Para la operación de blanqueo de dinero, el abogado devuelve el dinero a través de cheque u otros instrumentos monetarios, mediante la adquisición de bienes inmuebles u otras propiedades o por otros medios. El problema es que debido al privilegio de la confidencialidad profesional entre cliente y abogado es muy difícil determinar la legitimidad tanto de los fondos como de los servicios profesionales”* (André Luís Callegari. Lavado de Activos. Ob. Cit., p.55).

Como señala la doctrina especializada, existe una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas. Se trata del espacio que corresponde a los denominados *negocios standard*. Esto es, a los servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, arquitectos etc.). Los problemas dogmáticos y de política criminal que se han producido en este ámbito, comienzan cuando se plantea la relevancia penal de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales de las cuales provienen los recursos económicos que serán utilizados como contraprestación retributiva. Sobre esto último RAGUÉS y VALLÉS advierte lo siguiente : *“La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de lavado consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas standard). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo del lavado de activos se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la previa comisión de un delito grave”* (Cfr. Ramón Ragués i Vallès. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 624).

Con relación a los problemas descritos la tendencia mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia es declarar la atipicidad o la justificación de los negocios standard. Por ejemplo, para un sector, se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Esta posición es asumida por VIDALES RODRÍGUEZ al analizar el caso de los abogados. Para ella la conducta de estos profesionales sólo estaría justificada cuando implique la realización de actos propios y compatibles con una legítima defensa penal técnica. En cambio, si ella se expresa en una asesoría que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos. Al respecto aclara: *“La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio **legítimo** de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales”* (Cfr. Catalina Vidales Rodríguez. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 122).

Para otro sector, en cambio, la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal deviene en atípica por ser adecuada socialmente, no generándose con ella un riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado. Este planteamiento es también admitido por los autores nacionales. Es así que para GÁLVEZ VILLEGAS: *“ no se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que*

*se encuentran involucrados en el delito previo v. gr. Tráfico de drogas dará lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que se mantiene dentro de lo socialmente adecuado y no supera el riesgo permitido, y que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de dinero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud a una defensa letrada que viene llevando a cabo no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio que presta; pues en estos casos la recepción del dinero o cualquier otro bien, no tiene como finalidad el ocultamiento, sino el pago de un servicio prestado”* (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Legislación Peruana. Aspectos Básicos, en Vista Fiscal N° 1. Noviembre de 2003, p.82). En términos más indirectos BRAMONT-ARIAS TORRES asume también una postura similar: *“En el aspecto doloso normalmente se asume como punto a tener en cuenta si la actividad realizada por el sujeto está dentro de una actividad cotidiana, supuesto en el cual no se configuraría el tipo penal. En caso de no asumir esta postura, se comprendería como delito conductas discutibles como los casos del taxista que cobra y recibe dinero proveniente de un delito, o el caso del abogado que cobra sus honorarios de un narcotraficante, etc., las cuales serían conductas socialmente adecuadas”* (Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 526). Por su parte, GARCÍA CAVERO evalúa una situación límite a partir del criterio de la prohibición de regreso rechazando la imputación típica: *“cuando el que realiza la prestación pueda suponer los planes del autor, ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder. Este mismo razonamiento debe mantenerse en el delito de lavado de activos, por lo que habrá de excluir la tipicidad objetiva de prestaciones socialmente estereotipadas o inocuas, a no ser que se enmarquen en un contexto marcadamente delictivo”* (Percy García Caveró. Dos Cuestiones Problemáticas del Delito de Lavado de Activos: El Delito previo y la Cláusula de Aislamiento. Ob. Cit. p. 438)

En torno al caso particular de los abogados, la jurisprudencia constitucional alemana ha marcado importantes diferencias que son resumidas por WASSMER en los siguientes términos: *“Los abogados defensores que reciben honorarios, incurren en delito, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en interpretación restrictiva del artículo 261 II StGB conforme a la Constitución, sólo cuando ellos en el momento del recibo tenían conocimiento seguro de la procedencia criminal del dinero, pues una punibilidad para hechos dolosos eventuales o negligentes intervendría de una manera desproporcionada en la libertad de práctica profesional. El riesgo de hacerse punible por recibo de dinero pondría en peligro, desproporcionadamente, el principio fundamental para una defensa penal en un Estado de derecho, de confianza entre abogado defensor y cliente. Así mismo, el abogado defensor no está obligado a hacer investigaciones sobre la procedencia del dinero recibido”* (Martin Paul Wassmer. El Delito de Blanqueo de Dinero. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal N° 28. Julio 2011, p. 209).

Para nosotros el problema de los negocios standard o neutrales puede también resolverse, si se atiende al objetivo perseguido por el agente y a la conexión de este con los fines preventivos asignados a la criminalización del lavado de activos. En este contexto, es pertinente recordar que si hay algo que caracteriza individualmente a un lavador de activos es su subordinación al mandato o su compenetración con la finalidad de quien le encarga legitimar sus bienes generados ilícitamente. La función del lavador de activos es, pues, asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan en ese espacio específico y neutral de sus negocios standard con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos

prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una **necesidad de pena**, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. Cabe señalar que en la doctrina española, una posición similar ha sido muy bien expuesta por RAGUÉS i VALLÉS del modo siguiente: *“El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios standard a sabiendas del origen delictivo de la contraprestación económica puede integrar el tipo de este delito. Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento se obtiene un criterio delimitador que dice así: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella ex post puede valorarse como un incentivo para realizar de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito”*(Cfr. RamonRagués i Vallès. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 647).

## 9.CONSUMACIÓN DEL DELITO

Los delitos tipificados por el Decreto Legislativo 1106 son delitos de peligro abstracto y por ende de pura actividad. Ellos ya no demandan, como en el caso de su regulación en la Ley 27765 luego de las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo 986, un resultado material y objetivamente verificable, a la vez que diferente de la acción ejecutada por el agente. Por consiguiente, ahora las distintas modalidades de conversión, transferencia, traslado, ingreso o egreso del país de activos de origen ilícito, descritas en los artículos 1º y 3º del Decreto Legislativo 1106 constituyen **delitos de consumación instantánea**, los cuales se perfeccionan con la mera realización de cualquiera de las conductas tipificadas.

La tentativa, según algunos autores, puede resultar configurable en determinados casos y será punible conforme a las reglas del artículo 16º del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no logre culminar el procedimiento conversor o de transferencia que ha iniciado o no alcance a iniciar el transporte acordado de los activos ilícitos, sea por la intervención de terceros o por razones ajenas a su voluntad. Al respecto, el jurista uruguayo LANGON CUÑARRO presenta algunas posibilidades de tentativa que también se adaptarían a la regulación legal del delito en nuestro país: *“se puede querer **convertir** billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa del lavado, interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa. O también se puede imaginar una **transferencia** de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa”* ( Cfr. Miguel LangonCuñarro. Código Penal. Tomo II. Ob. Cit., p. 275). Ejemplos similares para admitir la tentativa en los actos de conversión y transferencia han sido expuestos por la doctrina nacional (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 66 y 67). También podría asimilarse a una tentativa el que por desperfectos en el medio de locomoción que debe transportar el dinero ilícito, este no puede comenzar a desplazarse siendo en tales circunstancias intervenido por la autoridad.

Ahora bien, no cabe confundir, como lo destacan CARO CORIA y ASMAT COELLO, al comentar los Acuerdos Plenarios que estuvieron referidos a las estructuras típicas de la Ley 27765, la tentativa en actos dirigidos a la conversión o transferencia de activos que son frustrados por la autoridad competente, de la que podría configurarse en torno a delitos periféricos al lavado de activos como la omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas. Por ejemplo, es muy diferente la tentativa que surge por la detención del operador del transporte de dinero en efectivo de origen ilícito y que impide que se concrete la recepción o desplazamiento de tales activos, de aquella

consistente en la detección y frustración oportuna de una operación u transacción sospechosa que no fue reportada por el sujeto obligado a través de sus operarios o funcionarios competentes. En este último caso el delito ya está consumado con el movimiento financiero realizado (depósito, transferencia, etc.) aunque la posterior identificación y calificación sospechosa de dicha operación obstruya o evite sus efectos usuales (abono en cuenta, ahorro, pagos diversos). En el marco normativo del Decreto Legislativo 1106 esta situación se torna más visible, al recuperar el lavado de activos su calidad de delito de peligro abstracto, por lo que sus tipos penales para quedar realizados sólo requieren la práctica de la operación orientada por la tendencia interna trascendente de ocultar el origen de los activos o dificultar su decomiso. Por tanto, como precisan los autores citados, *“ no es necesario llegar a la fase de transformación o integración para que se configure el lavado de dinero, bastando con la mera colocación de los bienes ilícitos en el tráfico comercial. Así por ejemplo, estando en la fase de colocación, si se introducen ingresos ilegales en el sistema financiero sin que las autoridades detecten en un primer momento algún movimiento u operación sospechosa, el delito de lavado de activos se habrá consumado sin importar que luego el Oficial de Cumplimiento detecte la operación y emita un Reporte de Operación Sospechosa”* (Dino Carlos Caro Coria y Diana Marisela Asmat Coello. Ob. Cit., p.307.),

Diferente es la situación en lo que corresponde a los actos de **ocultamiento y tenencia** que sanciona el artículo 2º. En estos casos, la **naturaleza permanente** de estas modalidades delictivas determinan que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado con él se mantenga en el tiempo por propia voluntad del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que él logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos cuya tenencia mantiene el sujeto activo del delito.

Cabe señalar que lo instantáneo o permanente de la realización típica de los delitos que hemos estudiado, tiene importancia particular para efectos de resolver problemas relacionados con la prescripción de la acción penal o con la participación post consumativa. De allí, pues, que los operadores deben tener en cuenta las reglas particulares que para estos casos ha definido la legislación y la doctrina nacionales. Sobre ello y pese al tiempo transcurrido son bastante elocuentes las diferencias esbozadas por el Profesor LUIS BRAMONT ARIAS : *“Derivan relevantes consecuencias de la cualidad permanente o instantánea de un delito. En los delitos permanentes: la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo. La intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de participación en forma de coautoría o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio. En cambio, en el delito instantáneo, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completo la consumación, momento...tras el cual toda cooperación sólo podrá dar origen a responsabilidad por encubrimiento”* (Cfr. Luis A. Bramont Arias. Derecho Penal. Tercera Edición. Imprenta Vilok. Lima. 1978, ps. 290 y 291).

Un problema recurrente en la praxis judicial y fiscal ha sido la de rechazar la realización típica de una operación de lavado de activos, cuando no se logró consumir el delito al que atribuye la condición de “precedente o fuente”, cuando, en realidad, sólo cumple el rol de **delito hallazgo** que pone al descubierto operaciones de lavado de activos – principalmente actos de conversión o transferencia- que ocurrieron y se consumaron con anterioridad. El Acuerdo Plenario Nº 7-2011/CJ-116 ha fijado adecuados criterios para superar esta mala práctica de nuestros operadores de justifica en sus fundamentos jurídicos 9º y 10º. Estos criterios han sido, luego, plenamente ratificados por la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema (Cfr. Ejecutoria Suprema del 6 de diciembre de 2012, recaída en el Recurso de Nulidad Nº 2071-2011, procedente de Lima, fundamentos jurídicos 7º a 9º)

## 10. PENALIDAD

Para los delitos previstos en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106, el legislador nacional ha conminado un mismo estándar de **penas conjuntas**. Dicha penalidad aplicable a todos los supuestos delictivos tipificados en tales disposiciones, se compone de dos penas principales que son las siguientes:

- Pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
- Pena de multa de ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Al respecto, cabe señalar que al igual que en su antecesora, la Ley 27765, en la actual regulación punitiva no se han incluido penas de inhabilitación, las que sí fueron consideradas por el derogado texto original del artículo 296º A del Código Penal. Es de recordar también que en el Anteproyecto que elaboró la Comisión de Expertos del Ministerio de Justicia en junio de 2001, la pena privativa de libertad era menor (de cuatro a diez años), pero la pena pecuniaria tenía un máximo legal más elevado (ciento veinte a trescientos sesenticinco días multa).

Ahora bien, en un plano comparativo la penalidad conminada para los delitos de lavado de activos en la legislación nacional, registra uno de los estándares de sanción más altos de la Región. En efecto, en el derecho brasileño la penalidad es entre tres y diez años de prisión además de multa (Cfr. Artículo 1º de la Ley N° 9.613). En cambio en la legislación costarricense la pena privativa de libertad es de ocho a 20 años (Cfr. Artículo 69º de la Ley N° 7786) y en Colombia es de seis a quince años de prisión además de multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (Cfr. Artículo 323º del Código Penal).

## 11. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES ESPECÍFICAS

Las circunstancias son aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la intensidad y magnitud de un delito (antijuricidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave y posibilitando su adecuada punición. Su función principal es, pues, la de coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido.

Las circunstancias tienen la condición de **especiales o específicas** cuando su aplicación la limita la ley sólo para determinados delitos, como ocurre con las circunstancias previstas en el artículo 4º del Decreto Legislativo 1106. Ellas, pues, han sido incorporadas para operar exclusivamente con los delitos de conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia, transporte, traslado, ingreso o egreso del país de activos ilegales, tipificados en los artículos 1º, 2º y 3º de dicho sistema normativo. Es importante destacar que en la misma disposición normativa, el legislador ha diseñado circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes.

Las circunstancias agravantes tienen como fuente legislativa directa al artículo 3º de la Ley 27765. También podemos considerar como sus antecedentes normativos al artículo 406º C del Anteproyecto de la Comisión de Expertos de 2001 y al artículo 3º del Texto Sustitutorio Concordado de la Comisión Mixta del Congreso de 2002. Cabe mencionar que en el primero de estos documentos también se consideraba agravante que el delito sea cometido por el agente "para favorecer delitos de tráfico ilícito de drogas, contra la administración pública, terrorismo, traición a la patria o secuestro" (Cfr. Artículo 406º C, literal b).

En el derecho extranjero la incorporación de circunstancias agravantes específicas para los delitos de lavado de activos es también una práctica usual, como lo demuestran los párrafos segundo y tercero del artículo 301.1 del Código Penal español con las modificaciones de 2010 y el Artículo 324º del Código Penal colombiano.

El Decreto Legislativo 1106 ha incluido también circunstancias atenuantes lo cual constituye una acertada innovación. Como se recordará la Ley 27765 carecía de supuestos atenuados lo cual, por lo demás, era también una opción frecuente en la legislación penal latinoamericana contra el lavado de activos. Por tanto, todo parece indicar que la regulación de esta clase de circunstancias en el nuevo texto legal, responde a la influencia de otras normas del derecho penal complementario o accesorio nacional como la Ley Penal Tributaria (Cfr. Artículo 3° del Decreto Legislativo 823).

La redacción del artículo 4° es la siguiente:

*“La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:*

- 1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.*
- 2. El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.*
- 3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.*

*La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.*

*La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. La misma pena se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1º, 2º y 3º del presente Decreto Legislativo”.*

Ahora bien, es pertinente precisar que las circunstancias agravantes o atenuantes del artículo 4° **no constituyen tipos derivados, sub-tipos ni mucho menos delitos autónomos**. Como su nombre lo indica, ellas representan condiciones o factores objetivos o subjetivos que circundan periféricamente la realización de los delitos que están contenidos en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106. Carecen, pues, de autonomía operativa y su eficacia está subordinada a la realización previa o concurrente de tales delitos. En consecuencia, su presencia y operatividad no alteran ni modifican la tipicidad de las conductas delictivas, pero si intensifican o disminuyen el desvalor o antijuricidad del hecho punible cometido, así como el grado del reproche de culpabilidad que alcanza al autor.

### **11.1 Agravantes**

En el artículo 4º encontramos dos grados o niveles de circunstancias agravantes. Las circunstancias del primer nivel o grado están contenidas en los incisos 1,2 y 3. Ellas aluden, respectivamente, a la **calidad especial del agente** del delito; a la **vinculación del agente con una organización criminal** y a la **magnitud del valor de las operaciones de lavado realizadas**.

En cambio, la única circunstancia agravante de segundo grado o nivel, que aparece descrita en el párrafo tercero del citado artículo, sólo toma en cuenta las **fuentes delictivas de procedencia de los activos objeto de los actos de lavado**. Es de precisar que esta circunstancia agravante determina una mayor penalidad que aquellas que integran el primer grado o nivel.

Seguidamente haremos una revisión particular de cada circunstancia de agravación.

Comenzaremos por señalar que todas las circunstancias agravantes reguladas en el artículo 4º son de configuración dolosa. Sin embargo, para la configuración del agravante de segundo nivel la ley demanda necesariamente la concurrencia del **dolo directo**. En efecto, tal agravante requiere que el agente conozca la procedencia delictiva específica de los activos que somete a prácticas de lavado.

### 11.1.1 Circunstancias Agravantes por la Condición Personal del Agente.

Están reguladas en el **inciso 1**. Se trata de circunstancias agravantes donde la vinculación del agente con una facultad o un deber especial, derivados de su función o profesión, justifican el mayor desvalor y punibilidad del comportamiento del delincuente. Un supuesto de agravación punitiva que responde a iguales consideraciones de política criminal, es contemplado en el artículo 7º de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos de Guatemala (Decreto 67-2001): *“Si el delito de lavado de dinero u otros activos fuese cometido por quienes desempeñen un cargo de elección popular, un funcionario o empleado público, o un funcionario o empleado de la Intendencia de Verificación Especial, con ocasión del ejercicio de su cargo, se le sancionará con la pena correspondiente aumentada en una tercera parte, y demás penas accesorias. Además, se le impondrá la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público por el doble del tiempo de la pena privativa de libertad”*

Tal como lo exige expresamente la norma peruana estas circunstancias sólo se configuran a partir del abuso de la posición funcional o de la infracción deliberada de los deberes profesionales o funcionales que posee el agente, al momento de comisión del delito. De allí que en el supuesto de agravación que contiene el inciso 1, del artículo 4º, se exija que el sujeto activo **“utilice o se sirva”** de la función pública que ejerce, o de la actividad que desempeña como agente estratégico u operativo en los sectores inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.

Por tanto, para que se produzca el agravante no es suficiente constatar que el sujeto activo es un funcionario público o un agente que interactúa en los sectores vulnerables mencionados. La agravante demanda, además, una actuación abusiva en la oportunidad operativa del acto funcional o de las actividades propias del área de gestión inmobiliaria, financiera, bancaria o bursátil. En cambio, procesalmente se debe comprobar que en la comisión del delito el autor se valió indebidamente de su condición personal y de la ocasión que su rutina operativa sectorial le proporcionaron. No nos parecen atinados ni pertinentes, las advertencias que formula GÁLVEZ VILLEGAS cuando, comentando una disposición similar de la Ley 27765, señala que debían incluirse también en el agravante a aquellas personas que empíricamente incursionan en alguna de las actividades mencionadas o que las desarrollan informalmente. La razón político criminal de esta agravante no radica en la modalidad u oportunidad de intervención del autor del delito sino sobre su posición funcional formal y la proyección a través de ella de un deber especial que será infraccionado con su conducta delictiva. A nuestro modo de ver, la referencia legal a **“agente”** tiene, pues, que ser entendida siempre en sentido restrictivo y como alusiva a un ente autorizado y debidamente registrado para desarrollar actividades comerciales o financieras. El cual, además, está conectado con las políticas y patrones contra el lavado de activos, lo que, como se ha precisado, también justifica el mayor desvalor que recae sobre su proceder delictivo. (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., ps. 138 y 139). Sin embargo, es de precisar también que la legislación nacional no exige reiteración o habitualidad para que opere el efecto agravante.

En el derecho penal español se ha regulado una agravante similar aunque involucrando a otros sujetos. Esta agravante se aplica cuando el delito es cometido *“...por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio...”* (Cfr. Artículo 303º del Código Penal.). Resulta poco

explicable la incorporación, por el derecho penal hispánico, de los médicos, trabajadores sociales y educadores, los cuales no están conectados con deberes especiales derivados de las políticas y programas contra el lavado de activos. En todo caso, debieron incluirse otros profesionales más relacionados con procedimientos de lavado de activos o con su prevención, como los abogados, notarios o contadores. Esta rara decisión político criminal del derecho español vigente ha sido duramente criticada por la doctrina ibérica: *“se ha metido en un mismo saco a personas que en el desarrollo de sus actividades sí se encuentran vinculados con el blanqueo de bienes y a otras cuyas actividades distan mucho de poder ser utilizadas para esos fines”* (Cfr. Juana Del Carpio Delgado. El Delito de Blanqueo de Bienes. Ob. Cit., p.394).

### 11.1.2 Circunstancia Agravante por integrar una organización criminal.

La encontramos en el **Inciso 2**, el cual requiere que el delito sea cometido por el agente en calidad de integrante de una organización criminal. Sobre las características básicas de una organización criminal conviene recordar la definición que de **grupo delictivo organizado** hace el Artículo 2º, literal c de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En este instrumento internacional, que ha sido ratificado por el Perú, se identifica como tal a *“un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*. Precisándose, además, que un grupo estructurado es aquel *“...no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito...”*

Hay que precisar, sin embargo, que para efectos del agravante que estudiamos, no se alude a de cualquier estructura criminal, sino exclusivamente a aquellas dedicadas al lavado de activos. Tampoco es importante el tipo de organización criminal que integra el agente ni su ámbito nacional o internacional de operaciones. Ahora bien, las tipologías delictivas nos enseñan que las organizaciones criminales que operan con esta clase de delitos son de estructura flexible, con una composición limitada, con alto grado de especialización de sus integrantes y con un logrado espacio de influencia local e internacional. Conforme a su clasificación criminológica y criminalística se trata, pues de estructuras especiales derivadas del modelo conocido como **grupo central** y que los expertos denominan **empresas criminales flexibles**: *“Estas generalmente adoptan una presencia corporativa de apariencia legal y de dedicación a negocios lícitos y prósperos. Sin embargo, encubren con ello su verdadera actividad ilegal que se encuentra ligada a operaciones de lavado de dinero, defraudación tributaria o fraude en las subvenciones”* (Cfr. Víctor R. Prado Saldarriaga. Criminalidad Organizada. IDEMSA. Lima. 2006, p. 63).

Cabe anotar que en algunos sistemas jurídicos extranjeros la consideración de un agravante similar no ha podido desarrollarse por la ausencia de fórmulas legales que identifiquen en el derecho interno las características de una organización criminal. Ello ha ocurrido en el derecho penal brasileño, como lo detalla ANDRÉ LUÍS CALLEGARI al analizar el agravante del párrafo cuarto del artículo 1º de la Lei 9.613, que agrava la pena del delito de lavado de activos cometido *“por intermedio de organización criminosa”*. Según el citado autor: *“el legislador brasileño no ha tipificado lo que es una organización criminosa y, de acuerdo con ello, la doctrina brasileña sostiene que no es posible la aplicación del aumento de la pena contenida en este precepto. El legislador ha definido en el artículo 288ª CP lo que es un bando criminal, lo que permite la identificación de las conductas allí contenidas. Esto no ocurre respecto a la organización criminosa, pues no hay un precepto que establezca lo que ella significa”* (André Luís Callegari. Lavado de Activos. Ob. Cit., p.260).

Al respecto es de precisar que en la legislación penal nacional, es frecuente la inclusión de este tipo de agravantes específicas para otros delitos convencionales como el robo (Cfr. Artículo. 189º, *in fine del Código Penal*); o no convencionales como el tráfico ilícito de migrantes (Cfr. Artículo

303° B, segundo párrafo, inciso 4 del Código Penal). En todas estas disposiciones, al igual que en el inciso 2 del artículo 4º del Decreto Legislativo 1106, el legislador nacional ha considerado como factor agravante **la conexión o dependencia del agente a una organización criminal** y que el delito lo cometa en tales condiciones.

En relación con la operatividad de esta agravante, es relevante mencionar que no basta para su configuración y eficacia la mera integración del agente en una estructura criminal, o el sólo hecho de haber intervenido en la formación de una organización criminal destinada a la comisión futura de operaciones de lavado de activos. Estos casos no se asimilan al agravante que analizamos, pero sí deben subsumirse en los alcances típicos del delito previsto en el artículo 317º del Código Penal (Integración en Organizaciones Criminales) donde incluso han sido considerados como una circunstancia agravante aunque referida a la derogada Ley 27765.

Por consiguiente, pues, podemos afirmar que para el derecho penal peruano el agravante no exige una intervención plural de agentes en la ejecución del delito. Es decir, la calificante que analizamos se perfeccionará aún cuando el agente actúe individualmente y sea procesado en tal calidad. Lo que la ley demanda como condición esencial es que la conducta desplegada por el sujeto activo haya significado siempre el cumplimiento de los designios y operatividad de una organización criminal con la cual se encuentra vinculado. Por el contrario, si el delincuente realiza su acción delictiva fuera de la estructura criminal y de sus planes y proyectos delictivos, no se producirá el efecto agravante. Como ya hemos explicado, la mera pluralidad de agentes o concierto no es cubierta por esta agravante específica.

Por lo demás, el agravante no diferencia la posición que ocupa el infractor en la organización criminal. Puede tratarse de un mero órgano operativo o de quien cumple funciones de dirección estratégica o táctica. En algunos sistemas jurídicos la condición de dirección o liderazgo que ocupa el infractor en el grupo criminal merece un efecto agravante mayor. Ese criterio, por ejemplo, es asumido en el Código Penal colombiano ( Cfr. Artículo 324º).

### **11.1.3 Circunstancia Agravante por la magnitud del valor de las operaciones de lavado realizadas.**

La introducción de esta circunstancia agravante en el **Inciso 3** es otra novedad que aporta el Decreto Legislativo 1106. Sin embargo, en los delitos aduaneros que sanciona la Ley 28008 también se incluye como agravante el valor económico de los tributos fiscales o de las mercancías involucradas con la acción delictiva realizada( Cfr. Artículo 10º, literales f y j).

El legislador utiliza como unidad de referencia la **UIT** o unidad impositiva tributaria. En la medida, pues, que la operación de lavado de activos que haya realizado el agente represente un valor dinerario superior al equivalente a quinientas (500) unidades impositivas tributarias, se habrá generado el efecto agravante que señala la ley para el caso del inciso 3 del artículo 4º. Por consiguiente, será, pues, una exigencia procesal para la verificación de esta circunstancia agravante, acreditar con la pericia pertinente, que se ha lavado activos en tal proporción económica.

### **11.1.4 Circunstancia Agravante por el delito precedente del cual provienen los activos objeto de los actos de lavado.**

Se trata de una circunstancia agravante de segundo grado o nivel, regulada en el **tercer párrafo** del artículo 4º 1.4 y que genera una mayor penalidad que la contemplada para las tres circunstancias agravantes ya analizadas. Cabe mencionar que la inclusión de agravantes de segundo grado o nivel son frecuentes en la legislación nacional, particularmente en aquellos delitos considerados complejos y graves como el secuestro, el robo, o el tráfico ilícito de drogas (Cfr. Artículos. 152º *in fine*, 189º *in fine* y 297 último párrafodel Código Penal).

En el derecho penal extranjero el Código Penal español, con la reformas introducidas el 2010, también contempla en los párrafos finales del inciso 1, del artículo 301º, una agravante específica similar: *“La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368º a 372º de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374º de este Código.*

*También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V,VI,VII,VIII,IX y X del Título XIX o en algunos de los delitos del Capítulo I del Título XVI”.*

Por su parte, la legislación costarricense, en el artículo 69º de la Ley 7786, modificada por la Ley 8719 del 4 de marzo de 2009, consigna un agravante equivalente en los siguientes términos: *“La pena será de diez(10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en algunos de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas de acuerdo a la legislación vigente...”*

Ahora bien, la inclusión de esta agravante específica de segundo grado o nivel en nuestra legislación, parece justificarse por las características peculiares de la criminalidad nacional que colocan al **tráfico ilícito de drogas y al terrorismo** como las formas más graves de la delincuencia estructurada en el país. Siendo la primera la que mayor volumen de ingresos ilícitos genera. (Cfr. Víctor R. Prado Saldarriaga. Criminalidad Organizada. Ob. Cit., p. 72 y ss.). En cuanto a la segunda, los convenios multilaterales de represión del financiamiento del terrorismo, promueven un trato más severo para las operaciones de lavado de activos que se conecten con dicho delito. Por consiguiente, en relación con los estándares internacionales la consideración especial del terrorismo como delito precedente que suscita efectos agravantes de mayor magnitud resulta también acertada. Sobre a los otros delitos precedentes incluidos por el agravante, esto es, **la minería ilegal** (Artículos 307º A, 307º B y 307º C) , **el secuestro** (Artículo 152º), **la extorsión** (Artículo 200º) y **la trata de personas** (Artículos 153º y 153º A), cabe sostener que su selección también resulta razonable, por el significado propio que tienen estas infracciones al interior del Código Penal nacional ya que son referentes directos de la inseguridad ciudadana que sensibiliza actualmente a nuestra sociedad. Además, ellos representan opciones importantes para la obtención de ingentes beneficios económicos ilegales, así como por constituir formas inhumanas de explotación.

Es de destacar que **este es el único caso en la legislación penal peruana contra el lavado de activos, donde el delito fuente o precedente adquiere relevancia normativa y probatoria**. En efecto, sólo para la configuración de esta agravante específica de segundo grado o nivel, constituye presupuesto y requisito indispensable la conexión directa o indirecta de los bienes objeto de los actos de lavado que ejecuta el agente, con, cuando menos, uno de los delitos que de modo taxativo señala el párrafo tercero del artículo 4º. Por lo cual, igualmente, la prueba suficiente de esa relación se convierte en una exigencia procesal ineludible para que puedan tener plena eficacia los efectos agravantes señalados por la norma. La jurisprudencia nacional también ha puesto de relieve tal peculiaridad de esta agravante en la Ejecutoria Suprema del 8 de agosto de 2012, recaída en el Recurso de Nulidad Nº 4003-2012 procede de Lima. En esta resolución judicial se dispone la ampliación de instrucción *“para comprender a los procesados como autores de delito de lavado de activos en su forma agravada”* al existir indicios de realizar sus operaciones ilícitas con capitales provenientes del tráfico ilícito de drogas (Ver considerandos séptimo y octavo).

## 11.2 Atenuantes

Las circunstancias atenuantes que registra el párrafo *in fine* del artículo 4º del Decreto Legislativo 1106 son dos.

La primera atenuante toma en cuenta el **escaso valor de los bienes** comprometidos en la operación de lavado de activos ejecutada, el que no deberá exceder del equivalente a cinco (5) unidades impositivas tributarias. Esta atenuante era necesaria para generar una proporcionalidad punitiva adecuada para los casos de micro lavado o lavado de activos a baja escala, como los que se realizan mediante tipologías básicas de estructuración o de cambio informal de divisas o de aplicación en los casinos y casas de juego. En nuestra legislación vigente un atenuante similar se ha regulado para el caso de los delitos de defraudación tributaria (Cfr. Artículo 3° del Decreto Legislativo 813).

La segunda opción atenuante se ha construido sobre la base de un efecto premial aplicable **por actos de colaboración eficaz** que realice el agente y que generen aportes positivos para la eficacia del sistema de control penal del lavado de activos. Por ejemplo, impedir la consumación del delito; posibilitar la identificación de otros coautores o partícipes del hecho punible; y facilitar la detección o el decomiso de los activos involucrados en las operaciones de lavado en ejecución o ya ejecutadas. El derecho penal peruano también ha incorporado esta modalidad de atenuante para otra clase de delitos como aquellos contra el sistema crediticio o contra el medio ambiente (Cfr. Artículos 212° y 314° D del Código Penal).

### 11.3 Penalidad

Las circunstancias agravantes de primer grado o nivel serán reprimidas con una penalidad conjunta que comprende dos clases de penas: pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Para el caso del agravante de segundo grado o nivel, la penalidad es única y corresponde a pena privativa de libertad no menor de veinticinco años. Tratándose de esta calificante, el artículo 11° del Decreto Legislativo 1106 la excluye de la aplicación de beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional. Al respecto es de señalar que en la derogada Ley 27765 también se prohibió la concesión de beneficios penitenciarios para tal clase de agravante. No obstante, el Proyecto de Ley Penal contra el Crimen Organizado, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República el 14 de diciembre de 2012 (Proyecto de Ley N° 1833/2012.PE), ha considerado en su artículo 24° que tampoco podrían acceder a los beneficios penitenciarios los integrantes de una organización criminal *“...siempre que el delito por el que fueron condenados sea uno o más de...los tipificados en los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 1106”*

Tratándose de las circunstancias atenuantes la penalidad conminada es conjunta y comprende pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, así como pena de multa de ochenta a ciento diez días multa.

## 12. DECOMISO DE ACTIVOS INVOLUCRADOS EN EL DELITO

El decomiso o comiso ha sido considerado, históricamente, por nuestros juristas, como una medida de seguridad de naturaleza patrimonial. Por ejemplo, PEÑA CABRERA señalaba que *“el propósito de esta medida, además de preventiva de infracciones, aspira a eliminar las cosas o instrumentos peligrosos. Más bien trata de alejar del delincuente el recuerdo de aquellas cosas que le permitieron caer en el delito”*(Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Volumen I. Parte General. 3ª Edición. Editorial Sagitario. Lima.1987, p.432). No obstante, CASTILLO ALVA ha asumido una postura diferente sobre la naturaleza jurídica del decomiso, sosteniendo que *“es una clase de sanción jurídica que se basa en la peligrosidad objetiva de la cosa. Como se ha dicho, no se trata ni de una pena ni de una medida de seguridad, sino, tal como reconoce un sector importante de la doctrina, de una sanción sui generis”* (José Luis Castillo Alva. Las Consecuencias Jurídico-Económicas del delito. IDEMSA. Lima.2001, p. 197).También, tradicionalmente, los autores

nacionales han admitido que la eficacia confiscatoria del decomiso ha involucrado siempre a *“los efectos provenientes de la infracción penal (productascleris) y al de los instrumentos con que se hubiere ejecutado la misma (instrumenta sceleris) a no ser que pertenezcan a terceros que no hubieran intervenido en el delito”* (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II.Ob. Cit., p.466).

Todas estas apreciaciones resultaban, por lo demás, muy coherentes con la configuración legal, de corte convencional, que se ha otorgado evolutivamente al decomiso en nuestra legislación penal. En efecto, ellas eran funcionales a la fórmula empleada por el artículo 46° Código Penal de 1924, donde al decomiso se le denominaba confiscación que era la siguiente: *“Toda condena penal llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. Los unos y los otros serán confiscados, a no ser que perteneciera a un tercero no responsable”*. Y, también, por el texto original del artículo 102° del Código Penal de 1991 que regulaba dicha medida en los siguientes términos: *“El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción”*.

Sin embargo, la relación entre decomiso y lavado de activos ha trascendido la mera conexión accesoria, al extremo de constituir, realmente, un antecedente estratégico en la prevención y control de tales prácticas ilícitas. Al respecto, cabe destacar que hasta antes de plantearse la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de activos, lo cual tiene lugar en 1986 a través del artículo 2, literal c del Proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, las únicas estrategias internacionales para poder incidir en la capacidad económica y financiera de las organizaciones criminales fueron, precisamente, la incautación y el decomiso de sus productos y ganancias (Cfr. Comisión de Estupefacientes. Aplicación y Elaboración de Instrumentos Internacionales sobre la Fiscalización de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Documento E/CN.7/1982/2 del 17 de junio de 1986 ,p.7). En efecto, en el documento denominado Estrategias y Políticas Internacionales de Fiscalización de Drogas publicado en 1982 por la División de Estupefacientes de las Naciones Unidas, se sugería como una política complementaria importante contra las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas : *“Identificar transacciones financieras vinculadas al tráfico ilícito de drogas y **disponer que las sentencias garanticen la pérdida, por los traficantes, de cualquier beneficio que hubieran obtenido. Se deberán examinar otras medidas posibles para privar a los infractores del producto del delito”*** (División de Estupefacientes. Estrategia y Políticas Internacionales de Fiscalización de Drogas. Naciones Unidas. Nueva York.1982,p.15)

Posteriormente, con esa misma orientación, las Convenciones de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas-Convención de Viena de 1988 (Artículo 5°) y contra la Delincuencia Organizada Transnacional-Convención de Palermo de 2000 (Artículo 12°), al proponer expresamente la tipificación y punibilidad del lavado de activos, también consideraron a la incautación y al decomiso como complementos indispensables para la efectiva prevención y represión de dicho delito. En el ámbito Regional los artículos 4° y 5° del Reglamento Modelo americano de la CICAD-OEA, también demandaron la regulación y aplicación de tales medidas. Como bien anota RAMÍREZ BARBOZA: *“Uno de los aspectos más destacados en este grupo de medidas es el relativo al manejo de bienes provenientes de las actividades delictivas, para lo cual se crean instrumentos que imposibilitan su manejo y productividad”* (André Luís Callegari-Manuel Cancio Meliá. Paula Andrea Ramírez. Crimen Organizado. Tipicidad, Política, Investigación y Proceso .ARA Editores. Lima .2009, p.93). Es, pues, a partir de estos instrumentos internacionales, que se incorporan medidas inicialmente controvertidas, pero finalmente asimiladas por el derecho interno de los Estados, como los decomisos prejudiciales o pre condena, la inversión de la carga de la prueba sobre el origen ilícito de los bienes y ganancias, así como los procedimientos especiales de extinción de dominio.

En la actualidad, tales variantes funcionales ocurridas en la configuración y operatividad de las medidas de incautación y decomiso, han sido validadas y ratificadas, recientemente, por la Nueva Recomendación 4 del Grupo de Acción Financiera-GAFI (2012), en los siguientes términos: *“Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o decomisar y confiscar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto del, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretenda utilizar o asignar para ser utilizados en, el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.*

*Estas medidas deben incluir la autoridad para (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas.*

*Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales”. La nota interpretativa correspondiente a esta recomendación también destaca que su propósito y disposición esencial debe trascender el ámbito jurisdiccional interno y proyectarse plenamente sobre los requerimientos de cooperación judicial internacional: “Los países deben establecer mecanismos que permitan a sus autoridades competentes manejar con eficiencia y, cuando sea necesario, disponer de, los bienes que se hayan congelado o decomisado, o que hayan sido confiscados. Estos mecanismos deben ser aplicables tanto en el contexto de procesos internos, como siguiendo peticiones emanadas de otros países” (Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. Las Recomendaciones del GAFI. Edición publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Lima. Agosto.2012, p.12).*

Resulta, pues, notorio que el decomiso de los activos objeto de acción del delito sigue constituyendo una consecuencia accesoria necesaria en las estrategias internacionales y nacionales contra el Lavado de Activos. Fundamentalmente porque todas ellas no sólo procuran que el delincuente *“se sienta en sus millones”*, como interpreta GARCÍA CAVERO ( Percy García Caverro. Dos Cuestiones Problemáticas del Delito de Lavado de Activos: El Delito previo y la Cláusula de Aislamiento. Ob. Cit. p. 436), sino que, además, los pierda definitivamente. De allí que en el derecho penal comparado contemporáneo, la represión del lavado de activos contemple también de modo imprescindible el decomiso de los *“bienes, efectos y ganancias”*. Ese es el caso, por ejemplo, del artículo 7° de la Ley brasileña 9.613 de 1998, cuyo contenido precisa al respecto: *“Son efectos de la condena, además de los previstos en el Código Penal:*

*I-La pérdida, en favor del Estado, de los bienes, derechos y valores objeto del crimen previsto en esta ley, con excepción del derecho del perjudicado o del tercero de buena fe”.*

En nuestro sistema legal la relación normativa de la incautación y el decomiso con las políticas y estrategias nacionales contra el lavado de activos ha sido siempre constante y directa. En lo fundamental ella ha procurado adaptarse plenamente a los estándares internacionales. Es así que tanto la Ley 27765 como el artículo 102° del Código Penal, luego de su reforma a través del Decreto Legislativo 986, han incidido en la obligación legal de aplicar estas medidas sobre los productos y ganancias objeto de las operaciones de lavado de activos. Incluso mediante un frustrante Decreto

legislativo 992, modificado por la Ley 29212, se ensayó una modalidad de procedimiento de extinción de dominio, siguiendo el modelo colombiano, cuya legitimidad fue siempre objetada por atribuírsele contradicciones constitucionales y civiles (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p.280 y ss.).

Ahora bien, pese a tales observaciones,, en concordancia con lo sostenido por GÁLVEZ VILLEGAS, cuyos argumentos compartimos, consideramos que conforme al derecho interno e internacional sobre la materia, es perfectamente **“viable la acción real de decomiso, autónoma e independiente del proceso penal orientado a la imposición de la pena o demás consecuencias jurídico penales”** (Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p 251). Muestra de ello es la insistencia del legislador nacional por dar operatividad a esta clase de procedimientos especiales con la abrogación del Decreto Legislativo 992 y su reemplazo por el Decreto Legislativo 1104 y su Reglamento; ambos elaborados con mejor técnica legislativa y sistemática, lo que permite vislumbrar con mayor optimismo la aplicación inmediata en el país de esta clase de acciones reales de decomiso. Precisamente, en el artículo 2° de la primera de estas innovadoras disposiciones legales, se ratifica la legitimidad, garantías y alcances de tal modalidad de decomiso señalándose expresamente lo siguiente: **“2.1. La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso.**

**2.2. Se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal, y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado”.**

En el Decreto Legislativo 1106 es el artículo 9° el que hace expresa referencia a medidas de incautación y decomiso del objeto de acción del delito lavado de activos. Según esta disposición legal: **“En todos los casos el juez resolverá la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a lo previsto en el artículo 102° del Código Penal”.**

Una primera interrogante que surge del artículo 9°, radica en el empleo alternativo del término incautación junto al de decomiso que utiliza su fórmula legal. Al respecto caben dos posibilidades. O se trata de sinónimos, entendiendo que ambos términos se refiere a una incautación definitiva; o que la norma comprende tanto al decomiso o pérdida definitiva de dichos bienes ilícitos, así como a medidas coercitiva reales y transitorias de incautación provisional. La duda surge debido a que la norma citada conecta ambas expresiones, incautación o decomiso, con el artículo 102° del Código Penal que en su regulación original trataba exclusivamente de una consecuencia accesoria consistente siempre en la pérdida definitiva de los productos, efectos e instrumentos de un delito. No obstante, el texto vigente de dicha norma, que fue introducido por el Decreto Legislativo 982, también se refiere ahora a medidas de incautación provisional del modo siguiente: **“El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiera ejecutado así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto provenientes de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello.**

**El Juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales.”** Con esta disposición queda claro que se trata de medidas con fines, reglas y oportunidades de aplicación diferentes. Por lo demás, en la legislación peruana el término decomiso tiene siempre un sentido confiscatorio y no preventivo o temporal. Lo cual es ratificado por el Anteproyecto de Código Penal 2008-2010, cuando diferencia normativamente la función y eficacia de la incautación en su artículo 108°: **“El Juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo al decomiso, la medida de incautación**

**y demás medidas cautelares que resulten pertinentes sobre los instrumentos, efectos o ganancias del delito, debiendo proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales**". Es de señalar que el citado Anteproyecto también renueva con tino la regulación del decomiso, regulando opciones adecuadas para su aplicación en casos de transformación u ocultamiento de los bienes de origen delictivo o de su mezcla con bienes lícitos (Cfr. Artículos 104° a 106°).

Cabe destacar, sin embargo, que en algunos sistemas jurídicos extranjeros, como el costarricense, se otorga al decomiso el significado de una incautación preventiva, reservando para el término comiso el sentido semántico de afectación definitiva de los efectos del delito (Cfr. Artículos 25° y 34° de la Ley 8574 de Costa Rica o Ley Contra la Delincuencia Organizada del 22 de julio de 2009). No obstante, como ya se ha mencionado, no es esa la posición asumida por la legislación nacional.

Un segundo aspecto que también debe esclarecerse en torno al tenor del artículo 9° del Decreto Legislativo 1106, consiste en explicar la necesidad de incluir una disposición de remisión al artículo 102° del Código Penal en vez de proponer una regulación especial sobre la incautación o decomiso en los delitos de lavado de activos. Al parecer, el objetivo perseguido por el legislador al hacer tal referencia y reenvío normativo ha sido simplemente sistemático. A través del artículo 9° se ha pretendido, únicamente, superar las incertidumbres y desarmonías generadas con la Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 986 de 2007, en lo concerniente a la identificación del órgano estatal que asumiría la custodia o administración de los bienes incautados o decomisados por su vinculación con delitos de lavado de activos. En efecto, la Exposición de Motivos de dicha norma complementaria señalaba lo siguiente: *"se establece que la administración del dinero, bienes, efectos o ganancias ilegales, que hayan sido incautados por el delito materia de la Ley 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, se llevará a cabo de la misma forma que lo dispuesto sobre la materia respecto al delito precedente. Ello por determinar un orden y responsabilidad sobre todo sobre bienes incautados por el delito precedente de tráfico ilícito de drogas"*. Actualmente, con el Decreto Legislativo 1104 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 093-2012-PCM, se ha unificado en la Comisión Nacional de Bienes Incautados-CONABI la custodia y administración de los bienes, efectos o ganancias del delito, que sean incautados y decomisados por disposición judicial. Por consiguiente, la mencionada Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 986 ha perdido toda utilidad. En efecto, ahora, conforme al Reglamento del Decreto Legislativo 1104, corresponde de manera exclusiva y excluyente a la Comisión Nacional de Bienes Incautados-CONABI recepcionar los activos incautados y decomisados así como *"dictar las medidas destinadas a la mejor conservación y custodia de los bienes incautados y decomisados, a fin de evitar la pérdida, deterioro, inoperatividad, sustracción o sustitución de estos y sus componentes, así como la ocupación ilegal o indebida de inmuebles por terceras personas"* ( Cfr. Artículos 7° y 13°). Asimismo, dicho organismo tendrá a su cargo los procedimientos de administración y disposición de tales bienes ( Cfr. Artículos 15° al 17°) con facultades para realizar los siguientes actos:

- a) Asignación en uso personal.
- b) Arrendamiento.
- c) Medidas de Conservación, custodia u otras modalidades que defina la autoridad competente.
- d) Asignación definitiva.
- e) Destrucción

Por lo demás, la aplicación de incautaciones y decomisos sobre los efectos y ganancias del delito de lavado de activos, al no tener un procedimiento propio y especial en el Decreto Legislativo 1106, se regirán por los presupuestos, requisitos y formas que para tales medidas se regulan en el Código Procesal Penal. Por consiguiente, serán de aplicación los artículos pertinentes sobre incautación de bienes (Artículos 218° a 223°) y sobre sentencias condenatorias y su ejecución (Artículos 399°, inciso 4; 493°, inciso 2 y 3; y 494°). Con relación a la incautación de bienes muebles o inmuebles

NEYRA FLORES precisa que *“si se trata de un bien mueble, se procederá de manera que se tomen bajo custodia y si es posible se inscribirá en el registro correspondiente, y si se trata de bienes inmuebles o de un derecho sobre él, adicionalmente a su ocupación se operará de manera que se anote en el registro respectivo dicha medida, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva”*(José Antonio Neyra Flores. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. IDEMSA. Lima. 2010,p. 638). Ahora bien, como refuerzo operativo para la eficacia de las medidas de incautación se ha emitido por la Presidencia del Poder Judicial, la Resolución Administrativa N° 145-2013-P-PJ del 24 de abril de 2013 o Circular para la Debida Inscripción de la Medida de Incautación en los Registros Públicos. En ese sentido los artículos 1º y 21 ratifican la obligación del órgano jurisdiccional de comunicar a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP o a la Comisión Nacional de Bienes Incautados y Decomisados – CONABI, las resoluciones que emitan disponiendo o confirmando medidas de incautación. En coherencia con la utilidad de tales medidas en Considerando Primero de la Circular citada precisa: *“Que, en la lucha contra la criminalidad organizada, la incautación de los efectos o ganancias provenientes de la infracción penal contribuye a revertir el proceso de acumulación de riqueza ilícita de las organizaciones criminales”*

Cabe anotar, que toda acción dirigida dolosamente a frustrar un decomiso sobre los bienes de origen delictivo de una persona jurídica, constituye delito tipificado y sancionado por el párrafo segundo del artículo 417° A del Código Penal (*“La misma pena-pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro- se aplicará a quien como representante de una persona jurídica, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada, con la finalidad de eludir total o parcialmente la imposición de una consecuencia accesoria en el proceso penal respectivo”*).

Finalmente, debemos destacar que en el artículo 28° del Proyecto de Ley contra el Crimen Organizado también se regula con detalle el decomiso y la incautación de objetos, instrumentos, efectos o ganancias provenientes de delitos que, como el lavado de activos, hayan sido cometidos a través de una organización criminal, o cuando tales bienes estén al servicio de dicha estructura delictiva. Al respecto el inciso 4 de dicha norma señala que *“En todo caso, para dictar cualquiera de estas medidas se tendrá en cuenta las reglas previstas en los artículos 102° y 103° del Código Penal”* ( Cfr. Proyecto de Ley N° 1833/2012.PE).

### **13. CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A PERSONAS JURÍDICAS**

Las consecuencias accesorias son sanciones penales especiales aplicables a las personas jurídicas que resultan vinculadas desde su actividad, administración u organización, con la ejecución, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible, en este caso, operaciones de lavado de activos. (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal. IDEMSA. Lima. 2009, p. 80 y ss.).Constituyen una vía intermedia o de tránsito hacia la atribución de una responsabilidad penal propia y directa para las personas jurídicas (Cfr. Roxanna L. Reyes Tello ¿Responsabilidad o Irresponsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. IDEMSA. Lima. 2010, p. 66 y ss.). Su naturaleza punitiva resulta, pues, en la actualidad, plenamente contrastable desde su configuración legal, aplicación formal y eficacia social.

Tradicionalmente la justificación de la responsabilidad penal directa y, por ende, de la punibilidad propia de las personas jurídicas (mayormente entendidas como empresas que promueven, toleran o desarrollan delitos como prácticas disfuncionales) ha girado en torno a criterios normativos a la vez que a evidentes demandas de política criminal. En ese contexto, se ha hecho referencia predominantemente a modelos de atribución basados en la existencia de defectos de organización o por la aplicación de una deficiente administración y control de riesgos; o por la proyección sistémica de una filosofía criminógena que vincula al ente colectivo y a sus órganos gestores u operativos (Cfr. Klaus Tiedemann. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, en Anuario

de Derecho Penal 96. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, p.125; GüntherHeine. La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución y Consecuencias Nacionales .AA.VV. La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas: Una Perspectiva Comparada. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001, p.69 y ss.). **DÍEZ RIPOLLÉS** sistematiza todas estas propuestas en tres opciones justificativas y explicativas: 1) el modelo de transferencia de responsabilidad; 2) El modelo de autoresponsabilidad; y 3) El modelo mixto. Cada uno con sus propios criterios, argumentos y alcances (Cfr. José Luis DíezRipollés. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Regulación Española. Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. Ob. Cit. P. 137 y ss.)

Sin embargo, es evidente que este tipo de cuestiones dogmáticas estuvieron alejadas del Código Penal peruano cuando se incluyó entre sus normas el artículo 105° sobre consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas. Es más, todavía ellas se discuten o descompasan en la visualización que se tiene en la doctrina y jurisprudencia nacionales sobre su naturaleza penal así como sobre su utilidad y futuro, especialmente cuando se les incluye como estrategias para la prevención y control de delitos de criminalidad organizada como el lavado de activos. Por ejemplo, REYNA ALFARO, con evidentes escrúpulos, califica a las consecuencias accesorias como *“sanciones sui generis ubicadas a caballo entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. Su relación con las sanciones administrativas tiene que ver con su estructura ontológica en tanto con medidas previstas comúnmente en el Derecho Administrativo sancionador, mientras que con las sanciones penales les une el fin perseguido-el preventivo- y la jurisdiccionalidad de su imposición”* (Luis Miguel Reyna Alfaro. Panorama Actual de la Responsabilidad Penal de las Empresas. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 37.Julio 2012,ps. 131 y 132). Por su parte GÁLVEZ VILLEGAS, siguiendo a CASTILLO ALVA, sin mayor explicación dogmática o político criminal, las cataloga como *“medidas administrativas vinculadas a la comisión de un delito”*, lo cual contradice abiertamente su presencia en el Código Penal y su aplicación concreta en la sanción de delitos que involucran a entes colectivos, sobre todo en el ámbito del lavado de activos como se ha puesto en evidencia con las trascendentes reformas ocurridas en la legislación española. Por lo demás, es evidente, conforme a nuestras normas orgánicas y competenciales, que no le está autorizado a la judicatura penal la aplicación de sanciones administrativas sólo tiene legitimidad para imponer consecuencias civiles reparatorias (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos.2ª. Edición. Ob. Cit., p. 268). Son rechazables, igualmente, posiciones tradicionales y reaccionarias, como la sostenida con escaso sentido crítico por ALPACA PÉREZ, quien parece mantener la utópica idea de que las personas jurídicas están al margen de delitos como el lavado de activos o que debe auspicarse su impunidad en los casos en que resulten involucradas en tales actos por carecer de *“capacidad de acción y de culpabilidad”*, debiendo de aplicárseles, solamente, medidas de eficacia preventiva (Cfr .Alfredo Alpaca Pérez. Reflexiones en torno al estado actual de la *“responsabilidad penal”* de las personas jurídicas a partir del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 40. Octubre 2012, p.73 y ss.).

La empresa criminal encubierta o las personas jurídicas criminógenas no encuadran, pues, con facilidad, en ese tipo de razonamientos y modelos más próximos a delitos de fraude financiero o de abuso de poder económico, que de legitimación de capitales o financiación del terrorismo. No obstante, la presencia de consecuencias accesorias entre las sanciones penales que contempla el Decreto Legislativo 1106, para reprimir la presencia de personas jurídicas en el núcleo o en la periferia de operaciones de lavado de activos, es pertinente aún con sus conocidas limitaciones. En efecto, la criminalización de la persona jurídica es una necesidad estratégica para la eficacia de toda política de prevención y control nacional e internacional del lavado de activos. Por lo demás, su presencia y conexión activa con operaciones de lavado de activos ha sido evidenciada reiteradamente en nuestra jurisprudencia desde inicios del presente siglo como lo demostró el denominado caso Foguel (Cfr. Considerando Sexto de la Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 2004. Recaída en la causa R.N.º 2202-2003 de la Sala Penal Permanente. Procedente del Callao). Por tanto, las decisiones legislativas al respecto no se pueden eludir ni esperar un sustento

dogmático más adecuado que controle todo riesgo potencial de arbitrariedad como exige, con acierto y rigurosidad dogmática, GARCÍA CAVERO: *“queda completamente claro que no basta con el reconocimiento legislativo de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que la dogmática penal debe, antes o después de la reforma legal correspondiente, proveer de los insumos dogmáticos necesarios para sustentar la imposición de una sanción penal a las personas jurídicas. Sino se trabaja en la legitimación jurídica de estas medidas, se habrá vuelto a la época en la que la Administración de Justicia se realizaba de manera arbitraria, con absoluta carencia de razones justificadas para intervenir sobre los ciudadanos”* (Percy García Caveró. ¿Debe regularse una responsabilidad penal de las personas jurídicas? Esbozo de un modelo de atribución. 20 Años de Vigencia del Código Penal Peruano. Raúl Pariona Arana-Director. Grijley. Lima. 2012, p. 415).

Es, pues, la oportunidad de empezar a construir esa legitimación jurídica, como lo es, también, de aplicar con eficiencia esta nueva estrategia contra el circuito del capital de las organizaciones criminales que se encubre y desplaza a partir de la organización y servicios de las personas jurídicas de fachada. Para esto último, en el artículo 8° del Decreto legislativo 1106, se ha incluido un nutrido catálogo de consecuencias accesorias que se aplicarán a las personas jurídicas que resulten involucradas en la comisión, favorecimiento, facilitación u ocultamiento de delitos de lavado de activos, en cualquiera de las modalidades tipificadas por los artículos 1°, 2° y 3°. El contenido de dicha norma es el siguiente:

*“Si los delitos contemplados en los artículos 1°, 2° y 3° del presente Decreto Legislativo fueren cometidos en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización o servicios, para favorecerlos o encubrirlos, el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las siguientes consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta:*

1. *Multa con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas Unidades Impositivas Tributarias.*
2. *Clausura definitiva de locales o establecimientos.*
3. *Suspensión de actividades por un plazo no mayor de tres años.*
4. *Prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*
5. *Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.*
6. *Disolución de la persona jurídica.*

*Simultáneamente a la medida impuesta, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un periodo de dos años.*

*El cambio de la razón social o denominación de la persona jurídica o su reorganización societaria, no impide la aplicación de estas medidas”*

No cabe duda de que se trata de una innovación pertinente a la vez que oportuna, pues satisface una reiterada exigencia de la doctrina penal nacional (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Grijley. Lima. 2007, p. 185) y un requerimiento constante de los instrumentos internacionales de la materia, como la nuevas recomendaciones 3 y 35 (2012) del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI. En efecto, la Nota Interpretativa de la primera de estas recomendaciones demanda en su literal (c) lo siguiente: ***“Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales del derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal***

***de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas***” (Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. Las Recomendaciones del GAFI. Edición publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Ob. Cit., p.37).

Por lo demás, con el artículo 8° del Decreto Legislativo 1106 se logra cubrir un notorio vacío y fuente de impunidad que posibilitaba indirectamente la Ley 27765. Efectivamente, en la actualidad la información criminológica y criminalística disponible, ha demostrado que en el *modus operandi* del delito de lavado de activos en nuestro país, la intervención de la persona jurídica no sólo es frecuente, sino que, además, en el mayor número de casos resulta determinante para la materialización exitosa de tales actos ilícitos.

La fuente legal de la norma que estamos comentando la encontramos en el artículo 17° del Decreto Legislativo 813 (Ley Penal Tributaria) y en el artículo 11° de la Ley 28008 (Ley de los Delitos Aduaneros).

En el derecho penal extranjero sólo la legislación española regulaba esta clase de sanciones en la redacción original del artículo 129º del Código Penal de 1995. Sin embargo, a través de la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio de 2010 se les concedió la condición de penas aplicables a las personas jurídicas (Cfr. Artículo 33°, apartado 7 del Código Penal español). Sobre esta importante transformación se ha señalado lo siguiente: *“Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente”* (Apartado VII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010). No obstante, un sector de la doctrina española califica de limitada esta reforma por privilegiar con sus ambigüedades un modelo de atribución indirecto o derivado en vez de haber optado a plenitud por uno directo o propio. Al respecto ZÚÑIGA RODRÍGUEZ refiriéndose a los alcances normativos del nuevo artículo 31° bis, ha sostenido que con el modelo elegido *“se corre el riesgo de mantener una responsabilidad vicarial, totalmente dependiente de la persona física que, al parecer, el legislador quiso evitar”* (Laura Zúñiga Rodríguez. SocietasDelinquerePotest. La Reforma Penal de 2010. Ratio Legis. Salamanca. 2011, p. 14).

En el texto vigente del artículo 302°.2 del Código Penal español se ha dispuesto la aplicación preeminente de penas de multa para las personas jurídicas implicadas en delitos de lavado de activos. Según SILVA SÁNCHEZ la multa cumple en estos casos una función de *“medida externa para la auto-organización (esto es, como un medio de presión para la corrección de estados antijurídicos)”* (Jesús – María Silva Sánchez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español. Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. Ob. Cit., p. 376). No obstante, como lo destaca MANJÓN-CABEZA OLMEDA (Ob. Cit., p. 346), también es posible la aplicación de otras penas como la disolución de la persona jurídica, la clausura de locales o su intervención; sanciones que también ha incluido el Decreto Legislativo 1106 en su artículo 8° aunque, todavía como consecuencias accesorias.

En nuestra Región, el derecho penal guatemalteco, desde el año 2001, también ha dispuesto la imposición directa de penas para las personas jurídicas que resulten comprometidas en delitos de lavado de activos incluyendo supuestos de reincidencia. En efecto, el artículo 5° del Decreto 67-2001 (Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos) establece lo siguiente: *“Serán imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus propietarios, directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o representantes legales, los delitos previstos en esta ley, cuando se tratara de actos realizados por sus órganos regulares siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios.*

*En este caso, además de las sanciones aplicables a los responsables, se impondrá a la persona jurídica una multa de diez mil dólares (EUA \$ 10,000.00) a seiscientos veinticinco mil dólares (EUA \$ 625,000.00) de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, atendiendo a la gravedad y circunstancias en que se cometió el delito, y se apercibirá que en caso de reincidencia se ordenará la cancelación de su personalidad jurídica en forma definitiva.*

*También se sancionará a la persona jurídica con el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de las costas y gastos procesales, y la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país".* Cabe señalar que Venezuela también incluye una responsabilidad penal directa para las personas jurídicas involucradas en operaciones de lavado de activos en el artículo 26° de su Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada de 2005.

Ahora bien, a diferencia de lo acontecido en España, Guatemala y Venezuela donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha procurado regularse de manera directa e independiente de la que corresponda a la persona física que realizó el hecho punible o **hecho de referencia** (Cfr. José Miguel Zugaldía Espinar. La responsabilidad Criminal de las personas Jurídicas: Problemas Generales. La Cuestión en el Derecho Penal Español. Separata de la Conferencia pronunciada en la Corte Suprema de Justicia .Lima. Julio de 2010, p. 6; diferente Laura Zúñiga Rodríguez. SociedadesDelinquerePotest. La Reforma Penal de 2010. Ratio Legis.Salamanca. 2011, p.14), el artículo 8° del Decreto Legislativo 1106 del Perú exige aún una **responsabilidad por reflejo o vicaria**. Esto es, para que puedan aplicarse consecuencias accesorias a la persona jurídica implicada se requiere que, simultáneamente, se haya identificado, procesado y sancionado penalmente a la persona natural que fue autora material del delito de lavado de activos donde el ente colectivo resultó involucrado o beneficiado. Esta responsabilidad paralela, como sostiene ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, constituye un insalvable escollo legal y de imputación que incide en la efectividad político criminal de las consecuencias accesorias, a la vez que reduce sensiblemente su oportunidad aplicativa (Cfr. Laura Zúñiga Rodríguez. Las Consecuencias Accesorias Aplicables a las Personas Jurídicas del Art. 105 CP: Principales Problemas de Aplicación. Anuario de Derecho Penal 2003, p. 496).

No obstante, al margen de las limitaciones anotadas el mayor problema que generan las consecuencias accesorias a la judicatura peruana radica en la ausencia de reglas propias y específicas para su fundamentación y determinación.

Esto es, reglas claras y operativas que orienten al Juez para elegir, de modo cualitativo y cuantitativo, el tipo y la magnitud de la consecuencia accesoria que debe de aplicarse a la persona jurídica en el caso concreto. En tal sentido, una evidente exigencia de *legeferenda* sigue siendo la configuración legal de criterios y prácticas que permitan superar tales carencias. Lo cual de alguna manera ha pretendido legislar el artículo 110° del Anteproyecto de Código Penal de la Comisión Especial Revisora 2008/2010. No obstante, el artículo 8° del Decreto Legislativo 1106 también fija algunas pautas al respecto al señalar que ***"el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las(....)consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta"***

Consideramos que en este dominio, como lo ha establecido también el Fundamento Jurídico 14° del Acuerdo Plenario N° 7-2009/ CJ-116 del 13 de noviembre de 2009, la autoridad judicial para determinar las consecuencias accesorias que resulten aplicables al hecho *sub judice* deberá de realizar dos operaciones o etapas de constatación. En **un primer momento** se debe comprobar la existencia de los presupuestos generales que legitiman la imposición de una consecuencia accesoria a un ente colectivo. Tales presupuestos son los siguientes:

- a. Que se haya cometido un delito.** No hay posibilidad legal de aplicar consecuencias accesorias predelictuales.
- b. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.** Este presupuesto se constituye, además, en el principal criterio de imputación penal a tomar en cuenta, a la vez que el *themaprobandum* esencial para poder sancionar a la persona jurídica.
- c. Que se haya condenado penalmente al autor (físico) específico del delito.** Este presupuesto implica verificar una condición objetiva para la imposición de la consecuencia accesoria. Como se mencionó anteriormente, para nuestra legislación vigente deviene en indispensable constatar la condena penal de una persona natural por el delito imputado a la persona jurídica, para que sea viable la imposición de consecuencias accesorias a la misma. Se requiere, pues, una punibilidad paralela entre persona natural y persona jurídica. Sin embargo, no es necesario que se haya aplicado a la primera una pena o que de imponérsele esta tenga carácter efectivo. Por tanto, se podrá aplicar una consecuencia accesoria a la persona jurídica aún cuando a la persona natural se le exima de pena o se le imponga pena privativa de libertad con ejecución suspendida o se le reserve el fallo condenatorio. No es suficiente, sin embargo, que el hecho sea típico y antijurídico y no haya condena sobre la persona natural implicada, como señala GÁLVEZ VILLEGAS, pues ello, desde nuestra perspectiva, no habilitaría al juez para aplicar la consecuencia accesoria a la persona jurídica; además, tal flexibilidad del autor citado no resulta compatible con la propia definición que le otorga a esta clase de sanciones penales: “medidas administrativas vinculadas a la comisión de un delito” (Cfr. Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p. 268 y la nota a pie de página N° 361).

En un **segundo momento** el órgano jurisdiccional debe definir la condición y la magnitud o intensidad de las consecuencias accesorias a imponer. Se trata en lo esencial de una valoración judicial sobre la antijuricidad de los actos desplegados por la persona jurídica y de los efectos que ellos han generado. En un nivel operativo esta etapa persigue, pues, identificar y valorar diferentes circunstancias referentes a la modalidad y oportunidad de la intervención de la persona jurídica en el delito, así como a las actividades y niveles concretos de su estructura organizacional que motivaron, sirvieron o favorecieron la producción o el ocultamiento del hecho punible. También corresponderá que en esta segunda fase de la determinación de consecuencias accesorias, el juez realice una evaluación objetiva de la gravedad de los daños generados al bien jurídico y a terceros, así como de los actos espontáneos de resarcimiento que haya ejecutado el ente colectivo. Desde un enfoque preventivo resulta igualmente necesario emitir en esta fase un pronóstico de riesgos futuros de reincidencia. El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 7-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, también aporta importantes recomendaciones para desplegar con acierto esta actividad. Entre ellas cabe destacar el listado de criterios, circunstancias e indicadores de determinación que contiene su Fundamento Jurídico 16° y que son los siguientes:

- a. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
- b. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
- c. La gravedad del hecho punible realizado
- d. La extensión del daño o peligro causado.
- e. El beneficio económico obtenido con el delito.
- f. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- g. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

- h. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

Este mismo listado de circunstancias e indicadores de determinación de consecuencias accesorias, viene siendo promovido por el Proyecto de Ley Penal contra el Crimen Organizado presentado al Congreso de la República por el Poder Ejecutivo el 14 de diciembre de 2012 (Proyecto de Ley N° 1833/2012.PE.Véase Segunda Disposición Complementaria Modificatoria).

Cabe señalar, además, que criterios y circunstancias similares han sido considerados por el nuevo artículo 66° *bis* del Código penal español, a fin de que los jueces determinen y motiven adecuadamente las penas correspondientes a las personas jurídicas. No obstante, ZUGALDÍA ESPINAR considera que las reglas al respecto resultan sumamente complejas por su exagerado casuismo: *“Resulta criticable que el art. 66 bis CP, que establece el sistema de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas se haya contagiado (o inspirado) del casuismo desafortunado del correspondiente art. 66 CP (para personas físicas). El sistema de determinación de la pena previsto en el art. 66 bis CP es, en efecto, de una gran complejidad y persigue un trasnochado automatismo-tipo dosimetría penal-agravante de reincidencia incluida, que el razonable y –razonado- arbitrio judicial”* (José Miguel Zugaldía Espinar. La responsabilidad Criminal de las personas Jurídicas: Problemas Generales. La Cuestión en el Derecho Penal Español. Ob. Cit., p. 12)

Estimamos que el modelo de determinación judicial de consecuencias accesorias que hemos descrito puede resultar, de momento, un adecuado complemento funcional a las restricciones del artículo 8°, posibilitando, además, que la aplicación de esta clase de sanciones penales adquiera mayor significado y utilidad en la praxis judicial contra el lavado de activos. Lo cual es en la coyuntura actual relevante, debido a la presencia, cada vez más frecuente y directa, de modalidades de criminalidad organizada que como el lavado de activos, el tráfico ilícito de drogas o la financiación del terrorismo, suelen recurrir a personas jurídicas, incluso a aquellas sin fines de lucro, para viabilizar sus complejas tipologías delictivas.

De otro lado, mantenemos la confianza de que en un futuro inmediato el derecho penal nacional, al igual que el español, deje de transitar el ambiguo espacio de las consecuencias accesorias e ingrese al ya irreversible escenario de la responsabilidad penal propia y de las penas directas para las personas jurídicas que delincan, sobre todo en el ámbito del lavado de activos. Sólidas razones de política criminal hacen ya impostergable esa trascendente decisión del legislador nacional. En ese contexto, pues, cabe resaltar una propuesta legislativa que al respecto ha planteado el Poder Judicial en el marco de sus estrategias para hacer frente a la criminalidad organizada, y en la cual se torna muy evidente la influencia de la reforma hispánica. Según el texto sustitutorio del artículo 105° que propone esta iniciativa legal: *“Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por la cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes y sus administradores de hecho o de derecho.*

*Las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de la persona física, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas situaciones del caso....”*. A nivel de la doctrina nacional GARCÍA CAVERO estima también oportuno asumir tal opción legislativa, aunque, con tino, demanda una meditada evaluación de los criterios dogmáticos que la diseñen, cimenten y justifiquen: *“Para ello no basta con reconocer dicha posibilidad en el Código penal o en una ley penal especial, sino que resulta necesaria una regulación detallada que tenga claro en qué se sustenta la culpabilidad jurídico-penal de la persona jurídica y cuál sería el injusto penal que se le atribuiría. Si no se quiere volver a cometer el error que se hizo al incorporar las consecuencias accesorias*

*aplicables a las personas jurídicas sin una regulación clara y operativa, el eventual reconocimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas deberá ser lo suficientemente claro sobre su fundamento, alcance y presupuestos” (Percy García Caverro. ¿Debe regularse una responsabilidad penal de las personas jurídicas?: Esbozo de un modelo de atribución. Ob. Cit, p.425).*

## 14. LOS DELITOS PERIFÉRICOS AL LAVADO DE ACTIVOS

En el Decreto Legislativo 1106 se han incluido dos modalidades de **delitos periféricos** al lavado de activos. Esto es, se incorporan también delitos de criminalización autónoma y específica, cuyas conductas punibles son diferentes de aquellas que configuran operaciones de lavado de activos y que se encuentran descritas en los artículos 1°, 2° y 3°, pero que afectan la eficiencia de su prevención y persecución penal. Tales delitos constituyen, pues, un refuerzo o complemento para la eficacia de las políticas o acciones de control contra el lavado de activos. Los tipos penales periféricos que han sido regulados son los siguientes:

1. El delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas tipificado en el artículo 5°.
2. El delito derehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información contemplado en el artículo 6°.

Únicamente el primero de tales delitos tiene antecedentes en la Ley 27765, aunque su actual regulación en el Decreto legislativo 1106 ha incorporado como innovación una modalidad culposa.

## 15. LA OMISIÓN DE REPORTE DE TRANSACCIONES U OPERACIONES SOSPECHOSAS

### 15.1 objeto de la criminalización

Desde la Convención de Viena de 1988 los sectores vulnerables a la realización de operaciones de lavado de activos, han sido involucrados como actores directos de la implementación de estrategias y programas de prevención internacionales contra esta clase de delitos. Posteriormente, otros instrumentos normativos más especializados como las Recomendaciones del GAFI o el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, no sólo les han ratificado en dicho rol; sino que, también, les han asignado competencias concretas que partiendo de medidas de autorregulación y capacitación contra el lavado de activos, involucra, además, obligaciones de información e interdicción sobre toda transacción u operación que represente un riesgo potencial de acciones encubiertas de colocación, intercalación o integración de capitales de origen ilícito. Por ejemplo, en el texto original de la Recomendación 14 del Grupo de Acción Financiera Internacional se hacía referencia expresa a tales deberes en los siguientes términos: *“Las instituciones financieras deben prestar especial atención a todas las transacciones complejas, insólitas o significativas, y a todos los patrones de transacciones no habituales, que no tengan un propósito económico o legal evidente. En la medida de lo posible deben examinarse los antecedentes y el objeto de dichas transacciones, consignando las conclusiones por escrito, y poniendo estas a disposición como ayuda para los supervisores, los auditores y los organismos de aplicación de la ley”*. En el citado documento regional de la CICAD-OEA se incorporaron también disposiciones similares en el artículo 20º, inciso 3. Por su parte, las nuevas Recomendaciones del GAFI, aprobadas en febrero de 2012, han reiterado estas obligaciones incidiendo en la necesidad de darles una configuración legal. En efecto en la Recomendación 20 se dispone lo siguiente: *“Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son el producto de una actividad delictiva, o están relacionados con la financiación del terrorismo, se le debe exigir, por ley, a que informen rápidamente de sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)”*

En lo concreto, pues, se exige de los sectores vulnerables la práctica continua y diligente de actos de colaboración con las agencias estatales del sistema de prevención y control del lavado de activos. Ello los convierte en sujetos obligados que deben cumplir con tales acciones de cooperación, sobre todo por la posición privilegiada que ocupan para el control operativo o para el bloqueo diligente de operaciones dirigidas a la legitimación de activos de origen ilícito o dudoso. Uno de esos ámbitos de cooperación, tal vez el más delicado y trascendente, corresponde a la identificación y reporte de las transacciones u operaciones sospechosas.

Como ya se ha mencionado, una de las principales obligaciones que surgen de las políticas internacionales sobre la materia es aquella vinculada con el control y la observación atenta de todas las operaciones y transacciones que se ejecutan en los sectores comerciales, financieros, o de servicios, a los cuales se considera potenciales circuitos para el lavado de activos. El objetivo de todo ello no es otro que posibilitar la detección y la comunicación oportuna a las autoridades competentes, de aquellas operaciones o transacciones sospechosas de estar materializando actos de legitimación de capitales ilícitos. Con esta demanda y finalidad se fomenta, pues, la decisiva e indispensable interacción preventiva entre los empleados y funcionarios de los sectores vulnerables al lavado de activos, con las autoridades que tienen a su cargo la persecución, investigación y sanción penal de este delito.

Se trata, entonces, de **deberes especiales** que demandan la actitud comprometida de todos los que pueden, en primera línea, neutralizar los intentos del crimen organizado por legitimar sus ingresos ilegales, mezclándolos con actividades económicas y financieras lícitas. Pero, además, estas obligaciones comprenden también el desarrollo de acciones concretas para vigilar, registrar y reportar las operaciones que creen fundadas sospechas de estar conexas con dinero ilegal. Se debe evitar, en lo posible, que este tipo de transacciones logren ejecutarse o desplazarse hacia otros segmentos accesibles del mismo sector vulnerable. Como demanda DEL PONTE. *“Sin ninguna duda, en caso de sospecha suficiente de lavado, la actitud correcta es la comunicación. Si no, la interrupción del mandato y la entrega de los bienes inculcados a su tenedor hace prácticamente imposible su descubrimiento y confiscación”* (Carla Del Ponte. Crimen Organizado y Lavado de Dinero. Narcotráfico, Política y Corrupción. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1997, p. 173).

De allí, pues, que sea correcto que la doctrina penal asimile a estos empleados y funcionarios a la condición de verdaderos **garantes de los bienes jurídicos involucrados, así como del sistema contra el lavado de activos y de su efectividad preventiva**. Sobre esto último afirma BLANCO CORDERO: *“Estas personas están legalmente obligadas a comunicar tales operaciones para evitar que se lleve a cabo un delito de blanqueo de capitales. Si los empleados o directivos infringen su deber de garante han de responder penalmente en comisión por omisión de los delitos de blanqueo de capitales que se produzcan. Se produce una identidad estructural desde perspectivas normativo-materiales entre la omisión del deber de comunicación y la realización activa del tipo. A las personas obligadas les corresponde el dominio sobre el riesgo típico de que se introduzcan en la economía legal los bienes de origen delictivo”* (Cfr. Isidoro Blanco Cordero. 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 con el blanqueo de capitales. Editorial COMARES. Granada 1999. p. 132).

## 15.2 modelos de criminalización

La importancia de ese rol de garante que se aplica a los sectores obligados ha determinado que varios sistemas jurídicos hayan decidido criminalizar o conminar los actos de incumplimiento con severas sanciones penales o administrativas. En ese contexto, en la actualidad podemos identificar hasta cuatro modelos normativos orientados a regular la relevancia y el tratamiento penal que correspondería aplicar a tales conductas omisivas. Veamos:

Para un **primer modelo**, las conductas omisivas del reporte o de la aplicación de controles contra el lavado de activos deben estar criminalizadas y sancionadas de manera especial y autónoma. Esto es, se debe configurar en torno a ellas un tipo penal de **omisión propia**. Ahora bien, cabe destacar que las legislaciones que adoptan este modelo mantienen notables diferencias en la construcción y alcances de sus tipos penales. Ello se advierte al comparar las normas respectivas de Colombia (Cfr. Artículos 325º y 325º A del Código Penal), Suiza ( Cfr. Artículo 305º *ter* del Código Penal) o Perú (Cfr. Artículo 5º del Decreto Legislativo 1106).

Un **segundo modelo**, rechaza la configuración de tipos penales particulares y opta por tratar a la omisión del reporte de transacciones sospechosas como un delito de lavado de activos realizable por **omisión impropia**. Es decir, conecta la práctica omisiva con los resultados de los tipos penales de conversión, transferencia u ocultamiento. En relación con ello se detectan dos situaciones: a) que el agente se limite a omitir la comunicación y de esa manera posibilite el ocultamiento de la acción lavadora; o b) que además de la omisión del reporte, el propio agente ejecute la transacción sospechosa de conversión o transferencia. Entre los países que han acogido esta modalidad reguladora se encuentra España (Cfr. Artículo 301º del Código Penal; Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., ps. 139 y ss.).

El **tercer modelo** aplica un régimen legislativo que renuncia a la calificación penal de la omisión de reporte, considerándola únicamente como una **infracción administrativa**, susceptible de sanciones de igual naturaleza. Esta tendencia legislativa fue asumida por el Brasil ( Cfr. Artículo 12º de la Ley 9.613) y también por Alemania ( Cfr. Artículo 17 I. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero-GwG del 13 de octubre de 2008). Algunos autores como HERNÁNDEZ QUINTERO consideran que esta modalidad reguladora debe ser la que prevalezca: *“Insistimos en nuestra propuesta de que toda omisión de control relacionada con el punible de lavado de activos, sea juzgada por vía del Derecho Administrativo Sancionador y no por el Derecho Penal, siempre y cuando esa omisión no forme parte del plan delictual para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, caso en el que sus responsables deben ser investigados como coautores de un delito de lavado de activos o como cómplices del mismo”* (Hernando A. Hernández Quintero. Lavado de Activos: Características Generales y su Tipificación Penal en Colombia. Política Criminal y Dogmática Penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales. IDEMSA. Lima. Mayo 2012, p.235).

Finalmente, un **cuarto modelo** opta por la irrelevancia penal y administrativa de la omisión de reporte. Adopta esta tendencia Costa Rica. En efecto, su sistema normativo sólo sanciona administrativamente la no implementación de procedimientos que viabilicen la comunicación de transacciones sospechosas a las autoridades competentes (Cfr. Artículos 25º y 81º.b.2 de la Ley 7786, modificados por la Ley 8719 del 4 de marzo de 2009)

### 15. 3. el caso peruano

La necesidad de promover y motivar una actitud decidida contra el lavado de activos, entre los sectores vulnerables a estas prácticas ilícitas y sus operadores, también ha tenido repercusiones directas sobre la legislación nacional. Es así que en torno a ellos se ha ido configurando paulatinamente un conjunto de obligaciones y sanciones específicas dirigidas a comprometer su colaboración diligente y proactiva en la prevención de esta clase de delitos.

Sin embargo, en nuestro país la consolidación formal de tales disposiciones preventivas recién se concretó el año 2002 con la promulgación de dos leyes vinculadas con la problemática administrativa y penal del lavado de activos.

La primera de estas normas fue la Ley 27693, la cual definió las obligaciones de prevención,

registro y reporte que debían cumplir los sectores vulnerables a operaciones de lavado de activos. Además, esta Ley constituyó como autoridad supervisora de la observancia práctica de tales obligaciones a la **Unidad de Inteligencia Financiera del Perú**, e instituyó un ente interno de apoyo al que denominó **Oficial de Cumplimiento**.

La segunda Ley fue la 27765 o Ley Penal contra el Lavado de Activos, que estaba dedicada a la tipificación y represión de los delitos y entre los cuales figuraba como notable novedad la criminalización de la **omisión de reporte de transacciones y operaciones sospechosas** (Artículo 4º).

Sobre la eficacia de estas normas es importante destacar que con el devenir de los años, la colaboración de los sujetos obligados, pero sobre todo del sistema de intermediación financiera, con las políticas y acciones contra el lavado de activos, ha adquirido una relativa efectividad práctica. En efecto, según lo evidencian diferentes estudios empíricos, realizados por organizaciones nacionales y extranjeras, más de un 90% de las operaciones de lavado de activos que han sido descubiertas en el país, deben su detección a los oportunos reportes y comunicaciones que se hicieron desde los bancos hacia las autoridades de control. Por ejemplo, sólo entre setiembre de 2003 y diciembre de 2005, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú había recibido 964 reportes de operaciones sospechosas, lo cual, pues, ratificaba la trascendencia y utilidad de estos actos de colaboración (Cfr. Datos citados en el Diario Oficial El Peruano. Edición del 2 de enero de 2006, p.3). Al respecto OSCAR RIVERA, Presidente de la Asociación de Bancos del Perú-ASBANC ha puesto de relieve la participación activa de su sector: *“Como instituciones financieras reafirmamos nuestro compromiso irrestricto frente a las autoridades reguladoras y supervisoras, quienes constituyen la sólida base sobre la que se sostienen los sistemas de control y prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”* (Oscar Rivera. Contra el Lavado de Activos. Diario Gestión. Edición del 1 de junio de 2012, p. 12).

No obstante, todavía resulta limitada la intervención de otros sectores vulnerables no financieros en el reporte de transacciones u operaciones sospechosas. Fundamentalmente porque estos se encuentran aun atravesando por un proceso de regulación interna, de configuración de procedimientos o de internalización de prácticas contra el lavado de activos, especialmente en lo que corresponde a sectores semi formales como las casas de cambio, las empresas inmobiliarias o el ejercicio de profesiones liberales (contadores, notarios o abogados). Esta situación se ve reflejada con meridiana claridad en las estadísticas de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. En efecto, los datos correspondientes al periodo comprendido entre abril de 2011 y abril de 2012, muestran que el 47.8 % de los reportes de operaciones o transacciones sospechosas (ROS) provienen de los bancos, 20.3 % de las empresas dedicadas a la transferencia de fondos y sólo un 3% de las casas de cambio. En lo que atañe a vendedores de automóviles, embarcaciones y aeronaves el porcentaje de reportes es mucho menor y sólo alcanza el 2%. (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Estadísticas Enero de 2007 a Abril de 2012, p. 5).

Es de esperar, pues, que la línea de reportes se fortalezca en el futuro, sobre todo entre aquellos sectores objetivamente críticos, pero que hoy resultan deficitarios o ausentes de conteo estadístico. Por ejemplo, en el ámbito de la construcción inmobiliaria o de la actividad minera donde el desarrollo de inversiones y beneficios económicos relevantes tienden a ser cada vez más complejos e intensos lo que los coloca como nuevos espacios expuestos a riesgos de operaciones sospechosas de lavado de activos. Como bien precisan los expertos, en definitiva *“el interés por detectar y ubicar esta clase de transacciones se sustenta no sólo en la posibilidad de identificar a las personas y empresas que esconden fondos y activos de procedencia dudosa, sino de neutralizar las fuentes de financiamiento con que necesita operar la delincuencia y el crimen organizado”* (Cfr. Luis Lamas Puccio. Inteligencia Financiera y Operaciones Sospechosas, en Jurídica Nº 235. Suplemento de Análisis Legal de “El Peruano”. Edición del 27 de enero de 2009, p.6).

#### 15.4 EL DELITO DE OMISIÓN DE REPORTE DE TRANSACCIONES U OPERACIONES SOSPECHOSAS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1106

En el artículo 5º del Decreto Legislativo 1106 se tipifica como delito la omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas. La descripción típica contenida en esta disposición es la siguiente:

*“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal.*

*La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal”*

El objetivo específico de la tutela penal queda, pues, en este contexto normativo, representado exclusivamente por la validación del régimen legal u ordenamiento regulador de las medidas preventivas contra el lavado de activos. Y, especialmente, de aquellas que disponen la obligación del reporte de transacciones u operaciones sospechosas. Es este sistema normativo el que va a ser defraudado por el agente, a quien se le coloca en la posición funcional de garante de su eficacia como bien lo destaca el párrafo inicial del artículo 11º de la Ley 27693 : *“Los sujetos obligados a comunicar e informar deben prestar especial atención a las transacciones sospechosas e inusuales realizadas o que se hayan intentado realizar para cuyo efecto la UIF puede proporcionar cada cierto tiempo información o criterios adicionales a los que señale la presente Ley y su Reglamento”*. Es más, para fortalecer esa posición y el cumplimiento de tal deber el marco legal ofrece un sólido blindaje a quien con buen criterio cumple con su obligación de reportar las transacciones u operaciones sospechosas que detecta. En efecto, el artículo 13º de la aludida Ley señala expresamente: *“Los sujetos obligados por la presente Ley, sus trabajadores, directores y otros representantes autorizados por la legislación, están exentos de responsabilidad penal, legal o administrativa, según corresponda, por el cumplimiento de esta Ley o por la revelación de información cuya restricción está establecida por contrato o emane de cualquier otra disposición legislativa, reglamentaria o administrativa, **cualquiera sea el resultado de la comunicación**, esta disposición es extensiva a todos los miembros de la UIF, que actúen en cumplimiento de sus funciones”* El componente antijurídico de la omisión del reporte queda, pues, con estas disposiciones, claramente identificado.

Ahora bien, comentando el artículo 4º de la Ley 27765, precedente legislativo inmediato del que ahora revisamos, GARCÍA CAVERO, demandaba, además, a fin de hacer más sólida y legitimable la relevancia penal de estas omisiones un mayor nivel de control sobre su eficacia lesiva. En tal sentido sugería la siguiente interpretación: *“(…) hay que exigir para la configuración del tipo penal que las operaciones o transacciones sospechosas no comunicadas constituyan realmente conductas de lavado de activos, de manera que se vincule la omisión del obligado a comunicar con el bien jurídico penalmente protegido”* (Cfr. Percy García Caverro. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2007, p.520). Si bien la propuesta de este autor resulta interesante, su concreción afectaría la condición de delito periférico de mera desobediencia que desde la vigencia de la Ley 27765 se ha concedido, con fines obviamente preventivos, a la omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas en nuestra legislación. Por lo demás, en una hipotética dimensión de *lege lata* tal posición excedería lo previsto por el marco normativo vigente. Tampoco es de recibo la heterodoxa posición de GÁLVEZ VILLEGAS, quien coloca a la *“funcionalidad de la Administración Pública”* como el bien jurídico tutelado. Esta inusual propuesta adolece, sin embargo, de algunas inconsistencias y de evidente coherencia sistemática. Fundamentalmente,

porque en los delitos contra la administración pública se afecta el ejercicio funcional que implica la posición de deber propia de quien es funcionario público, no el marco regulador específico de obligaciones preventivas y de autorregulación como las que corresponden al lavado de activos. Pero, además, porque en el caso de delitos cometidos por terceros contra la administración pública estos deben obstruir o frustrar las prácticas funcionales de quienes tienen tal posición representativa del Estado. Finalmente, porque el artículo 425° del Código Penal no extiende ninguna posición funcional, ni expresa ni implícitamente, a los sujetos obligados en la Ley 27693, no siendo, por tanto, aplicables a ellos ninguna de las categorías señaladas por dicha disposición (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. El Delito de Lavado de Activos. 2ª. Edición. Ob. Cit., p. 150).

Como ya se ha mencionado, hasta antes de la Ley 27765 la omisión del reporte de operaciones o transacciones sospechosas no constituía delito en el Perú. Por aquel entonces, dicha conducta sólo constituía una infracción administrativa en el sector de la intermediación financiera, la cual era sancionada conforme a las competencias de la Superintendencia de Banca y Seguros (Cfr. Resolución N° 310-98 SBS, N° 22). Menos aún, en ese periodo, merecía relevancia penal propia la omisión del reporte de operaciones o transacciones sospechosas en que se hubiera incurrido por negligencia o error.

En ese contexto, pues, la advertencia formulada por el artículo 379º, inciso 3º, de la Ley N° 26702, en el sentido de que *“incurren en responsabilidad penal los empleados, funcionarios, directores u otros representantes autorizados de empresas del sistema financiero que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los artículos 375º (identificación de clientes y mantenimiento de registros) y 378º (comunicación de transacciones sospechosas), o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos”* resultaba, en principio, inocua. En todo caso, tales incumplimientos sólo podían dar lugar a la configuración de delitos de falsedad documental (Cfr. Artículos 427º y 428º del Código Penal) o de omisión de denuncia (Cfr. Artículo 407º del Código Penal). Consideramos que la actitud neutral de la política criminal nacional de aquella época fue adecuada y prudente, dado lo novedoso que resultaban, todavía, para nuestro medio, las normas y obligaciones de reporte estatuidas por la legislación bancaria e internacional. De allí, pues, que era aceptable y conveniente la decisión del legislador peruano de conceder a tales omisiones sólo el rango de una **grave infracción administrativa**. Por lo demás, tal posición también fue asumida en otros sistemas jurídicos de la región como el brasileño.

Ahora bien, la innovación que trajo consigo el artículo 4º de la Ley 27765, al incluir un tipo penal autónomo para reprimir de manera específica la **omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas**, fue, sin lugar a dudas, un importante avance de nuestra legislación.

La fuente legal de esta disposición fue el artículo 4º del Texto Sustitutorio Concordado de junio de 2002. Cabe señalar que en el borrador de dicha norma, se establecía una fórmula mucho más general: *“El que estando obligado a ello, omite comunicar a la autoridad, las transacciones u operaciones donde se evidencia o sospecha la realización de actividades de lavado de dinero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa”* ( Cfr. Artículo 3º del Texto sustitutorio recaído en los Proyectos de Ley N° 1084/2001-CR y 1934/2001-CR. Ley Penal Contra el Lavado de Dinero de mayo 2002)

No obstante, debemos reconocer que el delito tipificado por el artículo 4º de la Ley 27765, respondía a los estándares de criminalización propuestos en instrumentos regionales, como el artículo 20º, inciso 3º del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA. En esta disposición regional se establecía lo siguiente: *“Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, **deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los Artículos 8º y 16º a 19º (Comunicación de transacciones financieras sospechosas)** del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los*

*registros o informes aludidos en los mencionados Artículos*". Por lo demás, en el derecho penal latinoamericano de la época no coexistía una disposición legal similar a la peruana. Únicamente en Colombia el artículo 247º B del Código Penal, reprimía la omisión de control pero con una proyección muy limitada y circunscrita a la inaplicación de procedimientos de supervisión sobre operaciones con moneda en efectivo, previstos en los artículos 103º y 104º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Cfr. Hernando Hernández Quintero. El Lavado de Activos. Ob. Cit., p.105 y ss).

Las modificaciones producidas con posterioridad en el artículo 4º por el Decreto Legislativo 986, del 21 de julio de 2007, sólo incrementaron los límites de la penalidad conminada. El texto legal quedó con la siguiente redacción: *"El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36º del Código Penal"*

Como se puede inferir, el nuevo texto incorporado por el artículo 5º del Decreto Legislativo 1106, ha mantenido, en gran medida, la redacción configurada con las reformas introducidas a través del Decreto Legislativo 986. Claro está, con la notoria diferencia que supone la inclusión en su segundo párrafo de una modalidad culposa del delito omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas.

En el derecho extranjero sólo la legislación sobre la materia de Eslovenia de 1994, regulaba una disposición más amplia que la peruana en su artículo 27º, aunque aplicando a los implicados, sean personas naturales o jurídicas, únicamente penas pecuniarias : *"Se castigará con una multa de, al menos, 1.000.000 de tolar, a la persona física o jurídica que, en el desempeño de actividades independientes,*

*-omita identificar al cliente que pretende promover una transacción, abra una cuenta o establezca una relación comercial permanente.*

*-omita suministrar a la Oficina [para la prevención del Blanqueo de Dinero] los datos requeridos dentro del tiempo prescrito.*

*-no mantenga los oportunos registros"*

A continuación haremos un análisis dogmático de los principales contenidos y alcances de la norma penal nacional. Como ya se ha mencionado el artículo 5º del Decreto Legislativo 1106 tiene una estructura interna que comprende modalidades de omisión dolosa y culposa, por lo que nuestra evaluación revisará por separado ambas opciones típicas.

#### **15.4.1 Delito de Omisión Dolosa**

##### **15.4.1.1 tipicidad objetiva**

En primer lugar, debemos señalar que el párrafo primero del artículo 5º del Decreto Legislativo 1106 tipifica un **delito de omisión pura o de propia omisión**:

*"El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal".*

Como bien ha señalado la doctrina nacional en estos casos *“la omisión es la no ejecución de un comportamiento que debe ejecutarse”* (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. 4ª. Edición. IDEMSA. Lima, p. 36). De allí que no resulta compatible con esta caracterización típica, la confusa explicación que formulaba al respecto ROLANDO RAMÍREZ al comentar una disposición equivalente a la prevista en el artículo que analizamos, pero que estaba contenida en el artículo 4° de la Ley 27765. Según la citada autora : *“en esta figura penal, el actor realiza el delito infringiendo una norma prohibitiva de manera omisiva. Es decir el actor comete el acto <<omitiendo>>, dejar de hacer aquello que ciertamente impediría el resultado”*. Al parecer este planteamiento responde a que se asocia al delito que analizamos con una estructura típica de omisión impropia o comisión por omisión (Cfr. Rosa Mercedes Rolando Ramírez. Lavado de Activos en el Perú y a Nivel Mundial. LEJ. Lima. 2005, ps. 245 y 246). No compartimos este criterio, por no ser dogmáticamente asimilable al modo como ha sido redactado el tipo penal del delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas en nuestra legislación.

En segundo lugar, es pertinente precisar que se trata de un **delito de omisión especial propio**, ya que el sujeto activo sólo puede serlo quien por sus competencias funcionales o profesionales se encuentra obligado legalmente a reportar operaciones o transacciones sospechosas. Se trata, pues, de una omisión que expresa también una **infracción de deber**.

Ahora bien, cabe advertir que tal calidad especial del agente no está categorizada en el propio tipo penal, por tanto, se puede considerar desde este enfoque que el artículo 5º resulta ser, también, **una norma penal en blanco**. Por consiguiente, como corresponde a esta clase de tipos penales, el injusto que se regula deberá concretarse mediante un acto de integración con una norma legal extrapenal para poder identificar con ella al autor potencial o activo de este delito. En el caso que analizamos dicha norma integradora es en lo esencial el artículo 8º de la Ley 27693. Ello en razón de que es en esta disposición donde están identificados los 32 sectores comprometidos como **sujetos obligados** con la aplicación de las medidas de prevención del lavado de activos, sobre todo la de emitir reportes de transacciones sospechosas (ROS) y que, en principio, deben viabilizar a través de su respectivo **agente de cumplimiento**. Según la citada norma tienen la condición de sujetos obligados los siguientes sectores:

1. Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y demás comprendidas en los artículos 16º y 17º de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley Nº 26702.
2. Las Empresas emisoras de tarjetas de crédito y/o débito.
3. Las cooperativas de ahorro y crédito.
4. Los fiduciarios o administradores de bienes, empresas y consorcios
5. Las sociedades agentes de bolsa, sociedades agentes de productos y sociedades intermediarias de valores.
6. Las sociedades administrativas de fondos mutuos, fondos de inversión, fondos colectivos, y fondos de seguro de pensiones.
7. La Bolsa de Valores, otros mecanismos centralizados de negociación e instituciones de compensación y liquidación de valores.
8. La Bolsa de Productos.
9. Las empresas o personas naturales dedicadas a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves.
10. Las empresas o personas naturales dedicadas a la actividad de la construcción e inmobiliarias.
11. Los casinos, sociedades de lotería y casas de juego, incluyendo bingos, tragamonedas, hipódromos y sus agencias, y otras similares.
12. Los almacenes generales de depósito.

13. Las agencias de aduana.
14. Las empresas que permitan que mediante sus programas y sistemas de informática se realicen operaciones sospechosas.

Y también las personas naturales o jurídicas dedicadas a:

1. La compra y venta de divisas.
2. El servicio del correo y courier
3. El comercio de antigüedades
4. El comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objeto de arte y sellos postales.
5. Los préstamos y empeño
6. Las agencias de viaje y turismo, hoteles y restaurantes.
7. Los Notarios Públicos
8. Los Martilleros Públicos
9. Las personas jurídicas o naturales que reciban donaciones o aportes de terceros.
10. Los despachadores de operaciones de importación y exportación.
11. Los servicios de cajas de seguridad y consignaciones, que serán abiertas con autorización de su titular o por mandato judicial.
12. La Comisión de Lucha contra los Delitos Aduaneros.
13. Laboratorios y empresas que producen y/o comercialicen insumos químicos que se utilicen para la fabricación de drogas y/o explosivos.
14. Personas naturales y/o jurídicas dedicadas a la compraventa o importaciones de armas.
15. Personas naturales y/o jurídicas dedicadas a la fabricación y/o comercialización de materiales explosivos.
16. Gestores de intereses en la administración pública, según Ley N° 28024.
17. Empresas mineras.
18. Organizaciones e instituciones públicas receptoras de fondo que no provengan del erario nacional.

Pero, además, la nueva redacción del numeral 10.2.3, literal b, del artículo 10° de la Ley 27693, también coloca en la posición potencial de sujeto activo del delito, a los que fungen legalmente como supervisores de los sujetos obligados, al disponer lo siguiente: *“Los organismos supervisores de los sujetos obligados a informar, emitirán a la UIF-Perú Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) relacionados al tema de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, **cuando a través del ejercicio de sus funciones de supervisión detecten indicios de lavado de activos o del financiamiento del terrorismo.** La UIF-Perú podrá solicitar al organismo supervisor toda la información relacionada con el caso reportado, conforme a los alcances de la presente ley. Por Resolución SBS, la UIF-Perú establecerá los requisitos y características de dicho ROS”.*

Es, pues, a tales sectores, como a sus funcionarios, empleados o representantes, a quienes alcanza la obligación legal de reportar las operaciones o transacciones sospechosas que detecten en el ejercicio regular de sus actividades. Por tanto, son todos ellos los que quedan vinculados con el cumplimiento del deber especial y quienes pueden asumir la calidad potencial de sujetos activos del delito que estamos analizando. Al respecto, la Primera de las Disposiciones Complementarias y Finales del Decreto Legislativo 1106, precisa en su párrafo segundo, lo siguiente: *“Los sujetos obligados establecidos a través de la Ley 27693 deberán reportar bajo responsabilidad de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Inteligencia Financiera cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o características no guardan relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas puedan conducir razonablemente a sospechar que se está utilizando a la entidad para transferir,*

*manejar, aprovechar o invertir recursos provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación”*

Un sector obligado de características propias es el que corresponde a las denominadas **Actividades y Profesiones No Financieras Designadas**. La nueva Recomendación 22<sup>a</sup> (2012) del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI, en su literal d, pone especial atención en el caso de abogados, notarios y contadores cuando estos se dedican a realizar transacciones para sus clientes que involucran las siguientes actividades:

- Compra y venta de bienes raíces.
- Gestión de dinero, valores u otros activos del cliente.
- Gestión de cuentas bancarias, de ahorros o valores.
- Organización de contribuciones para la creación, operación o gestión de empresas.
- Creación, operación o gestión de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.

Sobre estos profesionales la Recomendación 23<sup>a</sup> expresamente dispone en su literal a: *“Debe exigirse a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos y contadores independientes que reporten las transacciones sospechosas cuando, en nombre de un cliente o para su cliente, se involucran en una transacción financiera con relación a las actividades descritas en el párrafo (d) de la recomendación 22. Se exhorta firmemente a los países que extiendan el requisito de reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores incluyendo la auditoría”*. No obstante, la **Nota Interpretativa** de esta Recomendación también precisa que *“Los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que actúan como profesionales jurídicos independientes, no tienen que reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuvo en circunstancias en las que estos están sujetos al secreto profesional o el privilegio profesional legal”*.

En un Proyecto de Ley, identificado como el N° 3316/2008-SBS, y que fuera presentado el 3 de junio de 2009 al Congreso de la República, por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, se planteó, por vez primera en nuestro país, la inclusión formal y conjunta **de los notarios, abogados y contadores** entre los sujetos obligados a reportar transacciones u operaciones sospechosas. El artículo Sexto de este documento modificaba el artículo 3° de la Ley 29308 alusivo a los sujetos obligados a informar, considerando en el literal e) a *“Los **notarios públicos, abogados y contadores públicos**, que trabajen independientemente, en sociedad o como empleados de firmas profesionales. No abarca a los profesionales que son empleados de otros tipos de empresas ni a los que trabajan en organismos públicos. La información que brinden a la UIF-Perú sólo abarca a la que no se encuentra sujeta a reserva profesional alguna”*. La exposición de motivos del Proyecto citado en su apartado 7 no hacía alusión expresa a la inclusión de los abogados como sujetos obligados a reportar transacciones u operaciones sospechosas. Esta propuesta no pasó desapercibida, sino que la misma suscitó aisladas reacciones adversas y de rechazo, bajo el argumento de que tal inclusión y obligación, contradecía las relaciones de confianza entre los abogados y sus clientes, así como las garantías constitucionales y éticas del secreto profesional. Fundamentalmente, porque el abogado podría, desde esa condición, convertirse en un **delator de su cliente**. Además, en razón a que la compleja dinámica del quehacer de los profesionales del derecho, podría, en situaciones límite o poco visibles, generar una encubierta y vedada **criminalización del derecho a la defensa**. Al respecto LAMAS PUCCIO, ex Vice- Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y destacado abogado penalista, alegaba en contra del texto prelegislativo citado, al estimar que *“estaría obligando al abogado, bajo responsabilidad administrativa y penal, a que mantenga una doble moral frente a su mismo cliente. Esto es, defenderlo de forma responsable y exitosa; pero, asimismo, ser, a la vez, el abogado o asesor desleal, que al denunciar a su cliente actúa sin ética, moral, escrúpulos, etcétera”* (Luis Lamas Puccio. Lavado de Activos, en Jurídica N° 263. Suplemento de Análisis Legal de “El Peruano”. Edición del 11 de agosto de 2009, p.6).

Sin embargo, otros sectores profesionales involucrados, como el Colegio de Notarios, han sido más permeables a estas iniciativas normativas. Es más, en la actualidad el marco legal que regula la actividad del notariado, el Decreto Legislativo 1049, modificado por la sexta Disposición Complementaria y modificatoria del Decreto Legislativo 1106, dispone en el literal *p* del artículo 16° que los notarios están obligados a *“cumplir con todas las normas pertinentes en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, conforme a la legislación de la materia”*. En coherencia con esta disposición, por Resolución SBS N° 5709- 2012 del 10 de agosto de 2012, se han aprobado las *“Normas Especiales para la prevención del lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo Aplicable a los Notarios”*. Según el artículo 13° de estas disposiciones:

- 1.1 *El Notario está obligado a comunicar a la UIF-Perú, a través de su Oficial de Cumplimiento, las operaciones realizadas o que se haya intentado realizar, sin importar los montos involucrados, que sean consideradas como sospechosas, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley, el Reglamento y las presentes normas especiales, de forma inmediata y suficiente, es decir en un plazo que de acuerdo a la naturaleza y complejidad de la operación sospechosa permita la elaboración, documentación y remisión del ROS a la UIF-Perú, el cual en ningún caso deberá exceder de los quince (15) días hábiles de detectada.*
- 1.2 *El Oficial de Cumplimiento, en representación del Notario, califica la operación como sospechosa y procede con su comunicación a la UIF-Perú, y deberá dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas, para la calificación de una operación como inusual o sospechosa, así como el motivo por el cual una operación inusual no fue calificada como sospechosa y reportada a la UIF-Perú, de ser el caso. Las operaciones calificadas como inusuales y su sustento documental se conservarán por el plazo de diez (10) años, conforme al diseño previsto en el Anexo N° 6 – Diseño de Identificación de Operaciones Inusuales.*
- 1.3 *El Notario remitirá a la UIF-Perú el ROS y la documentación adjunta o complementaria a través del sistema ROSEL, utilizando para ello la plantilla ROSEL publicada en el portal de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo habilitado por la SBS para tal efecto.*

Pese a algunas deficiencias conceptuales y operativas que han sido señaladas puntualmente por GONZÁLES LOLI, como la imprecisión en la identificación de las señales de alerta, se estima que perfeccionando esta normatividad *“el notariado como todas las instituciones del país deben colaborar decididamente en la lucha contra el lavado de activos”* (Jorge Luis González Loli. La Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo y la Formalización Notarial. La Ley N°56. Setiembre de 2012. Publicación del Grupo Gaceta Jurídica, p.15).

En lo que atañe a los abogados otro Proyecto de Ley, el N° 795/2011-CR, presentado el 31 de enero de 2012 por el Grupo Parlamentario Alianza por el Gran Cambio y otras bancadas, acogiendo una iniciativa del Congresista Luis Ibérico Núñez, ha vuelto a incidir en la necesidad de incorporar como sujeto obligado a estos profesionales jurídicos, aunque destacando también en su exposición de motivos *“que no se vulnere el secreto profesional”*.

Ahora bien, cabe reconocer que en el derecho y en la jurisprudencia extranjeras la posición del abogado no resulta del todo inédita o ajena para las medidas preventivas y penales contra el lavado de activos, sobre todo cuando ella se aparta de su natural condición de conducta neutral o inocua, propia de los denominados *negocios estándar*. Es decir, en la medida en que los actos de patrocinio o asesoría del abogado pasen a ser, más bien, instrumento, cobertura, o parte integral del propio proceso ilegal del blanqueo de capitales. Lo cual ocurrirá cuando tales acciones del profesional aporten directa o indirectamente al aseguramiento doloso de capitales ilícitos para un tercero (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Grijley. Lima.2007,p.159 y ss). Por tanto, de prosperar iniciativas legales como a la que hemos

hecho referencia, el objetivo perseguido por el agente y que motiva la omisión del reporte, tendrá que ser apreciada con detalle para decidir con equidad sobre su relevancia penal en cada caso concreto.

Por lo demás, como se había mencionado, problemas y críticas similares sobre la incorporación de los profesionales como sujetos obligados a reportar transacciones u operaciones sospechosas, se han planteado también con reiterada frecuencia en el derecho penal y en la doctrina extranjera. Por ejemplo, TIEDEMANN, refiriéndose a la situación en Alemania, ha puesto de relieve lo siguiente: *“El problema general de las acciones típicamente profesionales o socialmente adecuadas se encuentra en el art. 261 StGB con una constelación especial, la de los pertenecientes a profesiones libres –médicos, abogados, criminalistas, asesores financieros- que aceptan honorarios, que provienen (pueden provenir) de hechos previos en el sentido del art. 261, párrafo 1. El Tribunal Federal Constitucional (TFC) ha puesto fin a una prolongada discusión con diferentes vías de solución en el marco del art. 261, párrafo 2, N° 1, a través de un auto con fuerza de ley, fundado en el principio de proporcionalidad y el principio del abuso. De acuerdo con este criterio, los abogados defensores <<únicamente pueden ser castigados por este hecho en la medida en que hubieran tenido un conocimiento seguro de su procedencia en el momento de aceptación de sus honorarios>>. Esta solución apoyada en el artículo 12 de la Constitución alemana (GG), que nosotros hemos sostenido desde hace mucho para todas las profesiones de asesoramiento jurídico, excluye la aplicación del tipo imprudente (art. 261, párrafo 5) a los abogados defensores, en cuanto a que no están obligados a investigar las fuentes de ingresos legales o ilegales de sus clientes”* (Klaus Tiedemann. Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2012, p. 265).

Pero, al margen de servirnos para precisar el perfil del autor del delito, la legislación extrapenal también es requerida para poder interpretar la naturaleza y calificación de las operaciones o transacciones que la ley involucra como objeto del reporte omitido. En efecto, el artículo 5° del Decreto Legislativo 1106 tampoco da mayores pistas ni precisiones acerca de lo que implica calificar una transacción u operación financiera, comercial, empresarial o contractual como **sospechosa**. Estas incógnitas o dudas requieren, pues, despejarse en base a la legislación que resulta conexas y afín al objeto de criminalización. Al respecto cabe recurrir tanto a la Ley 27693 como a su Reglamento. Según el artículo 11° de la Ley citada se deben entender como transacciones u operaciones sospechosas: *“...aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente...”*. A su vez, el Reglamento aprobado por Decreto Supremo 018-2006-JUS en su artículo 11°.1 brindaba también una definición similar en los siguientes términos: *“Constituye operación sospechosa aquella operación detectada como inusual y que, en base a la información con que cuenta el sujeto obligado de su cliente, lo lleve a presumir que los fondos utilizados en esa operación proceden de alguna actividad ilícita por carecer de fundamento económico o legal aparente”*. Pero, además, también el párrafo *in fine* de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1106 aporta una noción explicativa de transacción u operación sospechosa, señalando que son aquellas *“cuya cuantía o características no guardan relación con la actividad económica de sus clientes...o por las características particulares de las mismas puedan conducir razonablemente a sospechar que se está utilizando...para transferir, manejar, aprovechar o invertir recursos provenientes de actividades delictivas o destinadas a su financiación”*

En cuanto a la conducta criminalizada, cabe señalar que su condición omisiva la vincula a un mandato específico. Como explica la doctrina: *“Mediante la norma preceptiva implícita al tipo legal que prevé un delito de omisión se ordena la ejecución de un comportamiento determinado; por tanto, se tiene la obligación de actuar”* (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 38). Se trata, pues, de la **acción esperada o conducta**

**ordenada** que omite el agente. En el delito tipificado por el artículo 5° del Decreto Legislativo 1106, ella queda referida a la comunicación de las operaciones o transacciones sospechosas detectadas a la autoridad competente. Es decir, por el reporte circunstanciado y oportuno de la detección o hallazgo de una actividad de características inusuales e inexplicables económicamente, que ejecuta un cliente del sujeto activo de manera ocasional o frecuente (situación típica generadora del deber). Al respecto, hay tres aspectos que deben también precisarse. El primero, que la Autoridad Competente a quien se debe reportar la operación o transacción sospechosa es la **Unidad de Inteligencia Financiera del Perú**. El segundo, que conforme a la normatividad vigente, el plazo, generalmente admitido, para cumplir con el reporte es de **30 días calendarios y posteriores** a la detección de la operación, aunque a los notarios se les concede 15 días. Y, el tercero, que el agente haya estado en absoluta capacidad de hacer el reporte exigido.

Como bien se demanda en la literatura especializada, la posibilidad de realizar la acción esperada es siempre el límite de los delitos de omisión, pues *“nadie está obligado a hacer lo imposible”* (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 38). Ahora bien, con relación al segundo aspecto citado, llama la atención la magnitud del plazo concedido para el reporte a los sujetos obligados y que en el contexto regional resulta ser muy extenso. En efecto, en otros sistemas jurídicos como el brasileño dicho plazo sólo es de 24 horas (Cfr. Lei N° 9.613 del 3 de marzo de 1998, Art. 11.II). **Tal vez una opción más compatible con la eficacia de estas comunicaciones aconseja que el límite temporal para el reporte no exceda de cinco días calendarios.**

El delito se perfecciona con el incumplimiento del reporte dentro del plazo señalado por la Ley. El tipo legal, como se había mencionado anteriormente, describe un delito de mera desobediencia *“cuya realización consiste en el simple hecho de no cumplir la acción que el ordenamiento jurídico espera que sea ejecutada”* (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 39).

Y, por tratarse de un delito de omisión propia, la tentativa no es configurable. Al respecto cabe recordar que *“Los delitos de omisión propia son similares a los delitos de pura actividad, en la medida en que su consumación no requiere la producción de un resultado”* (Ídem., p. 39).

#### 15.4.1.2 tipicidad subjetiva

El delito **requiere dolo**. El agente omite cumplir con el reporte de modo consciente y voluntario. Esto es, él conoce de su condición funcional o profesional, así como de la presencia de una operación o transacción que ha detectado y calificado como sospechosa o de cuya detección ha tomado conocimiento, por lo que tiene el deber legal de reportar tal hallazgo a la UIF-Perú. Como bien anota VILLAVICENCIO TERREROS, en esta clase de delitos será suficiente para la tipicidad subjetiva *“que el sujeto tenga conciencia de la situación típica de la conducta que realiza, de su capacidad para actuar y de otras circunstancias típicas. Con ello se mantiene en vigencia su mandato a realizar una conducta ordenada”* (Cfr. Felipe Villavicencio T. Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima.2006, p.659). Por tanto, es evidente que la concurrencia de un error invencible sobre la situación generadora del deber hará típica toda conducta omisiva del agente.

Ahora bien, para el supuesto típico del artículo 5º, el dolo del sujeto activo se agota en la voluntad omisiva del reporte. La ley no exige para la configuración de la tipicidad subjetiva de este delito periférico, elementos subjetivos especiales que aludan a fines específicos, como sí lo ha hecho en el caso de los delitos de lavado de activos contemplados en los artículos 1º, 2º y 3º ( *“evitar la identificación de su origen”* ). Es aceptable, entonces, la conclusión de GARCÍA CAVERO acerca de que: *“El delito de omisión de comunicar transacciones sospechosas se limita a los casos en los que el conocimiento del autor se reduce al carácter sospechoso de la transacción u operación que realiza”* (Cfr. Percy García Caveró. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Ob. Cit., p.520)

Por tanto, pues, es importante diferenciar este supuesto omisivo de aquel otro donde el agente calificado, dolosamente omite la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas para, con ello, voluntariamente viabilizar o facilitar la operación de lavado de activos cuya ejecución conoce o puede inferir que se está materializando. En este último supuesto, la conducta omisiva del funcionario o empleado constituiría por sí misma un delito de lavado de activos. El cual, según las circunstancias del caso, sería susceptible de ser penado conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 1106, como realización por **omisión impropia** de delitos de conversión o transferencia.

Al respecto, cabe precisar también que la omisión dolosa del reporte puede usualmente conllevar a la concreción inmediata de una operación de lavado de activos. En tales casos, el sujeto obligado con el incumplimiento de la acción esperada estará afectando también el deber que tiene de abstenerse de ejecutar una transacción de condición sospechosa. Su posición, pues, como autor de un delito de lavado de activos, estará también confirmada e, incluso, podría imputársele el agravante específico que contempla el primer inciso del artículo 4º.

Merece atención especial el caso del **Oficial de Cumplimiento** (Cfr. Artículo 10º, numeral 10.2.1 de la Ley 27693), que conociendo de una operación reportada o advirtiendo su presencia al realizar un examen rutinario, omite, dolosamente, comunicarlo o frustrar la culminación de la misma, posibilitando, en ambos casos, que la operación se concrete. En estos supuestos, cabe imputar al Oficial de Cumplimiento un delito de lavado de activos, también en la modalidad de omisión impropia o comisión por omisión.

Cabe anotar, finalmente, que la presencia de un **error de prohibición** sobre la existencia de la obligación jurídica de comunicar el hallazgo de una transacción u operación sospechosa, o sobre la concurrencia de una justificante como la de guardar secreto sobre la actividad financiera del cliente, deben ser apreciados con arreglo a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 14º del Código Penal. Esto es, si el error fuere vencible se atenuará la pena y de ser invencible se excluirá la responsabilidad del agente.

#### 15.4.2 Delito de Omisión Culposo

El Decreto Legislativo 1106 renunció a la incorporación de delitos culposos de lavado de activos. Se mantuvo, pues, al margen de la arraigada tendencia contemporánea a criminalizar en este dominio conductas imprudentes o negligentes. Pese a algunos cuestionamientos de la doctrina, en torno a la ausencia de tipos penales imprudentes en el derecho penal nacional, como los planteados por CARO y ASMAT (Dino Carlos Caro Coria y Diana Marisela Asmat Coello. Ob. Cit., p.309 y ss.), tal omisión legislativa nos parece, de momento, sensata y prudente. Nuestra realidad socioeconómica se sustenta aún en altas cuotas de informalidad y prácticas paralelas que deben ser, en principio, corregidas con políticas de inclusión y conciencia tributaria que se mantienen todavía al margen de grandes sectores de la población nacional. De allí que la criminalización culposa de actos de conversión, transferencia o tenencia de activos de origen ilícito, puede promover efectos perversos y no del todo compatibles con los objetivos y políticas de prevención de esta clase de delitos. Por consiguiente, si el Estado debe adoptar decisiones criminalizadoras para configurar delitos culposos, tal como lo exigen los actuales estándares internacionales, ellas deben comenzar por concentrarse selectivamente en los sectores mejor informados y vulnerables. En atención, pues, a tales razones, estimamos, de momento, atinada la opción seguida por la nueva legislación penal contra el lavado de activos, de incluir un supuesto de delito culposo sólo para los casos de omisión de reporte de operaciones o transacciones sospechosas.

Al respecto, según la exposición de motivos del Anteproyecto de la Comisión de Expertos, que sirvió de fuente al Decreto Legislativo 1106, la incorporación de una modalidad culposa del

delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas, fue una importante innovación en la legislación nacional contra el lavado de activos. Sobre todo porque *“se estima necesario promover una mayor diligencia de los sujetos obligados en el control de sus operaciones y actividades, a fin de evitar que la negligencia o el exceso de confianza pueda asimilar operaciones que debieron ser calificadas como sospechosas y comunicadas a la autoridad competente”*

#### 15.4.2.1 Principales Características Típicas

Tradicionalmente, como advierte VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, en la legislación penal la criminalización de *“casos de culpa o imprudencia por omisión son muy restringidos”* (Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. COMLIBROS. Medellín.2009, p. 696). Sin embargo, esta presencia limitada y residual de los delitos de omisión culposa no los hace menos importantes para el control de determinadas conductas como las que corresponden a la identificación, interdicción y comunicación de transacciones u operaciones sospechosas de estar activando procedimientos de lavado de activos.

Si bien los países que han optado por criminalizar de manera específica delitos de omisión de controles o de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, lo han hecho preferentemente a través de la configuración de **estructuras típicas dolosas**, en la actualidad también se detecta en el derecho extranjero una tendencia legislativa que estima pertinente incorporar fórmulas legales culposas para reprimir penalmente tales prácticas omisivas. Se argumenta a favor de esta opción normativa, la búsqueda de un objetivo político criminal de motivación preventiva, consistente en promover una actitud más atenta, diligente y decidida entre los sujetos obligados para el debido ejercicio de sus competencias contra el lavado de activos. Este es el caso, por ejemplo, de la legislación de Costa Rica que ha optado por sancionar penalmente al *“propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras supervisadas, así como el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización que, por culpa en el ejercicio de sus funciones apreciada por los tribunales, haya facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico”* (Cfr. Artículo 73º de la Ley 7786).

Sin embargo, también se han formulado objeciones a la introducción de este tipo de disposiciones penales. Por ejemplo, se ha sostenido que ellas constituyen un exceso del legislador y una extensión desmedida del derecho penal. Al respecto ADRIASOLA ha afirmado lo siguiente: *“Esa expansión surge nítidamente en aquellas legislaciones que castigan el lavado incluso por negligencia o imprudencia. En otras palabras, la tipicidad imprudente del lavado de activos es un refuerzo penal para sustentar el cumplimiento de obligaciones administrativas de control y denuncia que el modelo le impone a los sujetos privados....No es una política criminal aceptable y debe ser dogmáticamente rechazada”* (Gabriel Adriasola. El Lavado de Activos en Uruguay. Los riesgos de una Autonomía Desmedida. Política Criminal y Dogmática Penal de los Delitos de Blanqueo de Capitales. IDEMSA. Lima. Mayo 2012, ps. 26 y 27).

Para otros especialistas, estas modalidades culposas pueden debilitar la operatividad y eficacia preventivo general de las fórmulas dolosas. Asimismo, esta clase de normas pueden complicar la actuación eficiente de las agencias de supervisión y control, al imponerles complejas exigencias de verificación técnica para dilucidar el proceder negligente del sujeto obligado, lo cual conlleva el riesgo de que se asimilen, con frecuencia, omisiones dolosas como expresiones límite de un obrar meramente culposo del sujeto activo del delito. Como destaca BLANCO CORDERO: *“Esto es especialmente importante desde el punto de vista de los empleados de banca, quienes desarrollan sus actividades en un punto de encuentro entre el circuito financiero ilegal y el legal. Estos podrían eludir sin problemas la responsabilidad por el blanqueo alegando su desconocimiento del origen delictivo de los bienes.”* (Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p. 180).

En el Perú la preocupación legal por introducir sanciones punitivas para las omisiones culposas del reporte de transacciones u omisiones sospechosas, se reflejó, inicialmente, aunque de manera indirecta, en el Proyecto de Ley Nº 1084/2001 de octubre de 2001. En efecto, en el artículo 406º C de dicha propuesta legislativa se establecía lo siguiente: *“El que ejerciendo funciones de regulación, supervisión, vigilancia o control de cumplimiento dentro de organismos reguladores o empresas del sector financiero, de seguros o bursátil incurriera en negligencia o descuido inexcusable en aplicación de las reglas técnicas y acciones de control será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y multa de 129 a 365 días-multa”*.

Pero, al margen del antecedente citado, la legislación nacional rechazó inicialmente la adopción de estructuras culposas como quedó evidenciado en la redacción del artículo 4º de la Ley 27765. Sin embargo, esta posición cambió radicalmente en el proceso de elaboración del Decreto Legislativo 1106, el cual sin mayores reticencias incorporó un tipo penal culposo de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas en el párrafo segundo del artículo 5º en los términos siguientes: *“La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal”*. Esta actitud legislativa permite advertir, como sostiene SALCEDO MACHADO, que *“la intensificación de la fuerza normativa de las disposiciones administrativas de prevención viene siendo traducida en sede penal”* (Rocío del Pilar Salcedo Machado. La responsabilidad Penal de los Órganos de Gobierno de las Entidades Financieras en la Comisión del Tipo Base de Lavado de Activos. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 37. Julio 2012, p. 147. Nota a pie de página 8).

Tal decisión del legislador resultó, además, compatible con lo dispuesto por la Primera de las Disposiciones Complementarias Finales, en relación a la necesidad de mejorar el control de las operaciones sospechosas: *“Las instituciones sometidas a control y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones se produzca el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de la minería ilegal, así como de cualquier otra actividad de crimen organizado o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas. Los sujetos obligados establecidos a través de la Ley 27693 deberán reportar bajo responsabilidad de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Inteligencia Financiera cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que se está utilizando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir recursos provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación”*.

En consecuencia, pues, actualmente deviene en punible el omitir culposamente el reporte oportuno e idóneo de aquella clase de transacciones u operaciones sospechosas. Lo que puede ocurrir de diferentes maneras, las cuales, sin embargo, siempre mostrarán al sujeto obligado obrando de manera negligente y sin tener en cuenta su competencia u oportunidad para el cumplimiento del deber legal que tiene frente al hallazgo de una transacción sospechosa que debe comunicar a la autoridad competente (Unidad de Inteligencia Financiera del Perú). Por ejemplo, cuando el sujeto obligado no estima prioritaria la realización del reporte y el plazo legal se vence sin que este tenga lugar; o cuando aquel por exceso de confianza delega en un tercero incompetente la comunicación que él debía hacer y esta no es formulada o se hace tardíamente; y también cuando el reporte que elaboró el sujeto obligado no es admitido por las autoridades, por la consignación indebida o incompleta de los datos requeridos o por una deficiente aplicación de los

procedimientos formales de comunicación que se debían observar (no se incorporó la información pertinente al asumir que los datos consignados eran suficientes, o se contabilizó el plazo legal en días hábiles y no calendarios, o se remitió el reporte a una instancia diferente de la señalada legalmente). En todos estos supuestos, como lo destaca la doctrina especializada, resulta evidente que *“el autor no infringe el deber de cuidado con un acto positivo, sino omitiendo la realización de la acción ordenada”* (Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 696).

Sin embargo, también es pertinente tener en cuenta la posición concreta del agente frente al deber de cuidado. Al respecto SALCEDO MACHADO señala lo siguiente: *“Consecuentemente, la determinación de la relevancia penal del incumplimiento de las obligaciones administrativas de prevención estará sujeta a la concurrencia de criterios claros: la existencia de un deber de cuidado basado en una concreta posición de garante, su capacidad para generar un riesgo no deseado y la producción de un resultado lesivo como consecuencia del incremento del riesgo ocasionado por el incumplimiento de los deberes de cuidado”* (Rocío del Pilar Salcedo Machado. La responsabilidad Penal de los Órganos de Gobierno de las Entidades Financieras en la Comisión del Tipo Base de Lavado de Activos. Ob. Cit. p. 149).

Se trata, pues, mayormente, de casos **de culpa con representación** donde el agente actúa sin tomar en cuenta los cuidados propios que corresponden a las circunstancias especiales en las cuales se materializará su conducta omisiva. Esto es, *“al no tener en cuenta el peligro que crea o aumenta, el agente muestra una voluntad deficiente que le impide abstenerse o no le permite tomar las precauciones necesarias para excluir las consecuencias negativas de su obrar”* (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 39). En este contexto, es importante destacar que conforme al texto legal de la disposición nacional que comentamos, la omisión culposa punible parece estar siempre ligada al deber de reportar el hallazgo de la transacción sospechosa (***“La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida...”***), mas no a la falta de diligencia en la detección de la operación o a su imperfecta calificación como inusual o sospechosa. Las negligencias, fallas o indecisiones que se den a este nivel serían en principio atípicas y sólo acarrearían sanciones administrativas. No obstante, ello no queda del todo claro por lo que no es aceptable *a priori* una exclusión implícita y absoluta de otros supuestos más próximos a situaciones de **culpa sin representación**, los que deberán dimensionarse en el caso concreto para deslindar su relevancia penal. Algunos ejemplos de estas omisiones, que se ubicarían en el límite de lo punible para la legislación nacional, son propuestos por BLANCO CORDERO en los siguientes términos: *“La responsabilidad por imprudencia respecto del blanqueo efectuado a través de operaciones legalmente previstas en el art. 5.2 del reglamento, tendrá lugar cuando el empleado omite el examen cuidadoso de las mismas y, en consecuencia, la comunicación. Así por ejemplo, el empleado que no comunique una operación respecto de una cuenta en la que se realizan ingresos en efectivo por un número elevado de personas sin nada que lo justifique, puede incurrir en responsabilidad penal por imprudencia si la operación constituye un blanqueo, pues infringe el deber objetivo de cuidado. Ya hemos indicado las dificultades con las que cuenta para examinar él mismo la operación al no disponer de informaciones adicionales, por lo que debería en tales casos comunicar al órgano interno de control para que examine la operación. En tal caso, la comunicación interna sería un requisito para el cumplimiento de la obligación de examen, constituiría un presupuesto básico de tal obligación. También puede generar responsabilidad por imprudencia la actuación del órgano interno o del representante ante el Servicio Ejecutivo cuando no examina cuidadosamente tal tipo de operaciones una vez comunicadas por el empleado”* (Isidoro Blanco Cordero. Responsabilidad Penal de los Empleados de Banca por el Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p. 206).

Estando, pues, a los diversos problemas dogmáticos y prácticos que pueden derivarse del delito de omisión culposa de reporte de transacciones u operaciones sospechosas, es lamentable que nuestros comentaristas muestren, aún, un nulo o escaso interés por el análisis técnico de esta

novedosa criminalización (Cfr. Jorge A. Pérez López. Lavado de Activos y aspectos Sustantivos del Decreto Legislativo N° 1106, p. 65; Marcial PaucarChappa. La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106, p. 75; Edith Hernández Miranda. Comentarios sobre la Regulación Sustantiva del Delito de Lavado de Activos: A propósito del Decreto Legislativo N° 1106, p.86. Ver todos en Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 35. Mayo de 2012)

### 15.4.3. Penalidad

La penalidad conminada para el **delito doloso de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas** reúne tres penas conjuntas que son las siguientes: privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; multa de ciento veinte a doscientos cincuenta días-multa; e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años con las incapacidades descritas en los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 36º del Código Penal. Es evidente que la pena de inhabilitación se encuentra plenamente justificada, dada la calidad especial del autor y por la infracción de deberes propios del ejercicio de la función o profesión que este desempeña.

En el caso del **delito culposo de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas** la ley también incluye dos penas principales de aplicación conjunta. Para esta modalidad delictiva las penas son multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no menor de un año ni mayor de tres con iguales incapacidades que las previstas para el caso doloso. Estimamos pertinente que el legislador en esta primera experiencia punitiva no haya incluido penas privativas de libertad. Esto último es destacado también en la exposición de motivos del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Expertos que es fuente del Decreto Legislativo 1106: *“Dado lo novedoso de esta criminalización en nuestro medio, se ha considerado prudente, por el momento, no aplicar en estos casos penas privativas de libertad sino penas de multa e inhabilitación”*.

## 16. REHUSAMIENTO, RETARDO Y FALSEDAD EN EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN

### 16.1 Antecedentes de la criminalización

Durante el proceso de elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, se hizo visible una importante debilidad de las agencias oficiales dedicadas a la investigación penal de operaciones dirigidos a la realización de tales ilícitos. Esta deficiencia, que afectaba la eficacia y la eficiencia de las unidades operativas especializadas del Ministerio Público, Policía Nacional y Unidad de Inteligencia Financiera, se expresaba, sobre todo, en la falta de colaboración que estas recibían de los sectores, organismos e instituciones que eran requeridos para suministrar información necesaria para el adelantamiento de pesquisas, análisis e informes que aquellas debían realizar en el marco de sus competencias específicas.

En efecto, al interior del Plan Nacional se hizo particular alusión a esta vulnerabilidad en el ámbito de la represión penal, precisando lo siguiente: *“La duración excesiva de las investigaciones preliminares de delitos de LA, ocasionada en parte por la demora de ciertas instituciones públicas y del sector privado en dar respuesta a requerimientos de información de la fiscalía”* (Cfr. Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Superintendencia de Banca, Seguros y Administración de Fondos de Pensiones. Lima. Mayo 2011, p. 26). En coherencia con ese diagnóstico se consignó entre los objetivos y acciones para el Fortalecimiento de la Represión Penal del LA/FT, la implementación de dos medidas legislativas que debían incidir en el problema detectado y que fueron las siguientes:

- a) La redacción de un proyecto de modificación del Código Penal para establecer una sanción penal para los supuestos de incumplimiento en la entrega de la información que sea requerida por las autoridades competentes.

- b) Modificar el Código Penal para criminalizar el incumplimiento de la entrega oportuna información solicitada por las autoridades competentes.

Fueron comisionados para cumplir con estas acciones el Ministerio Público, el Poder Judicial y el Congreso de la República, debiendo concretar su ejecución entre los meses de agosto a diciembre de 2011 (Cfr. Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Superintendencia de Banca, Seguros y Administración de Fondos de Pensiones. Ob. Cit., p. 38). El cambio de gobierno retrasó la realización de ambas acciones, las que volvieron a ser planteadas en el marco del Plan de Acción para el Fortalecimiento de la UIF-Perú dado a conocer en febrero de 2012. En este último documento se ratificó la necesidad de tipificar un nuevo delito que criminalice la frustración dolosa de los requerimientos de información. En tal sentido se demandaba la pronta *“Modificación del Código Penal para establecer una sanción por incumplimiento de entrega de información de forma oportuna a solicitud de las autoridades competentes. Esto específicamente con la finalidad de asegurar el acceso oportuno a información por parte del Ministerio Público”* Fue, pues, en este contexto, que la Comisión designada por Resolución Ministerial N° 0025-2012-JUS, consideró pertinente y oportuno incluir en una nueva Ley contra el lavado de activos, un delito con las características sugeridas por los documentos reseñados. El texto elaborado por la Comisión de Expertos fue el siguiente: *“El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o la brinda falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”*. Al respecto, la exposición de motivos destacaba la necesidad de la inclusión de este nuevo delito, pues *“estas conductas dolosas vienen debilitando la eficacia y oportunidad de las acciones contra el lavado de activos, por lo que su criminalización se justifica plenamente”*.

No obstante, al ser revisado el Anteproyecto que elaboró la citada Comisión de Expertos se agregó un párrafo adicional en el cual se incorporaron dos circunstancias agravantes específicas, las cuales tomaron como indicadores de calificación del hecho punible la materia del procedimiento de investigación o juzgamiento que demanda la información requerida (lavado de activos vinculado a la minería ilegal o al crimen organizado), así como al valor económico involucrado en las operaciones de lavado de activos sometidas a pesquisa o juicio (superior al equivalente a quinientas Unidades Impositivas Tributarias).

La redacción definitiva del artículo 6° y que fuera aprobada por el Decreto Legislativo 1106, tipifica y sanciona este inédito delito en los términos siguientes:

*“El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) de artículo 36 del Código Penal.*

*Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculados a la minería ilegal o al crimen organizado, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de cuatro años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.”*

## 16.2 Naturaleza jurídica y función político criminal

El artículo 6° del Decreto Legislativo 1106 regula un tipo penal alternativo que involucra diferentes conductas, las cuales tienen una misma naturaleza jurídico penal y que se expresan como modalidades específicas de desobediencia a la autoridad. Por lo demás, esta clase de normas no es ajena a la sistemática interna del Código Penal vigente como se aprecia en los artículos 168° segundo párrafo (incumplimiento de resoluciones emitidas por autoridad competente), 242° (rehusarse al suministro de información económica, industrial o mercantil requerida por la autoridad o suministrarla de modo inexacto) y 245° (omitir o negar información solicitada por la autoridad de control financiero o proporcionar datos falsos). Se trata, pues, como en tales casos, de un delito de mera actividad que se materializa como una reacción pasiva de no acatamiento o incumplimiento de lo dispuesto o requerido por autoridad competente, así como también en el acatamiento distorsionado y fraudulento de la orden o solicitud recibida.

No estimamos correcta la apreciación de HERNÁNDEZ MIRANDA en torno a que la inclusión de este nuevo ilícito produciría confusión con otros delitos como los tipificados en los artículos 368° sobre desobediencia a la autoridad o 427° sobre falsedad documental, ni mucho menos que su configuración sea innecesaria (Edith Hernández Miranda. Comentarios sobre la Regulación Sustantiva del Delito de Lavado de Activos: A propósito del Decreto Legislativo N° 1106. Ob. Cit., p.87). Sobre todo porque se trata de un tipo penal especial frente a tales ilícitos generales y porque como ya se ha detallado la realidad nacional demandaba su criminalización particular en la periferia de los delitos de lavado de activos, tal como también lo ha destacado PAUCAR CHAPPA: *“se advirtió con claridad la necesidad de crear un delito de rehusamiento específico para los delitos de lavado de activos, diferente del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad...”* (Marcial PaucarChappa. La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106. Ob. Cit., p. 75).

Lo expuesto permite sostener que el legislador a través de esta criminalización pretende tutelar el poder de imperio o mando de que gozan los representantes oficiales de la administración pública, para el cumplimiento de sus competencias y atribuciones de investigación y juzgamiento de operaciones de lavado de activos. En coherencia con ello es de admitir, siguiendo a ABANTO VÁSQUEZ, que como en otros delitos de desobediencia a la autoridad, con este delito también se perjudica directamente *“la efectividad de las autoridades funcionales”* (Cfr. Manuel A. Abanto Vásquez. Los delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores. Lima. 2001, p. 125).

## 16.3 Tipicidad Objetiva

Como ya se ha precisado, el objetivo político criminal de esta conducta delictiva no es otro que promover el cumplimiento pleno y oportuno de las solicitudes de información o afines que demanden las autoridades vinculadas a la investigación o juzgamiento de delitos de lavado de activos.

A diferencia de los delitos tipificados en los artículos 242° y 245° del Código Penal, los cuales identifican como sujeto activo potencial a determinadas personas que ejercen una función de gestión o dirección empresarial (director, gerente o administrador), el artículo que comentamos no regula condiciones similares. Por lo que, en principio, cualquier persona puede ser autor del delito en tanto se dirija contra ella el requerimiento de información que formula la autoridad, por tener la capacidad y competencia de suministrarla. No obstante, será usual que sean los órganos de gestión o representación los involucrados por dicho pedido cuando este se dirija hacia personas jurídicas.

El sujeto pasivo será siempre la autoridad pública competente que solicita la información y que se encuentra a cargo de la investigación o juzgamiento de operaciones de lavado de activos.

Las conductas criminalizadas son cuatro. Las dos primeras han sido configuradas como estructuras de omisión propia, mientras que las dos restantes responden a fórmulas comisivas. Se trata de los siguientes supuestos típicos:

1. **Rehusar el suministro de la información requerida.** Se configura esta hipótesis delictiva a partir de toda resistencia activa o pasiva que práctica el sujeto activo, la cual permite inferir una deliberada oposición a que se proporcione la información que ha sido solicitada expresamente por la autoridad competente. Comentando esta actitud punible PEÑA CABRERA señalaba que el agente “*se niega sin fundamento legal sólido*” a brindar dicha información (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Delitos Económicos. Ediciones Jurídicas.Lima.1994, p. 295). Es pertinente destacar que la ley no ha regulado ninguna condición objetiva de punibilidad que deba verificarse para viabilizar la configuración del delito como, por ejemplo, que se tenga que formular algún tipo de apercibimiento formal posterior al rehusamiento.
2. **Retardar el envío de la información solicitada.** A diferencia de la conducta anterior, este supuesto delictivo se materializa siempre como un acto de obstrucción directo o indirecto al cumplimiento de la demanda informativa planteada por la autoridad, la cual, además del objeto y naturaleza de los datos requeridos, debe especificar un plazo determinado de cumplimiento. En efecto, el retardo implica un incumplimiento de la oportunidad debida y esta sólo puede darse a conocer con el señalamiento de un plazo concreto y expreso que debe de constar en la solicitud que formula el ente oficial respectivo.
3. **Prestar la información demandada de modo inexacto.** Se criminaliza una acción fraudulenta destinada a llevar a error a la autoridad requirente. El agente desarrolla un *modus operandi* de acatamiento del requerimiento oficial, pero que en realidad encubre un obrar dirigido a frustrar la expectativa de la autoridad en torno a la extensión, calidad y utilidad de la información que debe de suministrársele. Aquel, pues, cumple, en principio, el mandato de información en la oportunidad debida, con un contenido aparentemente integral y preciso. Sin embargo, sólo se trata de una respuesta parcial y distorsionada que por tales calidades no satisface en realidad las necesidades de la indagatoria que le fue planteada. Como señala la doctrina en estos casos: “*el sujeto activo accede a prestar información a la autoridad competente cuando se le haya requerido, pero inexcusablemente su informe no es exacto. Maliciosamente oculta aspectos económicos, industriales o mercantiles...*” (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Delitos Económicos. Ob. Cit. ,p. 295), o de otra índole que le resultan perjudiciales o que prefiere mantener en reserva.
4. **Brindar información falsa.** Esta modalidad amerita un desvalor mayor pues no sólo conlleva desobedecer al mandato recibido, sino que, también, manifiesta una reacción inescrupulosa frente a él. En efecto, el sujeto activo adopta una práctica desafiante ante la autoridad, al remitirle como respuesta a sus requerimientos una información carente de veracidad absoluta o relativa. Esto es, en su respuesta a la autoridad el agente falsea la realidad de las cosas, construye documentación sustentatoria inexistente, etc. La mala fe del autor del delito se trasluce y conduce todas las opciones que este tiene para responder a los datos, informes

y complementos que le fueron solicitados. Como advierte LAMAS PUCCIO esta clase de comportamientos delictivos justifican plenamente su criminalización *“como una forma directa de proteger la veracidad, confiabilidad y temporalidad de toda información que se brinde...”* (Luis Lamas Puccio. Derecho Penal Económico. Segunda Edición. Librería y Ediciones Reunidas. Lima.1996, p.257), sobre todo porque ella ha de ser trascendente para las pesquisas y sanción de operaciones de lavado de activos.

Como se mencionó anteriormente, en el párrafo primero del artículo 6° se ha regulado, pues, un tipo penal alternativo, por lo que la tipicidad objetiva será plena con la sola realización concreta de cualquiera de los supuestos típicos descritos. Ahora bien, dada la conexión entre los actos penalizados y el contexto funcional en el que ellos tendrán lugar, es posible que el mismo agente realice de modo simultáneo o sucesivo dos o más de tales conductas. Por ejemplo, puede retardar el envío de la información y además suministrarla de manera inexacta o con contenidos falsos. Si bien ello no generará un concurso real de delitos, pero sí deberá de ser apreciado como un indicador de mayor antijuricidad para la oportunidad de individualizar la pena aplicable al autor del hecho punible, conforme a las circunstancias previstas en el artículo 46° del Código Penal (naturaleza de la acción o la extensión del daño o peligro causados).

Un componente normativo común a todos estos delitos será la desobediencia total o parcial del requerimiento. Lo cual involucra, necesariamente, un presupuesto formal que estará constituido por el pedido u orden que emitirá la autoridad competente para que se le suministre la información que necesita. Es indispensable que ambos se configuren con el detalle pertinente que permita identificar con precisión su contenido específico y su destinatario concreto o, cuando menos, que de su redacción o modo de expresión tales componentes puedan ser determinables. Como sostiene ABANTO VÁSQUEZ las órdenes y solicitudes que formule la autoridad *“no pueden ser vagas o genéricas”*(Cfr. Manuel A. Abanto Vásquez. Los delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Ob. Cit., p. 126).

#### **16.4 Tipicidad subjetiva**

El delito materia de análisis exige dolo para la realización de sus cuatro modalidades. Lo cual implica que el agente debe tener conocimiento del requerimiento, de sus alcances, así como de su propia condición de destinatario del mismo. Y, también, de la obligación legal que tiene de darle cumplimiento en un plazo definido. Asimismo, él debe obrar con la voluntad de incumplir y desobedecer total o parcialmente el requerimiento. En consecuencia el dolo que se demanda para estos casos será *“siempre directo pues se exige una voluntad dirigida al incumplimiento de la orden”* (Cfr. Manuel A. Abanto Vásquez. Los delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Ob. Cit., p. 134).

Es admisible el error de tipo en torno a cualquiera de los componentes objetivos relativos, por ejemplo, al sentido y oportunidad del requerimiento o sobre las opciones de cumplimiento que corresponden al autor.

#### **16.5 Consumación del delito**

El delito se perfecciona cuando el sujeto activo no cumple con suministrar dentro del plazo fijado la información que le fue requerida por la autoridad. Sea que la conducta adquiera la forma de negativa, retardo, inexactitud o falsedad la tentativa es configurable y punible. Al respecto PEÑA CABRERA ha sostenido lo siguiente: *“El delito en examen se consuma en el momento en que el sujeto activo se niega de cualquier manera a dar la información a la autoridad; o, en su caso, en el momento en que la información inexacta llega a poder de la autoridad que la requirió, sin que sea*

*necesario que haya leído el informe. La tentativa es posible, pues puede suceder que la negativa sea por escrito pero por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, el documento que encierra la negativa no llega a poder de la autoridad competente; o, el informe inexacto es redactado, pero por motivos distintos a la voluntad del agente no llega a poder de la autoridad competente”* (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Ob. Cit. , p.296).

### **16.6 Circunstancias Agravantes**

El párrafo segundo del artículo 6° del Decreto Legislativo 1106 contempla dos circunstancias agravantes. Cada una de ellas ha sido construida en base a indicadores vinculados a la naturaleza y dimensiones de los delitos de lavado de activos en cuya investigación o juzgamiento surge la necesidad informativa que requiere la autoridad. Por consiguiente será menester evaluar la presencia material o cuando menos potencial de dicha conexión para poder imputar al sujeto activo la configuración de la circunstancia agravante y la correspondiente eficacia de la misma sobre la pena que deberá imponérsele.

La primera de estas circunstancias agravantes específicas toma en cuenta la relación existente entre los delitos de lavado de activos objeto de investigación o juzgamiento con dinero, bienes, efectos o ganancias de la minería ilegal o de la criminalidad organizada. Por consiguiente, deberá tratarse de los delitos tipificados en los artículos 307°A, 307°B, 307° C, 307°D y 307° E del Código Penal; o de los delitos señalados en el artículo 317° párrafo segundo como representativos de la criminalidad organizada y que son los descritos en los siguientes artículos del citado sistema normativo: 152°, 153°, 153°A, 200°, 273° al 279°D, 296° al 298°, 316°, 317°, 318°A, 319°, 325° al 333° y 346° al 350°.

La segunda circunstancia agravante se ha construido sólo en base al valor equivalente de la operaciones delictivas de lavado de activos, que son objeto de las pesquisas o acción judicial, las cuales deben haber generado *“dinero, bienes, efectos o ganancias”* por un valor *“superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias”*

Ahora bien, tratándose de agravantes dolosas será menester que el autor del delito conozca las relaciones de las investigaciones administrativas o judiciales con prácticas de lavado de activos conexas a los delitos mencionados (minería ilegal o de criminalidad organizada) o al valor económico referido (superior a 500 UIT). Ello, por tanto, demanda que en el requerimiento que formule la autoridad conste una alusión expresa o implícita a tales aspectos. Si el agente ignora la presencia de ambos componentes de agravación su penalidad no podrá ser incrementada.

### **16.7 Penalidad**

La penalidad conminada para este reúne tres penas conjuntas que son las siguientes: privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; multa de cincuenta a ochenta días- multa; e inhabilitación no mayor de tres años con las incapacidades descritas en los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 36º del Código Penal. Por tanto para esta última pena el mínimo debe ser de seis meses.

Para el caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas la penalidad también es conjunta y comprende pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; multa de ochenta a ciento cincuenta días- multa; e inhabilitación no mayor de cuatro años con las incapacidades descritas en los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 36º del Código Penal. Se entiende que en estos supuestos la pena de inhabilitación mínima debe ser de tres años.

## **17.DISPOSICIONES PROCESALES EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1106**

El lavado de activos es un delito sometido a las reglas del procedimiento penal ordinario o común. Por tanto, sea cual fuere el marco legal que regula su investigación y juzgamiento (Código de

Procedimientos Penales o Código Procesal Penal de 2004), el régimen procesal que le corresponde no es diferente de aquel que se aplica a otros delitos de criminalidad organizada como el robo, el secuestro, el tráfico ilícito de drogas o la trata de personas.

Ahora bien, las características peculiares de este delito así como de su modus operandi, han determinado que el legislador nacional haya procurado, siempre, configurar en torno a él reglas especiales para los actos preliminares de pesquisa, de investigación, así como para la actividad probatoria que corresponderá desplegar durante la etapa del juicio a los sujetos procesales involucrados. Al respecto, PAUCAR CHAPPA destaca la necesidad de advertir tales particularidades como punto de partida de toda estrategia y praxis de investigación del delito de lavado de activos, lo cual, pues, es en alguna medida promovido o destacado por tales procedimientos y reglas especiales. Como señala el autor citado: *“Definitivamente la investigación del delito de lavado de activos obedece a una lógica en su estructura íntegramente diferente porque requiere medidas procesales y técnicos modernos que no son utilizados en las investigaciones de los delitos comunes”* (Marcial Eloy PaucarChappa. La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y Jurisprudencia. ARA Editores. Lima. 2013, p. 50) La Ley 27765 desarrolló esta tendencia al incluir entre sus disposiciones legales, normas vinculadas con el levantamiento del secreto bancario, las reservas tributaria y bursátil, así como con la utilidad de la prueba indiciaria para investigar o acreditar delitos de lavado de activos (Cfr.Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Grijley. Lima. 2007, p. 180 y ss).

Sin embargo, como lo puso de relieve el Acuerdo Plenario N° 3-2010 CJ-116, en los primeros párrafos de su fundamento jurídico 38°, una limitación notable de la legislación complementaria a la ley 27765 era la imposibilidad normativa de poder validar procesalmente los informes de inteligencia emitidos en sede administrativa por la Unidad de Inteligencia Financiera y que eran utilizados por el Ministerio Público para promover la judicialización penal de actos presuntos o probables de lavado de activos: *“Más allá de lo limitado del uso procesal del informe de inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado informe y al sustento de la información- los anexos-, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue acceso fluido a la autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF-Perú”*.

La vocación del legislador nacional de otorgar cierta especialidad al quehacer procesal que se adelanta contra el presunto autor o partícipe de un delito de lavado de activos, ha sido ratificada y desarrollada con mayor amplitud por el Decreto Legislativo 1106. Es así que, entre sus normas básicas, transitorias y complementarias se hace visible un incremento importante de la presencia puntual de reglas especiales de procedimiento orientadas a potenciar la eficacia de las acciones penales a que den lugar operaciones de lavado de activos. En efecto, la actual morfología interna del Decreto Legislativo 1106 permite identificar normas que cumplen esa función procesal en los siguientes aspectos:

**a) La flexibilización del secreto bancario, del secreto de las comunicaciones, así como de la reserva tributaria y de la reserva bursátil**

El acceso a fuentes de información sensible y reservada se encuentra regulada en el artículo 7° del Decreto Legislativo 1106. Como lo hemos señalado anteriormente *“estas medidas se justifican sólo si son necesarias para facilitar la investigación y la prueba del delito imputado, ya sea verificando transacciones efectuadas a través del sistema de intermediación financiera, o revisando las operaciones económicas o bursátiles realizadas por las personas implicadas. Por consiguiente sólo se justifica excluir del secreto bancario o de las reservas tributaria y bursátil, a aquellos clientes o usuarios sobre los que concurren indicios razonables de estar realizando operaciones de lavado”* (Cfr.Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

Ob. Cit., p.183). Lo novedoso que aporta el Decreto Legislativo 1106 es la inclusión de facultades para el levantamiento del secreto de las comunicaciones, lo cual es coherente con los fines de la investigación de esta clase de delitos. Especialmente constituyen fuente criminalística relevante aquellas comunicaciones que se efectivizan a través del empleo del correo electrónico. Por lo demás, la tramitación y ejecución de todas estas medidas deberá ceñirse a lo estipulado en la legislación sobre la materia (Cfr. Artículo 143° de la Ley 26702; Artículo 85° del Decreto Legislativo 816; Artículo 47° del Decreto Legislativo 861; Artículos 226° a 231° , 235° y 236° del Código Procesal Penal de 2004). El gran problema en torno a la efectividad de estas disposiciones, radica en el veto legal que aún subsiste para que la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú pueda acceder directamente a fuentes de su incumbencia como las protegidas por el secreto bancario o la reserva tributaria. En efecto, el artículo 7° del Decreto Legislativo 1106 sólo autoriza el levantamiento de tales límites de acceso a información privilegiada al Fiscal. Al respecto, cabe recordar que el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo destacó en su numeral 76, que el bloqueo normativo que tiene la UIF-Perú en estos dominios, constituye una grave vulnerabilidad de nuestro sistema de prevención y control del lavado de activos. Sobre todo porque ella afecta la posibilidad de producir inteligencia de *“valor agregado para fines investigativos”*. Por tal razón, como una estrategia de corrección de esta debilidad normativa se han presentado sucesivos proyectos de ley en el Congreso de la República, dirigidos a propiciar una enmienda constitucional o una reforma legislativa que permita acceder directamente a la UIF- Perú a dichas fuentes de información sensible y reservada. Un ejemplo de estas iniciativas legales es el **Proyecto de Ley N° 794-2011.CR** presentado el 31 de enero de 2012 y que propone modificaciones en el artículo 143° de la Ley 26702, así como en el literal a del artículo 85° del Decreto Supremo 135-99-EF y en los artículos 17° y 18° del Decreto Supremo 043-2003-PCM. Este documento plantea la inclusión del Titular de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos entre las autoridades que pueden obtener información sujeta a secreto bancario y reserva tributaria. Al respecto, un pasaje de su exposición de motivos señala lo siguiente: *“En tal sentido, el presente proyecto pretende establecer la posibilidad para que la Superintendencia pueda levantar el secreto bancario para el ejercicio de todas sus funciones, a fin de no encontrar ningún tipo de inconveniente en el correcto desempeño de las que le han sido o podrían ser encomendadas, de ser el caso, como es el caso de análisis e investigación financiera. Similar situación ocurre con la posibilidad de la UIF-Perú a través de la Superintendencia de acceder a la información protegida por la reserva tributaria...”* (Cfr. Texto del Proyecto de Ley N° 794/2011-CR ,p.5). Lamentablemente, el futuro de estas iniciativas sigue siendo incierto. No sólo se obstruye su realización legislativa en el Congreso sino que también se objeta su constitucionalidad (Cfr. Javier Aguirre CH. La SBS y el Secreto Bancario. Diario Oficial El Peruano. Edición del 04 de mayo de 2013, p. 12). Al respecto el Superintendente Adjunto de la Unidad de Inteligencia Financiera, SERGIO ESPINOZA, cuestiona tal observación: *“Nuestra postura defiende lo contrario. Si fuera así, concluiríamos que otras leyes también serían inconstitucionales. Por ejemplo, la Ley General de Bancos cuando dice que la SBS tiene acceso para temas de supervisión o cuando el Código Tributario le da acceso a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) para los mismos fines. Estas y otras normas serían nulas y estaríamos hablando de quince años de supervisión bancaria puestos en entredicho. En nuestro caso, los reportes que han estado haciendo los bancos y entidades obligados desde el 2003 serían inconstitucionales y, por ende, los casos contruidos sobre ellos también”* (Tania Mesagel. La construcción y el comercio son los sectores en los que se lavan más activos. Diario El Comercio. Suplemento Economía. Edición del 19 de abril de 2013, p. B3).

Por otro lado, la norma del Decreto Legislativo N° 1106 que estamos comentando, también limita el uso de la información que se obtenga vía el levantamiento del secreto bancario o de las comunicaciones; así como de la reserva tributaria o bursátil para el fin exclusivo de la investigación de posibles ilícitos de lavado de dinero que motivaron la investigación. De allí, pues, que, en principio, si de las pesquisas realizadas se detectan hallazgos sobre la posible comisión de otro tipo de delitos, por ejemplo, la evasión tributaria o contra la fe pública, el Ministerio Público o

la autoridad policial a cargo de las mismas no podrán usar contra el investigado la información obtenida.

**b) La utilidad de la prueba indiciaria para acreditar que el agente actúa conociendo o debiendo presumir el origen ilícito de los activos que somete o intenta someter a prácticas de lavado**

Es evidente que no hay, en lo esencial, otra posibilidad probatoria para acreditar ese componente subjetivo del dolo con el cual actúa el agente del delito. Nuestra jurisprudencia ha puesto de relieve en diferentes casos tal eficacia de la prueba de indicios, como se observa en la Ejecutoria Suprema recaída en el caso Foguel (Cfr. Considerando Cuarto de la Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 2004. Recaída en la causa R.N.N° 2202-2003 de la Sala Penal Permanente. Procedente del Callao). Así también lo ha destacado la parte final del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106. En esta disposición legal se precisa que: *“El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”*. Por lo demás, el derecho penal internacional y el derecho penal interno de los Estados, también otorgan a los indicios y a la prueba indiciaria igual utilidad y función probatorias. Por ejemplo, en la legislación dominicana se establece lo siguiente: *“El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de las infracciones previstas en esta sección, así como en los casos de incremento patrimonial derivado de actividad delictiva consignada en esta ley podrá inferirse de las circunstancias objetivas del caso”* (Cfr. Artículo 4° de la Ley 72-02).

En Costa Rica, como señala MADRIGAL ZAMORA, la jurisprudencia ha reconocido *“la dificultad de obtener prueba directa de que determinados bienes o valores provengan de actividades ilegales, supliendo dicha imposibilidad dentro de un sistema de valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica-como es el nuestro- con la concatenación de pruebas indirectas (indicios) que sean unívocos y suficientes en el contexto del caso concreto. Así por ejemplo criterios como la cantidad de dinero movilizada, el método de movilización, la forma de custodia o almacenamiento de objetos y bienes, la utilización del nombre y amparo jurídico de personas jurídicas sin un efectivo giro comercial, la coincidencia entre fuertes depósitos o ingresos de dinero con viajes fuera del país, la inmediata transferencia de sumas ingresadas en una determinada cuenta a bancos fuera de las fronteras nacionales, etc. Han sido legitimados como parámetros correctos para concluir en la existencia de una actividad de lavado de dinero”* (Roberto Madrigal Zamora. El Delito de Blanqueo de Dinero. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal N° 28. Julio 2011, p. 226).

La jurisprudencia nacional también ha destacado dicho rol de la prueba de indicios a la vez que ha buscado esclarecer su operatividad. En efecto, el fundamento jurídico 33° del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 señala al respecto: *“La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria-no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa-. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo analizado deberá ser inferida-a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permitan llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas- de los datos externos y objetivos acreditados”*.

Ahora bien, lo que exige el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106 **no es probar la existencia de un delito fuente con condena firme** para poder, luego, formular una imputación por delito de lavado de activos sino, solamente, acreditar a través de la prueba indiciaria, que quien ejecuta una de las conductas criminalizadas en los artículos 1°, 2° y 3°, conoce o debía presumir que los activos objeto de sus acciones tienen un origen criminal y por ende ilícito. Es ese conocimiento cierto o probable lo que ha de probarse con la prueba indiciaria. Lamentablemente, una lectura sesgada del párrafo segundo del fundamento jurídico 32° del Acuerdo Plenario citado, donde se señala que *“El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal-como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad”*, ha motivado que algunos fiscales especializados del Ministerio

Público y un desinformado sector de la judicatura nacional, adopten una interpretación equivocada y condicionen el adelantamiento y formalización de actos de investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, a la evidencia previa y absoluta del delito fuente generador del capital o de los activos comprometidos en las transacciones u operaciones sospechosas. Tal actitud procesal viene frustrando muchos esfuerzos funcionales de la Policía Nacional, la Unidad de Inteligencia Financiera y la Procuraduría especializada, aunque recibe el coherente e interesado apoyo de los abogados defensores. Al respecto es ilustrativa la preocupación de SERGIO ESPINOZA, alto funcionario de la UIF-Perú, quien ha criticado tal actitud en los siguientes términos: *“Hay dos Acuerdos de Sala Plena de la Corte Suprema, en el 2010 y 2011, donde específicamente se dice que el delito precedente no tiene que ser probado judicialmente. Lo que tiene que existir es una hipótesis verosímil. Si se va a asentenciar a alguien por narcotráfico, sentenciarlo luego por lavado es casi un ejercicio inútil. Pero en el Perú ha tomado mucho tiempo para que los fiscales lo entiendan”* (Revista Caretas. Edición del 11 de abril de 2013, p. 71). No obstante, en ese contexto, debemos también destacar que en recientes Dictámenes de las Fiscalías Supremas en lo Penal, se viene ratificando la autonomía del delito de lavado de activos en términos compatibles con nuestra posición sobre dicha materia. Por ejemplo, este renovado enfoque se advierte en el argumento 24° del Dictamen N° 508-2012-MP-FN-1ª FSP del 4 de mayo de 2012, recaído en la causa N° 55-2008-Procendente de Lima y donde se ha sostenido con convicción: *“.....para la consumación del delito de lavado de activos no es necesario que los hechos delictivos de los cuales provienen los activos ilícitos hayan sido descubiertos, se encuentren sometidos a investigación o proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria, tal como lo expresa con toda claridad la actual Ley de Lavado de Activos (D. Leg. N° 1106)”*.

Por lo demás, como ya lo hemos señalado anteriormente, la necesidad legal de probar plenamente la conexión objetiva de los activos en proceso de lavado con un delito fuente determinado, sólo es requerida para la eficacia del agravante de segundo grado o nivel que contiene el artículo 4 *in fine*. En todo caso, como sostienen algunos comentaristas, y solo para los efectos agravantes mencionados, la exigencia de probar un vínculo entre los activos objeto del delito de lavado y su conexión, próxima o mediata, con un determinado delito precedente puede plantearse como un tema de debate al interior del proceso penal incoado al presunto lavador, pero no como una cuestión previa o de procedibilidad: *“estimamos que el ilícito penal previo siempre debe acreditarse con grado de certeza, de ahí que lo prescrito en el aludido artículo 10° debe ser entendido como que, por cuestiones de política criminal, será ante el propio órgano que conoce el delito de lavado de activos donde se lleve a cabo la probanza del delito previo. Como se advierte, esta interpretación posibilita la persecución penal del delito de lavado de activos sin necesidad de investigar o acreditar antes el delito fuente. Es decir, el hecho de que no preexista un proceso investigador en el que se haya determinado el carácter de ilícito penal del delito fuente, no constituirá un obstáculo para iniciar el proceso por lavado de activos, pues será en este en el que deberá establecerse el carácter penal del ilícito fuente, así como las conductas de capitales realizadas a partir de él”* (La acreditación del delito fuente debe realizarse en el mismo proceso por delito de lavado de activos. Consulta en Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 40. Octubre 2012, p.190).

**c) El valor probatorio de los informes y reportes de inteligencia financiera que elabora y remite la UIF-Perú al Ministerio Público**

Este es, tal vez, el más importante y discreto avance que en el ámbito de las reglas procesales cabe reconocer en el Decreto Legislativo 1106. En efecto, entre las diferentes modificaciones que él ha introducido en la Ley 27693 a través de la Primera de sus Disposiciones Complementarias Modificatorias, se incluye una que reformula la parte final del inciso 5 del artículo 3° de dicha norma legal. Esta puntual modificación establece que el reporte de la UIF-Perú *“tiene validez probatoria al ser asumido por el Fiscal como elemento sustentatorio para la investigación y el proceso penal”*. Cabe destacar que una disposición de tales características fue recomendada, de manera reiterada, por el Poder Judicial al analizar las propuestas del Plan Nacional de Lucha Contra el Lavado de

Activos y el Financiamiento del Terrorismo, así como, también en el párrafo final del fundamento jurídico 38° del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116. En este último documento se señaló lo siguiente: *“Así las cosas es evidente que si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional- en la medida en que así lo decida la UIF-Perú-; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financieros y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes, primero, servirá como indicio procedimental para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y, segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre valoración”*. Por tanto, la utilidad procesal y probatoria futuras, del informe o reporte de inteligencia financiera, dependerá, pues, de que sea posible desarrollar en torno a él los controles y garantías que el ordenamiento legal demanda para su admisión y evaluación judicial. Siendo así, es de entender que en adelante para adquirir plena validez probatoria estos informes de la UIF-Perú deberán ser presentados por el Fiscal en el juicio y debatidos por las partes. Con lo cual, surge la posibilidad de que los autores de los mismos (Funcionarios Técnicos de la UIF-Perú), puedan ser emplazados para concurrir como peritos y dar cuenta sobre sus conclusiones, las circunstancias de su elaboración así como sobre las fuentes que se utilizaron para ello. En tal sentido, el nuevo inciso 7 del artículo 10°-A de la Ley 27693, que trata de las garantías y confidencialidad del Oficial de Cumplimiento que remitió un reporte de transacciones u operaciones sospechosas, a partir del cual se elaboró un informe de inteligencia y se judicializó un proceso penal por delito de lavado de activos, dispone lo siguiente: *“...la Unidad de Inteligencia Financiera – UIF-Perú cuenta con un cuerpo de peritos informantes quienes acudirán a las audiencias judiciales para sostener la verificación técnica de los informes elaborados por sus funcionarios y de los reportes efectuados por el Oficial de Cumplimiento correspondiente, cuyas identidades se mantienen en reserva”*

#### **d) Aplicación de Medidas Especiales de Investigación**

La restricción de derechos para la búsqueda de pruebas es una praxis común y necesaria en el ámbito de la investigación de delitos de criminalidad organizada como el lavado de activos. En coherencia con esta tendencia, en el artículo 12° del Decreto Legislativo 1106 se regulan las siguientes medidas y procedimientos especiales de investigación:

- a. La interceptación, incautación y ulterior apertura de correspondencia que reciba o remita el imputado.
- b. La interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas o de otras formas de comunicación.

Como bien precisa NEYRA FLORES estas medidas *“deben respetar los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad”* (José Antonio Neyra Flores. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. IDEMSA. Lima. 2010, p. 620). En coherencia con ello la norma citada, precisa que estas diligencias serán ordenadas por el Juez a pedido del Ministerio Público o de la Procuraduría competente cuando resulten indispensables y necesarias para la investigación y esclarecimiento de los hechos. Tendrán un carácter reservado y se aplicarán sin conocimiento de la persona involucrada. Por su propia naturaleza ellas serán temporales pudiendo durar, en los casos de interceptación, incautación o apertura de correspondencia, el tiempo que resulte absolutamente indispensable para los objetivos de su aplicación pero sin exceder el periodo de investigación preparatoria que es de 120 días. Sin embargo, tratándose de las medidas de interceptación de comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas o similares, estas no podrán prolongarse por más de 30 días naturales, pudiendo ampliarse dicho plazo a requerimiento del Fiscal y con decisión motivada del Juez.

El trámite del pedido de estas medidas será también reservado y el Juez resolverá lo pertinente de modo inmediato y en base a los recaudos que sustentan el pedido del Ministerio

Público. En caso de denegatoria de la medida especial solicitada, cabe plantear un recurso de apelación que será tramitado también con estricta reserva y se resolverá sin mayor trámite y de inmediato por el Tribunal Superior competente.

El artículo 13° dispone, además, la posibilidad de **una audiencia de control judicial** para evaluar la legalidad del procedimiento aplicado y de los resultados obtenidos en la ejecución de las medidas especiales de investigación. Esta diligencia podrá ser pedida por el sujeto imputado sometido a las medidas señaladas dentro del tercer día de que se le notifique lo actuado.

La audiencia de control se llevará a cabo dentro de las 24 horas de ser solicitada, participando en ella el Fiscal, el Procurador Público, así como el imputado y su abogado defensor. También podrán asistir los demás sujetos procesales (actor civil, persona jurídica incorporada al proceso) e igualmente el personal policial y técnico que participó en la ejecución de las medidas. El órgano jurisdiccional examinará, pues, en esta Audiencia, la congruencia de las medidas aplicadas con la orden judicial que dispuso su realización. Corresponderá también al Juez garantizar los derechos del imputado, para lo cual podrá interrogar a los asistentes a la audiencia y en base a los argumentos que presente el Fiscal validará o no la medida ejecutada y sus resultados.

En el artículo 15° se autoriza también la **“búsqueda selectiva en bases de datos”**. Se trata de una medida especial de cotejo y análisis de información sistematizada que puede hacer la policía por *“iniciativa propia o a instancia del Fiscal”* en *“bases mecánicas, magnéticas o similares”* de acceso público y con fines concretos de comparación. Ahora bien, cuando sea menester realizar esa búsqueda selectiva en bases de datos que pueden ser fuente de acceso *“a información confidencial referida al investigado o, la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas”*, se requerirá contar, previamente, con autorización judicial. Para este efecto se seguirán las pautas y requisitos formales establecidos por los artículos 12° y 13°.

#### e) **Utilización de la Entrega Vigilada**

Se denomina **entrega vigilada** a la técnica especial de investigación que permite que una remesa de dinero, drogas, armas, insumos químicos o cualquier otra especie de procedencia o tráfico ilegal, la cual se envía de modo oculto o subrepticio, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada por las autoridades competentes, a fin de individualizar a los remitentes, a los destinatarios, así como a los demás involucrados en dicha actividad ilícita. El literal h del artículo 2° de la Convención de Palermo aporta una definición similar de entrega vigilada en los siguientes términos: *“técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos”*.

En el derecho comparado y en la doctrina se advierte que este procedimiento encubierto puede adoptar dos modalidades de ejecución: como entrega vigilada o como remesa controlada. EDWARDS destaca la distinción entre ambas sosteniendo que *“En la entrega vigilada, la mercancía ilegal es objeto de una vigilancia pasiva por parte de las agencias policiales. En cambio, en la entrega o remesa controlada, se recurre a agentes infiltrados que participan directamente en la operación de tránsito”*(Cfr. Carlos Enrique Edwards. El Arrepentido, El Agente Encubierto y La Entrega Vigilada. AD – HOC Buenos Aires. 1996. Pág. 109).

Este importante procedimiento especial de investigación de la criminalidad organizada, ha sido también considerado para los casos de lavado de activos en el artículo 14° del Decreto Legislativo 1106. Según esta disposición cabe utilizar la entrega vigilada *“siempre que existan*

*motivos razonablemente fundados para estimar que se produce el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, insumos químicos o cualquier otro bien de carácter delictivo*". La norma citada también declara pertinente la adopción de la entrega vigilada *"cuando haya información de agente encubierto acerca de la existencia de una actividad criminal continua"*. En estos supuestos, corresponderá al Fiscal, de oficio o a solicitud del Procurador Público, emitir la disposición que ordene su aplicación. Al respecto, se precisa que la medida deberá recaer siempre sobre *"objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentra prohibida"*.

El artículo 14° autoriza también la viabilidad del procedimiento en sus dos modalidades técnicas. Esto es, como entrega vigilada o como remesa controlada. Cabe recordar que en la primera no hay interferencia alguna de autoridad competente; mientras que, en la segunda, el desplazamiento y el tránsito de las especies requieren, siempre, de la vigilancia paralela y simultánea de agentes especializados. Con relación a esta última opción, el inciso 3 del artículo 14° regula la intervención en el operativo de entrega vigilada de un agente encubierto señalando que este *"sólo está facultado para entregar por sí o por interpuesta persona el objeto de la transacción ilegal, o facilitar su entrega por iniciativa del investigado"*.

Ahora bien, para preservar el éxito y el debido control de la entrega vigilada el Fiscal podrá disponer que se apliquen complementariamente otros procedimientos de inteligencia o técnicas de supervisión adecuados (vigilancia especial, filmación, grabaciones, etc.), que permitan patentizar *"la intervención del investigado"*. Finalmente, como una garantía frente a cualquier riesgo de arbitrariedad en la ejecución o en la valoración de los resultados del operativo de entrega vigilada, el inciso 6 del artículo 14° reconoce la posibilidad de promover una audiencia de control judicial con las mismas características que se regulan en el artículo 13° para las medidas de interceptación de correspondencia y comunicaciones.

**f) Acuerdos por Colaboración Eficaz**

El empleo del derecho penal premial también está presente en el artículo 17° del Decreto Legislativo 1106. Como bien destaca NEYRA FLORES: *"El proceso por colaboración eficaz es expresión en el ámbito procesal del Derecho Penal Premial a través del cual se otorga una suerte de premio estatal o de respuesta penal atenuada, precedida de una investigación policial sin mayor intervención del Ministerio Público, orientada a corroborar si la declaración del arrepentido es verdadera y útil para la investigación criminal"* (José Antonio Neyra Flores. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Ob. Cit., ps. 476 y 477).

En la norma citada se legitima la posibilidad de que el Fiscal pueda *"celebrar acuerdos y beneficios"* por colaboración eficaz. Los cuales tendrán como destinatarios a las personas que se encuentren en condición de investigados, procesados o sentenciados. Con ello se persigue que el potencial beneficiario de estos acuerdos y ventajas intercambie con las autoridades competentes *"su colaboración y brinde información eficaz para la acción de la justicia penal"*. En cuanto al procedimiento que deberá adoptarse para concretar la colaboración eficaz, el legislador ha optado por considerar los requisitos, reglas, efectos y límites diseñados en la Ley 27378 del 21 de diciembre de 2000 (Ley que establece los beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de criminalidad organizada). Según el artículo 4° de esta Ley los beneficios que se pueden obtener por colaboración eficaz son: exención de pena; disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal; suspensión de la ejecución de la pena, reserva de fallo condenatorio, conversión de penas o liberación condicional; y remisión de la pena impuesta. Ahora bien, en lo atinente a los efectos de la colaboración eficaz en caso de delitos de lavado de activos es de tener presente lo estipulado en el artículo 4° del Decreto Legislativo 1106. En dicha norma especial solo se considera como efecto premial un atenuante de la pena conminada para ese delito cometido.

### g) La intervención excepcional de las Fuerzas Armadas en Apoyo a las Diligencias Fiscales

Sólo con carácter excepcional y por estrictas razones de urgencia el artículo 16° faculta al Fiscal a requerir el auxilio logístico, técnico y operativo de las Fuerzas Armadas para el desarrollo de sus acciones y operativos de investigación. La norma es precisa al destacar que deberá tratarse de circunstancias concretas como la ausencia o falta de personal suficiente de la Policía Nacional o de la infraestructura pertinente que sean indispensables para la actuación eficaz del Ministerio Público. En tal contexto, pues, las unidades de las Fuerzas Armadas que sean requeridas por el Ministerio Público tienen la obligación legal de acatar y cumplir sus requerimientos de apoyo. No obstante, la propia norma establece los límites de la intervención militar al destacar con evidente sentido garantista que *“la intervención de las Fuerzas Armadas no implica en modo alguno la restricción, suspensión, ni afectación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú”*.

Ahora bien, en un reciente **Proyecto de Ley Penal contra el Crimen Organizado** remitido al Congreso de la Republica con carácter de urgente (Proyecto de Ley N° 1833/2012.PE presentado el 14 de diciembre de 2012), se propone un modelo penal, procesal y de ejecución penal especial para los delitos que son considerados como manifestaciones de la criminalidad organizada y entre los cuales se encuentra el lavado de activos (Cfr. Artículo 3º). El artículo 1º de dicha propuesta legislativa señala al respecto: *“La presente Ley tiene por objeto regular los mecanismos y establecer las reglas para la prevención, detección, investigación, persecución y represión de los delitos relacionados al crimen organizado, en estricto respeto de los derechos y garantías fundamentales de acuerdo a lo establecido por los Tratados ratificados por el Estado peruano, la Constitución Política y la legislación vigente”*. Cabe señalar que el régimen procesal planteado en este proyecto incluye la mayoría de las medidas y procedimientos que ya están regulados en el Decreto Legislativo 1106 (utilización de la entrega vigilada, modalidades especiales de investigación, audiencias de control, levantamiento del secreto bancario, etc). En todo caso, de prosperar esta iniciativa legal las normas procesales sobre el lavado de activos deberán de adecuarse o cuando menos compatibilizarse con las particularidades que contempla el citado Proyecto de Ley Penal contra el Crimen Organizado (Cfr. Artículo 5º al 31º).

## 18. DESARROLLOS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Los desarrollos recientes de la jurisprudencia nacional sobre el lavado de activos se han focalizado en torno a tres problemas hermenéuticos:

1. La autonomía del delito de lavado de activos y la función del delito precedente.
2. La posibilidad de reprimir como autor del delito de lavado de activos a quien lo fue, a su vez, del delito precedente.
3. La realización del delito de lavado de activos en los casos de tentativa de los **delitos hallazgo**.

En torno al primer problema señalado, la Corte Suprema a través de sus Acuerdos Plenarios 3-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y 7-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011; así como de las Ejecutorias Supremas recaídas en el Recurso de Nulidad 4003-2011 del 8 de agosto del 2011 y en el Recurso de Nulidad 2071-2011 del 6 de diciembre de 2012, ha ratificado la plena autonomía penal y procesal del delito del lavado de activos. Al respecto es ilustrado lo señalado en uno de los considerados de las resoluciones judiciales citados: *“Para el presente caso, sin entrar a analizar todos los tipos penales de lavado de activos, así como los elementos configurativos de cada uno, es necesario precisar que se trata de un delito común y autónomo respecto a cualquier otro delito. En efecto la normatividad aplicable establece tipos penales de lavado de activos autónomo del delito*

*previo o delito fuente, por lo que para su investigación no se requiere que estos se estén sometidos a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria, bastando para la existencia del lavado, que se establezca una vinculación razonable entre los activos materia de lavado con el delito previo”* (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad Nº 4003-2011. Procedente de Lima. Resolución emitida el 8 de agosto de 2012 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema).

En cuanto al segundo de los conflictos hermenéuticos abordados, el Supremo Tribunal también ha reconocido, plenamente, que quien fue autor o partícipe de un delito precedente puede, luego, ser, igualmente, agente de actos punibles de lavado de activos. En ese sentido, el Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116 (Cfr. Fundamento Jurídico 15º), anteriormente mencionado, así como la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad Nº 1052-2012 del 15 de enero de 2013, han coincidido en destacar la ausencia de un bloqueo a tal dualidad delictiva en el derecho penal nacional. Sobre el particular la aludida resolución judicial ha procesado lo siguiente: *“El tipo penal no exige que el autor reúna alguna cualidad especial, pues cualquiera puede ser responsable, aún el autor del delito previo que haya participado en los actos de movilización de los activos ilícitos generados por su conducta delictiva previa –en tanto se trata de un delito autónomo propio con diferentes bienes jurídicos-, máxime si la ejecución de ese delito responde a la voluntad del autor de lavar las ganancias ilícitas obtenidas para disfrutar de las mismas. Por tanto, no existe ningún inconveniente en sancionarlo como autor del delito de lavado y de ninguna manera se puede afirmar que su responsabilidad queda subsumida por el delito previo”* (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad Nº 1052-2012. Procedente de Lima. Resolución emitida el 15 de enero de 2013 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema).

Finalmente, el tercero de los temas discutidos por la jurisprudencia también ha merecido un análisis detallado en el Acuerdo Plenario 7-2011/CJ 116 (Cfr. Fundamento Jurídico 9º al 11º) y en las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad 2071-2011 del 6 de diciembre de 2012 y 2926-2012 del 10 de enero de 2013. En todos estos pronunciamientos jurisdiccionales los Jueces Supremos han coincidido en admitir que las operaciones de lavado de activos pueden ocurrir con anterioridad o en simultáneo a la tentativa, inacabada o frustrada, de un delito hallazgo. Que, en todo caso, la presencia de este último sólo es un indicio de la eventual realización de aquél y no su fuente de producción. El siguiente pasaje, de unas de las resoluciones judiciales mencionadas, expresa con claridad el enfoque asumido: *“En efecto, dicha denuncia en ningún momento ha señalado como límite de inicio del marco temporal los hechos ocurridos el día diecisiete de enero de dos mil siete, momento a partir del cual, según refieren, le habría servido para generar el capital con el cual se adquirió diversos bienes muebles (embarcaciones marítimas y vehículos). Sino, más bien, en ella se precisa que a partir del hecho del diecisiete de enero de 2007 se investigó propiedades y patrimonio del denunciado, llegándose a determinar que es propietario de varias embarcaciones marítimas cuyo valor ascienden a quinientos mil dólares americanos, y de diversos vehículos valorizados en veinte mil dólares americanos. Por lo que resulta valedero afirmar que el imputado tiene un movimiento económico del cual se desconoce su origen y que presumiblemente sea producto de los ilícitos que estaría cometiendo y entre los cuales está el tráfico ilícito de personas en el que está involucrado utilizando las embarcaciones de su propiedad”* (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad Nº 2071-2011. Procedente de Lima. Resolución emitida el 6 de diciembre de 2012 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema).

Ahora bien, en realidad varias de las líneas y criterios consolidados en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos citado, fueron, en mayor o menor medida, sustentados con anterioridad en un importante antecedente vinculado al denominado Caso Foguel. En efecto, la Ejecutoria Suprema recaída en este emblemático proceso de mediados de la década anterior, ya había destacado, entre otros aspectos, la autonomía del delito de lavado de activos así como la punibilidad de los actos de autolavado y la validez y pertinencia de la prueba indiciaria para la

comprobación de esta clase de delitos. Lo cual se evidencia en los siguientes fundamentos de la aludida resolución: *“Tercero: Que en principio, los hechos objeto del presente proceso penal se circunscriben a actos de lavado o blanqueo de activos derivados de concretas actividades de tráfico ilícito de drogas; que, ahora bien, es de precisar que el delito lavado o blanqueo de activos es una figura penal autónoma de carácter pluriofensiva y dirigida a tutelar el orden socio económico, en concreto, la leal competencia del ordenamiento socio económico –más allá que con anterioridad a la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco sólo se reprimía el blanqueo procedente del delito de tráfico ilícito de drogas, ocasión en que dicha figura se ubicó sistemáticamente en la sección referente al tráfico ilícito de drogas-; que ello es así porque se trata del ingreso de capitales generados sin los normales costos personales y financieros o industriales, ni carga tributaria, que dan lugar a una desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y el mercado, que, en la virtud, no cabe una consunción del citado tipo penal por el delito previo, en este caso en particular, de tráfico ilícito de drogas, dado que no sólo el legislador no excluyó del ámbito del sujeto activo del delito de lavado de activos al autor o partícipe del delito previo, sino que fundamentalmente dicho tipo penal vulnera un bien distinto del tutelado por aquél; que, por lo demás, los actos de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas que son materia del presente proceso han ocurrido con anterioridad a los actos de tráfico de drogas que dieron lugar, en el año mil novecientos noventa y nueve, a la intervención de la autoridad penal y a la incautación de una cantidad significativa de clorhidrato de cocaína en nuestro país, de suerte que por el tiempo en que tuvieron lugar ambos hechos ello se opone a la identidad delictiva que se postula; que en este caso la condena se produjo porque se trató de enviar al extranjero importantes cantidades de drogas, que al ser incautadas por la policía no pudieron ser distribuidas ni generar beneficios, que, en todo caso, para que prospere tal tesis ha de existir una completa identidad entre la autoría del delito principal –la venta de droga- con el blanqueo procedente de la misma, lo que no ocurre en el caso de autos. Cuarto: Que el delito de blanqueo de activos no sólo descansa sobre un delito anterior –en este caso de venta y distribución de droga-, además exige el conocimiento del origen ilícito de los activos, aún cuando no requiere que éste sea preciso o exacto del delito previo, pues basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito –que en este caso es tráfico ilícito de drogas-; el dolo exigido, por tanto, puede ser directo o eventual, en tanto en este último caso el agente considere seriamente y acepte como probable que el dinero procedía de un delito; que, por otro lado, a nivel probatorio, la prueba usual en esta clase de delitos es la indiciaria, a cuyo efecto la experiencia dicta, a título meramente enunciativo, como válidos los siguientes indicios: en primer lugar, el incremento inusual del patrimonio de quien realiza las operaciones de ingreso de dinero o bienes al mercado o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, características del negocio mercantil llevado a cabo, razonabilidad de las inversiones o por tratarse de dinero en efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; en segundo lugar, la inexistencia de negocios ilícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; en tercer lugar, la constancia de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de drogas o con personas o grupos relacionados con las mismas; y, en cuarto lugar, utilización de documentos falsos para aparentar operaciones inexistentes; que estos indicios, y otros que se establezcan caso por caso, siempre que por su gravedad y fuerza conviccional permitan inferencias razonables, y –claro está- en la medida que se encuentren plenamente acreditados, pueden enervar la presunción de inocencia y, por ende, justificar una sentencia condenatoria”* (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad Nº 2202-2003. Procedente del Callao. Resolución emitida el 26 de mayo de 2004 por la Sala Penal Permanente).

Al parecer, pues, más que problemas reales los debates hermenéuticos reseñados han sido generados por la distorsión ideológica que imprimieron los operadores jurídicos (fiscales, jueces y abogados) al recepcionar y asimilar como soporte teórico de sus decisiones y planteamientos, enfoques y posiciones asumidos en la doctrina alemana, española, argentina o colombiana. En efecto, durante mucho tiempo en estos sistemas jurídicos extranjeros la legislación penal contra

el lavado de activos ha conectado legalmente a este delito con un delito fuente, o ha excluido expresamente al autor del delito precedente de la realización punible de prácticas de autolavado. Sin embargo, desde la vigencia de la Ley 27765 ninguna de esas particularidades de la normatividad foránea, fueron reproducidas en la tipificación y sanción del delito de lavado de activos en el Perú. Es de esperar, pues, que en el futuro estas arraigadas expresiones de dependencia cultural de nuestros operadores de la justicia penal sean totalmente superados. Esto es, que la construcción dogmática y jurisprudencial encuentre su inicio y su final en la concreta configuración normativa del derecho penal nacional, así como en el uso exclusivo de un soporte teórico absolutamente afín al mismo.





**CAPÍTULO**  
**IV**

**La Nueva  
regulación del  
Decomiso de Bienes  
en el Código Penal  
y en el Derecho  
Comparado**

**Javier-Alberto Zaragoza Aguado**

**Fiscal Jefe de la Audiencia  
Nacional  
ExFiscal Jefe de la Fiscalía Especial  
Antidroga**

# Subíndice

<b>1. Introducción</b>	<b>336</b>
<b>2. Concepto y naturaleza jurídica</b>	<b>338</b>
<b>3. Normas generales y especiales sobre el decomiso de bienes en los procesos penales</b>	<b>340</b>
<b>4. Principios generales que informan el instituto del decomiso de bienes de origen criminal</b>	<b>342</b>
<b>5. Ámbito objetivo de aplicación</b>	<b>343</b>
<b>6. Ámbito subjetivo de aplicación</b>	<b>346</b>
<b>7. El comiso de bienes de valor equivalente</b>	<b>349</b>
<b>8 El comiso ampliado de bienes</b>	<b>349</b>
<b>9. El comiso y el principio acusatorio</b>	<b>351</b>
<b>10. Medidas cautelares que se pueden adoptar durante el proceso</b>	<b>352</b>
<b>11 Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia.</b>	<b>352</b>
<b>12 La Oficina de Recuperación de Activos</b>	<b>355</b>
<b>13 La administración judicial de bienes y empresas</b>	<b>355</b>
<b>14 Destino y utilización de los bienes decomisados en los procesos por narcotráfico y blanqueo a él asociado: el Fondo de Bienes Decomisados.</b>	<b>356</b>
<b>15 Criterios generales de actuación en los procesos penales por narcotráfico y blanqueo asociado.</b>	<b>359</b>
<b>16 Nuevas orientaciones y tendencias en el derecho comparado en la lucha contra los beneficios de origen criminal</b>	<b>360</b>
<b>I. ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL LAVADO DE ACTIVOS DE ORIGEN CRIMINAL NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL CODIGO PENAL DE 1995 (modificado por leyes orgánicas 15/2003 y 5/2010)</b>	<b>367</b>
<b>    I. Concepto. Bien jurídico protegido. Normativa nacional e internacional</b>	<b>367</b>

<b>II. Formas comisivas. Tipo básico. Tipicidades agravadas. La participación en el delito antecedente y la compatibilidad de la condena por el delito de lavado y el delito antecedente. Situaciones concursales. Actos preparatorios. La universalidad en su persecución.</b>	<b>372</b>
II.1. La acción típica	372
II.2. Los subtipos agravados del art. 301.1	375
II.3. Los tipos agravados de los arts. 302 y 303	376
II.4. La punición de los actos preparatorios	377
II.5. Objeto	378
II.6. Participación en el delito fuente y compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por la actividad criminal antecedente.	378
II.7. Consumación	381
II.8. Situaciones concursales	382
II.9. El delito fiscal como delito antecedente del lavado de activos	384
II.9. El principio de universalidad	385
<b>III. La comisión culposa del delito de lavado de activos. La normativa de prevención y su incidencia en la determinación de la responsabilidad imprudente</b>	<b>386</b>
<b>II. ASPECTOS PROBATORIOS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. LA VALORACION DE LA PRUEBA: ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA INDICIARIA</b>	<b>391</b>
II.1. Algunas reflexiones previas sobre el significado y utilización del término “indicios” en el proceso penal	391
II.2. La prueba del origen criminal y del conocimiento del origen ilícito	392
II.3. La determinación del origen criminal	394
II.4. El conocimiento del origen ilícito	396
II.5. Breve síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los elementos que conforman el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos. La experiencia judicial en la materia	399
<b>Notas</b>	<b>409</b>

## 1. Introducción.

Tradicionalmente el comiso ha sido considerado por los estudiosos del Derecho Penal como una cuestión de segundo orden. Basta consultar cualquier manual de Derecho Penal para comprobar que la cita y el comentario sobre esta institución apenas sobrepasan la reproducción literal de los preceptos penales que lo regulan. La mayor parte de los penalistas han pasado, pues, de puntillas cuando se ha tratado de analizar la figura del comiso.

Al igual que en el orden sustantivo, en el terreno procesal, y más concretamente en el marco del proceso penal, el comiso por su carácter de pena accesoria, y en cuanto tal de automática imposición, ha permanecido históricamente en un segundo plano, siendo obligado reconocer que, en el proceso penal, las investigaciones policiales y judiciales tendentes a cuantificar el producto de un determinado delito han brillado por su ausencia.

No obstante, en los últimos años las cosas han cambiado notablemente. El auge y crecimiento del narcotráfico, unido al de otras actividades delictivas organizadas en general, y la consideración de que todas ellas no son sino un gran negocio que reporta incalculables ganancias, han reorientado los objetivos de la política criminal.

Los instrumentos jurídicos internacionales vienen insistiendo constantemente en dos aspectos que son fundamentales a estos efectos: de una parte, en la prevención y represión de las conductas de blanqueo, y de otra, en la incautación de los beneficios conseguidos con esas actividades criminales. Es evidente, pues, que una de las prioridades de la política criminal actual es revitalizar la figura del comiso, y dotar de mayor operatividad y profundidad a las investigaciones que tienen por objeto la identificación e incautación de los productos y de las ganancias que tengan un origen criminal.

Los arts. 1-f) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988, 2-g) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada en Palermo el 13-12-2000 y 2-g) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida el 9-12-2003 lo definen como “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente”, mientras que el art. 1-d) del Convenio nº 141 del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso del producto de los delitos y el art. 1-d) del Convenio sobre blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo hecho en Varsovia el 16 de Mayo de 2005 lo limitan, en armonía con el contexto socio-jurídico al que se dirige, a “la privación definitiva de un bien ordenada por un Tribunal en un procedimiento relativo a un delito o delitos”.

En los Tratados Internacionales que acabo de mencionar no existe ninguna referencia a su naturaleza jurídica, pero sí se observan marcadas diferencias entre ambos textos, seguramente como consecuencia del distinto espacio jurídico al que se dirigen.

Así, mientras para las Convenciones de Naciones Unidas es una medida que puede ser adoptada por autoridades distintas de las judiciales, lo que tiene su explicación si tenemos en cuenta que aquél es un instrumento normativo con vocación de universalidad y dirigido a sistemas jurídicos muy dispares entre sí; para los Convenios de Estrasburgo de 1990 y de Varsovia de 2005, de ámbito territorial más limitado y dirigidos a países con ordenamientos jurídicos mucho más homogéneos y uniformes en el orden penal y constitucional, su aplicación se entiende exclusivamente en sede jurisdiccional, en el marco de procesos penales o, a lo sumo, de procedimientos relacionados con aquéllos, y con estricta sujeción a las garantías y derechos consagrados en el Convenio de Roma de 1950.

El papel de la Convención de Viena de 20-12-88 (B.O.E. de 10-11-90) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos ha sido verdaderamente determinante en este terreno porque ha incorporado al acervo

jurídico internacional una regulación muy precisa y avanzada en materias básicas para un adecuado y eficaz desarrollo de la política criminal como son la penalización del blanqueo de capitales o lavado de activos, el decomiso o confiscación de bienes, y la asistencia judicial supranacional.

Así, en cuanto al decomiso de bienes, instrumento que es desarrollado en el art. 5, las líneas maestras que inspiran su regulación son las siguientes:

- inclusión del decomiso de bienes de valor equivalente: al amparo del art. 5.1.a) el decomiso debe alcanzar al producto derivado de los delitos de narcotráfico y blanqueo previstos por el art. 3.1, y en su caso también a los bienes cuyo valor equivalga a ese producto.
- inaplicación del secreto bancario frente a las decisiones de presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales (art. 5.3).
- posibilidad de concertar acuerdos para el reparto de bienes decomisados entre Estados y para financiar con los mismos a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y psicotrópicos (art. 5.5.b).
- aplicación del decomiso al producto transformado o convertido en otros bienes, y al producto mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas hasta el valor estimado de aquél, así como a los ingresos u otros beneficios derivados de ellos (art. 5.6).

Todas estas previsiones son incorporadas también en términos muy similares por las posteriores Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada ratificada en Nueva York el 15-11-2000 y aprobada en Palermo el 13-12-2000 (vid. Artículo 12), y Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida (México) el 9-12-2003 (vid. Artículo 31). Este último instrumento jurídico internacional citado va incluso mucho más lejos en algunas previsiones al reconocer en su capítulo V como principio general la restitución a sus legítimos propietarios y a los Estados afectados de los bienes y activos derivados de la corrupción, principio éste de cuya efectividad dependen muy particularmente la disposición y asignación de los mismos a programas que promuevan el fortalecimiento y la mejora de la respuesta institucional en el combate contra la corrupción, así como la creación de órganos especializados en su prevención y represión.

Las más recientes iniciativas sobre esta materia en el ámbito de la Unión Europea se han concretado en cuatro trascendentes Decisiones: la de 26-6-2001 sobre blanqueo, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito; la de 22-7-2003 sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; y la de 24-2-2005 sobre decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; y la de 6-10-2006 sobre la ejecución inmediata y reconocimiento mutuo en el ámbito europeo de resoluciones judiciales de decomiso de bienes<sup>1</sup>.

Estas Decisiones han obligado a modificar la legislación nacional española: la ley 18/2006 de 5 de Junio para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales; la ley 4/2010 de 10 de Marzo para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso y la ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio de reforma del Código Penal que ha modificado el art. 127 para introducir el decomiso ampliado de bienes.

1 La Decisión Marco de 26-6-01 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, que persigue como objetivos fundamentales que los Estados miembros de la Unión no formulen reservas a los arts. 2 y 6 del Convenio de 1990, que los delitos de blanqueo sean sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima no pueda ser inferior a 4 años, y que arbitren en sus respectivas legislaciones el decomiso de bienes por un valor equivalente al del producto no aprehendido

La Decisión Marco de 22-7-03 relativa a la ejecución de resoluciones de embargo preventivo de los bienes y de aseguramiento de pruebas, que básicamente pretende un examen prioritario de las solicitudes de asistencia referidas a tales medidas, basado en la transmisión directa de las resoluciones entre la Autoridad que las haya dictado en el Estado de emisión y la Autoridad judicial competente del Estado de ejecución, así como en el principio de reconocimiento y ejecución inmediata de las resoluciones de tal naturaleza dictadas por las Autoridades judiciales de otros países.

La Decisión Marco de 25-2-2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito establece algunas disposiciones dirigidas a ampliar el decomiso de bienes de origen criminal, de manera que se puedan incluir en determinadas condiciones los bienes de personas allegadas al responsable criminal, los pertenecientes a personas jurídicas vinculadas con aquél, los adquiridos durante un período anterior razonable a la ejecución del hecho que motiva la condena, y aquellos que superen manifiestamente los ingresos legales. La Decisión Marco de 6-10-2006 relativa al reconocimiento mutuo y ejecución inmediata de resoluciones judiciales sobre decomiso de bienes supone igualmente un paso trascendental para el éxito de las investigaciones patrimoniales al trasladar al ámbito del decomiso los criterios inspiradores de la orden europea de detención y entrega.

## 2. Concepto y naturaleza jurídica.

En el Código Penal anterior el comiso estaba configurado como una pena accesoria, no como una medida o consecuencia penal de distinta naturaleza, que solo podía ser impuesta en virtud de sentencia.

Tal consideración hunde sus raíces en el Código Penal de 1822 y llega hasta nuestros días a través de los distintos Cuerpos penales, con la excepción del Código Penal de 1928, bajo cuya breve vigencia se reguló como medida de seguridad, aunque sin alterar prácticamente para nada su contenido y efectos.

Por contra, en el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95 deja de ser una pena para convertirse en una consecuencia accesoria. Parece que se ha seguido en este punto la sistemática de la legislación penal alemana que, en su parte general, al contemplar las consecuencias jurídicas del hecho trata por separado la pena, las medidas de seguridad, y el comiso en sus dos manifestaciones de instrumentos y productos en sentido estricto, por una parte, y de ganancias, por otra.

Ya el Proyecto de Código Penal de 1992 situaba al comiso bajo el título “De las consecuencias accesorias”; y con anterioridad la propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, alejándose drásticamente del Proyecto de Código Penal de 1980 que seguía tratando al comiso como una pena, lo consideró también como una consecuencia accesoria.

Tradicionalmente la doctrina había cuestionado la condición de pena del comiso, pues su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos (en este sentido, para la legislación penal austriaca es una medida preventiva que debe imponerse “si de acuerdo con la especial naturaleza de los objetos resulta indicado para prevenir la comisión de acciones punibles”)<sup>2</sup>.

Tampoco encajaba con claridad en las medidas de seguridad, entre las que las patrimoniales han sido muy criticadas por la doctrina<sup>3</sup>, pues éstas en sentido estricto tienen funciones reeducativas o de mejora<sup>4</sup>, que el comiso no cumple, pese a que la Ley de Peligrosidad Social de 4-8-1970 -ya derogada por la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 10/95- incluía la medida del comiso (art. 5.16) dentro del catálogo de medidas de seguridad que regulaba. Así, Manzanares Samaniego, quizás uno de los autores que con más detenimiento ha tratado esta cuestión, la califica de “medida sui generis” cuya imposición habría de limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa<sup>5</sup>.

Como ha señalado insistentemente este tratadista la figura del comiso no cumplía las exigencias mínimas que debiera llenar toda pena, pues la proporcionalidad con el delito, la divisibilidad, e incluso el principio de culpabilidad no se reflejan como debiera en el comiso, y en particular, en la tradicional normativa de nuestro país.

Mucho más tras las reformas legales de los años 1988 y 1992 que, en materia de tráfico ilícito de drogas, han ido limitando progresivamente la aplicación de la proporcionalidad, y han permitido que el comiso pueda alcanzar a instrumentos, productos y ganancias de personas no responsables criminalmente del delito.

2 Art. 26 párrafo 1º del Código de 1974.

3 Vid. FLORIAN: Parte generale del Diritto penale, Milán, 1934.

4 Explícitamente el art. 25.2 de la Constitución dispone que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social...”. Parece, pues, claro que las medidas de seguridad se adoptarán “intuitu personae”.

5 Vid. “Las penas patrimoniales en el Código Penal español tras la Ley Orgánica 8/83”, págs. 255 y ss., edit. Bosch, Barcelona, 1983; y “El comiso” en Comentarios a la legislación penal, tomo V, Volumen 1º, págs. 409 y ss.

Su definición como medida de seguridad también resultaba insatisfactoria para gran parte de los autores al no asentarse sobre la peligrosidad personal del responsable (López Garrido y García Arán), ya que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente, sobre el que únicamente debe actuarse para lograr su reinserción con medidas o actuaciones personales que influyan sobre su carácter. Conde-Pumpido Ferreiro consideraba aberrante imponer la medida por la peligrosidad de la cosa y no por la de la persona que la detenta.

No han faltado autores que han destacado el carácter procesal del comiso (Serrano Butragueño citando a Torres-Dulce Lifante) al relacionarlo con las disposiciones contenidas en los artículos 326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo entendemos que si bien es cierto que el artículo 334 de la ley procesal penal establece que el Juez recogerá en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar donde se cometió o en sus inmediaciones o en poder del reo, o en otra parte conocida, tal recogida poco o nada tiene que ver con el comiso. Efectivamente, si bien el objeto de dicha aprehensión puede coincidir con el del comiso –únicamente cuando este se refiere a instrumentos del delito, nunca si lo decomisado son las ganancias del mismo- no encontramos más analogías entre ambas figuras. Por el contrario resulta evidente la finalidad facilitadora de la investigación del artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ubicado dentro del Título V del Libro II y bajo la rúbrica “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”), frente a la finalidad sancionadora del comiso. A esta diferencia de finalidad se añaden otras muchas relativas al propio alcance de una y otra medida, órgano competente y procedimiento para acordarla, etc., todo lo cual nos conduce a rechazar el carácter procesal del comiso.

El Código Penal español de 1995 considera al comiso como una consecuencia accesoria, al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (Código Penal suizo o Código Penal alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997 señala que “el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito (art. 48 CP de 1973) constituye una “pena accesoria”, y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una “consecuencia accesoria” de la pena (art. 127 CP de 1995). En ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil “ex delicto”. Importa destacarlo así, por la reiterada referencia que la parte recurrente hace a la responsabilidad civil, en el desarrollo de los motivos examinados. La responsabilidad civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición”<sup>6</sup>.

El Título VI del Libro I del nuevo texto punitivo bajo el epígrafe “De las consecuencias accesorias” incluye el comiso y determinadas medidas aplicables a las personas jurídicas conforme al art. 33.7.c) a g) para aquellas empresas, grupos, organizaciones, entidades o agrupaciones que por carecer de personalidad jurídica no estén comprendidas en el art. 31 bis del Código Penal.

6 Parece necesario tener que hacer dicha precisión de que el comiso nada tiene que ver con las responsabilidades civiles, vistos los múltiples errores que al respecto se producen, y no solo por abogados sino incluso por los Tribunales. Baste citar como ejemplo el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 28 de julio de 1999 en el que refiriéndose a un recurso del Ministerio Fiscal en relación con la denegación del comiso solicitado, hasta tres veces en su fundamento de derecho único se refiere a dicho recurso como una cuestión relativa a las responsabilidades civiles del penado.

El propio Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de junio de 1994 había señalado que la teleología del artículo 344 bis e) (que se corresponde con el actual artículo 374) no es otra que acabar con el fenómeno del blanqueo de dinero negro o reinversión ilegítima de las ganancias del narcotráfico a la normal circulación del dinero, recalcando en todo caso el Alto Tribunal que estas medidas han de tomarse siempre que se garanticen los derechos de las personas afectadas respecto de las medidas a adoptar, incluido el derecho de propiedad reconocido expresamente por la Constitución.

### **3. Normas generales y especiales sobre el decomiso de bienes en los procesos penales**

La regulación del comiso en los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales de aquella procedencia se encuentra, dentro de la parte especial del Código Penal, en el capítulo relativo a los delitos contra la salud pública, concretamente en el artículo 374 que también ha sido modificado por las leyes Orgánicas 15/2003 de 25 de Noviembre y 5/2010 de 22 de Junio, al igual que la norma general contenida en el artículo 127.

El actual artículo 374 presenta la siguiente redacción:

*“1. En los delitos previstos en los arts. 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:*

*1ª. Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieren apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.*

*2ª. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.*

*3ª. La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.*

*4ª. Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.*

*5ª. Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.*

*2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar al pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:*

*a) cuando el propietario haga expreso abandono de ellos*

- b) cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.*

*Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, previa audiencia del interesado.*

*El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.*

*3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.*

*4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.”*

A su vez, los actuales artículos 127 y 128 regulan el comiso en la parte general del Código Penal en los siguientes términos:

#### **Artículo 127**

*“1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.*

*El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancia procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.*

*2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.*

*3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.*

*4. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.*

*5. Los que se decomisen se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no los son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.”*

## **Artículo 128**

*“Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.”*

### **4. Principios generales que informan el instituto del decomiso de bienes de origen criminal.**

Las notas más destacables de esta nueva y específica regulación del comiso –en la que es necesario aunar las normas generales y especiales- son las siguientes:

1ª.- El objeto del comiso alcanza a las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371 y a tres categorías de bienes: el producto directo del delito (es decir, los efectos que de él provengan); las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar; y los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción (arts. 374.1 y 127.1).

2ª.- Respecto a las drogas, estupefacientes y psicotrópicos se establece como regla general la destrucción de las mismas por la Autoridad administrativa encargada de su custodia, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras suficientes, salvo que la autoridad judicial haya ordenado su conservación íntegra (art. 374.1.1ª). La razón de ser de esta previsión no es otra que evitar los graves problemas de custodia que se han producido en algunas provincias como consecuencia del almacenamiento y de la conservación indefinida de elevadas cantidades de drogas, debiendo indicarse que en atención a su naturaleza de norma procesal, se aplicará a todos los procesos penales en curso, sea cual sea su estado de tramitación.

3ª.- El comiso se impone como consecuencia de una situación patrimonial de ilicitud de los bienes, sustentada en su utilización con fines delictivos o en su procedencia delictiva, con independencia de su pertenencia al responsable criminal, estableciéndose como límite de su aplicación la pertenencia a tercero de buena fe no responsable del delito que lo haya adquirido legalmente (art. 127.1 y 3).

4ª.- Se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente cuando no fuera posible el decomiso de los bienes establecido por el art.127.1 (arts. 127.2 y 374.1.4ª y 5ª), por lo que será necesario a tales efectos que se cuantifique en el procedimiento penal el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el del producto y ganancias derivadas de la actividad criminal.

5ª.- Se podrá acordar aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta o declararse extinguida la responsabilidad criminal, siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita (art.127.3). En estos casos, la autoridad judicial competente en cada caso, según el trámite procesal en que se encuentre, acordará mediante auto motivado el comiso de los bienes,

medios, instrumentos, producto y ganancias procedentes del delito o que hayan sido utilizados en su preparación o ejecución, previo trámite de audiencia a quienes ostenten intereses legítimos para que puedan ejercer la defensa de los mismos en el proceso conforme al art. 24 CE.

6ª.- Los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio que sean objeto de incautación provisional por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (art. 374.1.3ª); regla ésta que, además de reproducir idéntica previsión del anterior precepto, también fue incorporada en su día a la Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando, que en su art. 6.3 establece que la autoridad judicial podrá autorizar la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos referidos en el artículo anterior por los servicios encargados de la represión del contrabando.

7ª.- La posibilidad de enajenación anticipada de bienes sujetos a medidas cautelares antes de la firmeza de la sentencia toma carta de naturaleza en los procedimientos por delitos de tráfico de drogas o blanqueo de capitales de dicha procedencia (art. 374.2)

8ª.- Se reconoce expresamente a los órganos de la jurisdicción penal la facultad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores del referido precepto (art. 374.3)

9ª.- Los bienes decomisados se adjudicarán íntegramente al Estado, por lo que no es aplicable lo dispuesto en el art. 127.4, y en consecuencia se excluye expresamente su afectación a las responsabilidades civiles y a las costas procesales (art. 374.4). La adjudicación al Estado estaba prevista igualmente, y en idénticos términos, en la anterior redacción del art. 374 y en el art. 5.3 de la vigente Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando.

10ª.- La adjudicación al Estado en los procesos penales por delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales procedentes de aquellos conlleva por expresa disposición legal el destino de los bienes cuyo decomiso haya sido acordado al Fondo de Bienes Decomisados, actualmente regulado por la ley 17/2003 de 29 de Mayo, que ha derogado la primitiva ley 36/95 de 11 de Diciembre, y se encuentra administrativamente situado en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas.

11ª.- La reforma del Código Penal llevada a cabo por la ley orgánica 5/2010 ha incorporado el decomiso ampliado de bienes para los casos de terrorismo y de delitos cometidos en el seno de una organización criminal, una previsión absolutamente necesaria y que debería extenderse “de lege ferenda” a los casos de corrupción.

## **5. Ámbito objetivo de aplicación.**

Como decíamos anteriormente son objeto de comiso: las drogas, estupefacientes y psicotrópicos; los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371; y los bienes, medios, instrumentos y ganancias en los términos previstos por los arts. 127 y 301. Ahora bien, las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso al amparo de la norma general, contenida en el citado artículo 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito.

Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos). Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución determina que se consideren como efectos todo objeto o bien que se

encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la ley orgánica 8/1992, y el artículo 374 del Código de 1995 incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito (SSTS de 21 junio 1994, 22 marzo 1995 y 18 julio 1996). El vigente artículo 374 ha suprimido la referencia a vehículos, buques y aeronaves, pero no existe ningún obstáculo interpretativo para considerarlos incluidos entre los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal. Se mantiene, sin embargo, la cita expresa como objeto de comiso de los equipos, materiales o sustancias utilizables en el cultivo, producción o fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tales equipos, materiales y sustancias pueden ser tanto efectos como instrumentos del delito ya que si el cultivo o producción se ha llevado a cabo, tales equipos, materiales o sustancias habrán sido instrumento del delito previsto en el artículo 368 o en sus tipos agravados; sin embargo, si los actos de cultivo o producción no se han llegado a realizar, tales bienes serán el objeto (efecto en el sentido amplio más arriba indicado) del delito del artículo 371 del Código Penal.

Tanto la nueva regulación del artículo 127 como el artículo 374 incluyen dentro del objeto del comiso las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente con el delito. Los primeros precedentes normativos de esta fórmula los encontramos en el art. 344 bis e) del Código Penal de 1973, incorporado por la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de Marzo, redacción que se ha mantenido en el Código Penal vigente, primero en la norma especial del artículo 374 (texto aprobado por la ley orgánica 10/95), y posteriormente en la norma general del artículo 127 actualmente en vigor.

Sin embargo, con frecuencia los casos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales a él asociado que llegan a los tribunales y que merecen sentencia condenatoria, han supuesto el descubrimiento, incautación y destrucción de la sustancia que se pretendía comercializar, sin que se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si partimos de una interpretación restringida, el término ganancias se identificaría con los beneficios obtenidos por el hecho concreto que ha sido objeto de condena; ahora bien, esta interpretación debe ser desechada al conducirnos directamente a la inaplicación de la norma en la generalidad de los casos.

Consciente del problema, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reunida en Pleno de fecha 5 de octubre de 1998, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generados con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo:

“Único: Interpretación de los artículos 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión:

El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”

Con arreglo a esta interpretación el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado con dos condiciones (SSTS de 30-5-2007, 27-1-2009, 28-1-2010 y 28-6-2013 entre otras):

1.- Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas (o de cualquier otro delito).

2.- Que se respete el principio acusatorio.

La concurrencia de la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, obliga a interesar del órgano judicial competente el comiso de cuantos bienes, efectos, y ganancias se encuentren en esta situación, pues el comiso en tanto que consecuencia accesoria está sujeto al principio acusatorio. En relación con ello, hay que tener en cuenta que la procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal – presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas de las que traen su procedencia los bienes, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico.

Así lo ha entendido la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el delito de blanqueo respecto a la prueba del delito antecedente o determinante (SSTS de 10-1-2000, 28-7-01, 5-2-03, 10-2-2003, 14-4-2003, 29-11-03, 19-1-05 y 20-9-05 entre otras).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. A nuestro juicio debería bastar con probar, normalmente mediante indicios:

a) que el condenado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad, por la que por fin fue condenado; a tal efecto, pueden servir declaraciones policiales que atestigüen los contactos, reuniones, movimientos o en general cualquier acto que, aunque en su momento sólo constituyera una sospecha racional, con el descubrimiento de la operación enjuiciada, adquieren nueva virtualidad y fuerza; las intervenciones telefónicas o los registros domiciliarios a menudo suministran datos de anteriores operaciones a la enjuiciada y sin embargo no descubierta, pero que precisamente por eso sí generaron una ganancia incorporada al patrimonio del delincuente.

b) Que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante el periodo de tiempo en el que el condenado se venía dedicando, en los términos antes dichos, a la actividad delictiva en cuestión.

c) Que el bien o patrimonio a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada o lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, rentas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido.

d) Que en la financiación, administración o disfrute del bien concurren circunstancias o procedimientos ajenos al normal tráfico económico, como por ejemplo el recurso a mecanismos de opacidad en la tenencia y transmisión de bienes o capitales, transferencias financieras con el extranjero (más aún si la operación se realiza con paraísos fiscales), excesivos movimientos en dinero metálico, disposición de divisas, etc.

Probados estos extremos y puestos en relación unos con otros, entendemos que resultará acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no proceda propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

La doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión no deja margen a la duda. Así la STS de 6-6-2002 señala que *“...la jurisprudencia no requiere que los bienes que resulten objeto del mismo se acredite con exhaustividad que proceden directamente de los concretos hechos objeto de enjuiciamiento, siempre que pertenezcan al acusado cuya responsabilidad ha quedado suficientemente acreditada, se acuerde sobre solicitud expresa de la acusación, la cuestión haya quedado sometida a debate*

*en el enjuiciamiento y se motive en la sentencia la decisión al respecto”. Y respecto de la probanza de la procedencia ilícita de los bienes decomisados, en la STS 16/2009, 27 de enero se dice que “...no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada.*

*Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc. Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito”.*

Posibilidad ésta reiterada en las SSTS 1030/2003, 15 de julio y 495/99, 5 de mayo.

En definitiva, será válida la decisión del comiso cuando todos los datos permitan “...entender como lógica y razonable la convicción del Tribunal acerca de la procedencia ilegítima de los bienes objeto del comiso, aunque su fecha de adquisición sea anterior a la concreta operación de tráfico de drogas enjuiciada, en cuanto se da una razonable probabilidad de vinculación o conexión con actividades de tráfico o con personas relacionadas con los mismos, ha habido un aumento del patrimonio durante el periodo de tiempo al que se refiere esa vinculación, tanto del patrimonio directo como indirecto” (STS 450/2007, 30 de mayo y 16/2009, 27 de enero).

## **6. Ámbito subjetivo de aplicación.**

El límite a su aplicación viene determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente.

La salvaguarda de los derechos de “terceros de buena fe” está expresamente contemplada en el art. 5.8 de la Convención de Viena de 1988 y en todos los convenios internacionales posteriores. Esta expresión “terceros de buena fe” no es extraña en nuestro lenguaje jurídico, pues el art. 7.1 del Código Civil proclama como principio general del derecho que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. A tales efectos debe entenderse por buena fe el hecho de comportarse con sujeción a las normas de la ética, y así en el ámbito del derecho civil, la circunstancia de haber obrado de buena o mala fe produce efectos jurídicos diversos en la posesión, en la accesión, en la compra-venta, en el mandato, en el depósito, e incluso en la rescisión de los contratos.

En similares términos, el art. 5 de la Ley de Contrabando señala que no se procederá al comiso de los géneros o efectos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

De la propia dicción del precepto se infiere que cuando los efectos, instrumentos, productos y ganancias susceptibles de ser decomisados pertenezcan a terceros no responsables del delito que no hayan actuado de buena fe en su adquisición o transmisión, e incluso que habiendo obrado de buena fe no los hayan adquirido legalmente -ésta es la principal novedad que incorpora la reforma-, el órgano jurisdiccional penal deberá acordar el comiso de los mismos, aunque para ello será preciso que el afectado por tal medida haya sido previamente oído en el proceso penal a modo de responsable

civil (art. 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y se le haya permitido ejercitar la defensa de sus intereses (art. 24 C.E.), salvaguardando así los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva que consagra la norma constitucional.

En resumen, cabe decir que únicamente la concurrencia de dos parámetros podrá impedir que los bienes enumerados en el art. 127 sean objeto de decomiso: a) que sean de lícito comercio y b) que hayan sido adquiridos legalmente por terceros de buena fe no responsables del delito.

A pesar de su naturaleza de consecuencia accesoria, la nueva regulación de los arts. 127 y 374 quiebra la vinculación de esta institución con los principios de personalidad y accesoriadad al no exigir la imposición de una pena en sentencia para que pueda decretarse el comiso, de modo y manera que cuando se evidencie una situación patrimonial ilícita la medida podrá ser adoptada aun cuando concurra una causa de exención o de extinción de la responsabilidad criminal. Parece obvio que la medida definitiva de comiso deberá ser acordada en la decisión que resuelva el fondo del proceso: la sentencia cuando haya habido enjuiciamiento de algunos responsables criminales o mediante auto cuando se declare la extinción o exención de la responsabilidad criminal sin celebración de juicio oral.

En cuanto a las facultades de la jurisdicción penal en orden a delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente o, dicho en otros términos, a la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que nuestro ordenamiento jurídico dispone de suficientes mecanismos normativos para hacer frente a estas situaciones: así, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2-10-1991 y 16-6-93 reconocen que cuando estos actos o negocios afecten a terceros que no hayan obrado de buena fe, los mismos podrán ser declarados nulos de acuerdo con los arts. 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil, pronunciando éste que entraría dentro de las competencias propias del Tribunal penal, como si de una restitución se tratase, para su posterior adjudicación al Estado.

Es decir, sí ha sido posible el comiso a pesar de que la cosa no era propiedad del condenado. Especialmente significativas en este sentido resultan las dos sentencias citadas del Tribunal Supremo, la de 2 de octubre de 1991 y la de 16 de junio de 1993.

La primera de ellas mantiene la pena de comiso de determinados bienes pese a la absolución de la procesada en base a los siguientes razonamientos:

“La procesada es absuelta, pues si bien en absoluto resulta creíble el origen de las importantes sumas de dinero que sus hijos le entregaban, a juicio de la Sala, no ha resultado tampoco debidamente acreditado el cabal conocimiento del origen delictivo de los mismos, estando probado que el dinero ingresado, cuyo comiso se decreta, provenía del ilícito comercio respecto de la droga, mantenido por sus hijos.

Estos es, la recurrente, desconociendo la ilicitud, porque en otro caso, como es obvio, hubiera sido condenada y precisamente por ello, es decir, porque la desconocía, actúa como simple depositaria del dinero.

El dinero realmente no es suyo, es de los hijos condenados; ella es una poseedora en nombre ajeno (art. 431 del Código Civil), cualquiera que se la titularidad formal y es a los hijos a quien hay que atribuir la propiedad pues no consta probada una cesión a título gratuito que sería, por otra parte, un negocio jurídico nulo de pleno derecho, de acuerdo con los artículos 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera de este Tribunal.

En último término, se trataría de alguna manera de una participación lucrativa que contempla

el art. 108 del Código Penal determinante de un enriquecimiento injusto, llamado por algunos expresivamente receptación civil, que determina las mismas consecuencias jurídico-económicas ya examinadas”.

La segunda sentencia analiza un caso de titularidad compartida incidiendo especialmente en la necesidad de que ésta sea efectiva y debidamente justificada para impedir la aplicación del comiso:

“En virtud de las disposiciones del art. 48 del Código Penal y del antes mencionado, el comiso sólo puede detenerse ante la titularidad efectiva y material de los bienes por una tercera persona ajena al hecho delictivo. En los casos de titularidad compartida puede acordarse el comiso parcial de los bienes.

Es por tanto necesario profundizar en el examen de las circunstancias reales que concurren en cada caso concreto para establecer si se dan a las bases necesarias para acordar el comiso en la totalidad de los bienes ocupados, aunque alguno de ellos, como sucede con dos de las libretas bancarias, se ostenten en titularidad compartida con una tercera persona ajena al hecho delictivo.

La sentencia recurrida dedica una parte de su contenido al análisis de las circunstancias concurrentes en el procesado y en la otra titular para establecer una conclusión en torno a la procedencia del dinero ocupado. Aparecen una serie de circunstancias que denotan el origen de las sumas de dinero ingresada en las libretas compartidas. El propio procesado reconoce que desde hace más de diez años carece de trabajo y se puede constatar que ha estado con frecuencia en prisión, lo que dificulta la justificación de los sucesivos y cuantiosos ingresos. Asimismo se desconoce que la cotitular tenga medios de fortuna o desarrolle actividades suficientemente remuneradas como para poder justificar los saldos encontrados. No se encuentra una justificación razonable y suficiente de la movilidad de las cuentas bancarias y no resulta acreditada la titularidad de la persona que la ostentan conjuntamente con el procesado”.

Otras legislaciones, como el artículo 629 del Código Francés de la Salud Pública autorizan el embargo y confiscación de todos los bienes y productos con independencia de la persona a la que pertenecieren, cuando su propietario no pueda ignorar su origen o utilización fraudulentas. También el artículo 74.a) del Código Penal alemán permite el comiso de bienes pertenecientes a un tercero cuando éste ha facilitado el hecho por actuación imprudente, prescribiendo mecanismos de compensación por la pérdida del bien en determinadas circunstancias.

No obstante el art. 374.3 atribuye expresamente a los jueces y tribunales que conozcan de la causa la potestad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en apartados anteriores. Con esta medida se refuerzan indudablemente las facultades de la jurisdicción penal para hacer frente a la ingeniería financiera que habitualmente es utilizada para ocultar patrimonios ilícitos y eludir las responsabilidades pecuniarias en los procesos penales.

Y como complemento de esta facultad, el art. 20 de la Ley Hipotecaria, modificado por la Disposición Final 3ª de la ley 15/2003 de 25 de Noviembre, atribuye a las autoridades judiciales, en estos casos, la potestad para efectuar anotaciones registrales en relación con bienes inscritos a nombre de terceras personas. A tales fines se ha incorporado un nuevo párrafo final a dicho precepto en los siguientes términos:

*“No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento”*

## 7. El comiso de bienes de valor equivalente.

Esta figura es una especie de comiso sustitutivo que recae sobre bienes diferentes –incluso de origen lícito (como expresamente afirma el art. 374.1.5ª)- de aquellos que en principio deben ser decomisados al amparo del art. 127.1, para los supuestos en los que no haya sido posible el comiso de éstos por cualquier circunstancia.

Su incorporación al ordenamiento penal español era una exigencia inaplazable, ya que tanto la Convención de Viena de 20-12-88, en su art. 5.1.a), como la Convención de Palermo de 13-12-00, en su art. 12.1.a), y la Convención de Mérida de 9-12-2003, en su art. 31, obligaban a adoptar las medidas necesarias para adoptar el decomiso “del producto de los delitos .....o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”. En el mismo sentido se pronuncian la Decisión Marco de 26-6-01 sobre blanqueo de capitales, identificación, embargo, seguimiento, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y la Decisión Marco de 24-2-2005 sobre decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, e igualmente el Código Penal alemán, en el artículo 74 c) y el Código de Aduanas francés en su artículo 415.

En consecuencia, la aplicación del comiso del valor equivalente, a tenor de la redacción contemplada en los arts. 127 y 374, se extenderá tanto a los supuestos en los que resulte imposible decomisar el producto del delito –término que en el lenguaje convencional abarca el producto directo e indirecto, es decir, efectos y ganancias-, como a los casos en los que no sea posible el decomiso de los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal.

## 8. El comiso ampliado de bienes

Se ha incorporado al texto punitivo en el art. 127.1.párrafo 2º al señalar que “El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancia procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”.

En síntesis, se trata de una presunción legal “iuris tantum” aplicable a los delitos de terrorismo y a los delitos cometidos por en el marco de organizaciones y grupos criminales o terroristas, en virtud de la cual se considera que tienen origen ilícito todos los bienes cuyo valor sea desproporcionado en relación con los ingresos legales. No se mencionan los delitos relacionados con la corrupción, aunque el Anteproyecto de Código Penal de 2012 ya incorpora esta modalidad de decomiso para delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (blanqueo de capitales, receptación, propiedad intelectual e industrial, y cuando se cometan con profesionalidad), cohecho, malversación, corrupción entre particulares y en las transacciones comerciales internacionales.

Esta figura implementa la Decisión Marco de 24-2-2005 en cuyo art. 3 se establece una potestad de decomiso ampliada al indicar que:

“1. Cada Estado miembro adoptará como mínimo las medidas necesarias para poder proceder, en las circunstancias mencionadas en el apartado 2, al decomiso, total o parcial, de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción:

a) cometida en el marco de una organización delictiva tal como se define en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, cuando dicha infracción esté prevista en:

- la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro,
- la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito,
- la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos,
- la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares,
- la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil,
- la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (1);  
b) que esté prevista en la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (2), y siempre que la infracción a tenor de las mencionadas Decisiones marco:
  - en relación con infracciones distintas al blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo,
  - en relación con el blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo, y la infracción sea de tal naturaleza que pueda generar un beneficio económico.

2. Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando:

- a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien
- b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien
- c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada.

3. Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.

4. Los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate.”

## 9. El comiso y el principio acusatorio.

La doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la sujeción del comiso al principio acusatorio como una de las garantías de que no se produzca indefensión en el marco del proceso penal se sustenta en los siguientes parámetros:

- al no ser de forzosa imposición pues cabe no decretarla cuando los efectos o instrumentos pertenezcan a un tercero o cuando, siendo de lícito comercio, no guarde proporción su valor con la naturaleza y gravedad de la infracción penal o pueda serlo parcialmente, su aplicación debe sustentarse en la contradicción y en el sometimiento expreso de la misma a debate en el juicio oral (SSTS. de 12-11-92 y 29-11-95).
- no basta la petición genérica de consecuencias accesorias o solicitar simplemente el comiso sin precisar los objetos respecto de los cuales se pide, sino que es necesaria la individualización por la acusación de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias cuyo comiso se solicita al amparo del art. 374 del Código Penal (SSTS. de 12-11-92, 28-10-93, 29-11-95).
- solo puede ser acordado por el Tribunal si así lo piden el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras (SSTS. de 12-11-92, 18-5-93, 15-9-93 y 29-11-95), a excepción, claro está, de los géneros prohibidos o de ilícito comercio referidos en el precepto que serán decomisados en todo caso.
- es indispensable para que se pueda acordar el comiso que se demuestre su ilícita procedencia o su relación con el delito en los términos del art. 374 y que el Tribunal lo declare probado y lo haga constar así en la sentencia (SSTS. de 22-3-95 y 30-10-95).

Sintetizando toda esta corriente jurisprudencial, la STC. 123/95 de 18 de julio, en recurso de amparo promovido contra auto de una Audiencia Provincial que, con posterioridad a la sentencia, en fase de ejecución acordó el comiso de unos determinados bienes y de una cantidad de dinero, lo otorgó declarando la nulidad de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial y estimando que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, basándose en los siguientes argumentos:

- el comiso no presenta ese carácter automático que poseen otras penas accesorias inescindiblemente unidas a la imposición de la pena principal (arts. 45 a 47 C.P.), sino que únicamente puede decretarse una vez acreditado que los efectos e instrumentos que se pretenden decomisar guardan una relación de medio a fin o de causa a resultado con la comisión de un delito contra la salud pública.
- el art. 127 C.P. exige que se de una adecuada proporción entre el valor de los bienes decomisados y la gravedad de las infracciones, lo que conlleva la inexcusable necesidad de que el comiso sea expresamente sometido a debate por alguna de las partes acusadoras, sin que baste con una genérica petición de imposición de consecuencias accesorias.
- de no actuarse así estaríamos en presencia de una sanción impuesta sin previa acusación y sin previo sometimiento al principio de contradicción, con olvido de la profunda significación que tiene en nuestro sistema procesal penal constitucional el principio acusatorio como una de las manifestaciones más relevantes de la proscripción de toda indefensión proclamada en el art. 24.1 de la Constitución.

Quiere esto decir que el Ministerio Fiscal debe desplegar todo su celo y competencia para cumplir adecuadamente una de las funciones esenciales de la investigación penal cual es la incautación y

decomiso de los bienes que tengan un origen delictivo, en particular cuando se trate de actividades criminales especialmente lucrativas, y que para ello es absolutamente imprescindible que en su escrito de acusación se solicite expresamente como consecuencia accesoria y se identifiquen individualmente los bienes susceptibles de comiso, algo que no se está produciendo en estos momentos con la frecuencia que sería deseable. La satisfacción de las responsabilidades civiles, en el comiso genérico regulado por el art. 127 del Código, y su asignación al Estado para los fines previstos por la ley 36/95 (hoy ley 17/2003), en el comiso específico previsto por el art. 374 del Código, dependen en gran medida de la diligencia que observen los funcionarios del Ministerio Público sobre estos particulares.

Si a ello añadimos la importancia que están adquiriendo las investigaciones patrimoniales y las sanciones económicas en los procesos penales por narcotráfico, blanqueo, corrupción, etc., es fácil comprender la urgencia en remediar esta situación y, consecuentemente, la necesidad de que la Fiscalía General del Estado dicte una Instrucción que garantice la unidad de actuación del Ministerio Público sobre esta materia en una doble dirección: una mayor eficacia en la indagación, incautación provisional y decomiso de los bienes que deben sujetarse a tales medidas, y un control más efectivo sobre la ejecución y destino de esos bienes.

## **10. Medidas cautelares que se pueden adoptar durante el proceso.**

La primera norma aplicable es la regla 2ª del art. 374.1, en la que se establece la aprehensión, embargo y puesta en depósito con carácter provisional por la autoridad judicial de los bienes, medios, instrumentos y ganancias susceptibles de ser decomisados desde el momento de las primeras diligencias y con la finalidad de garantizar la efectividad del decomiso. Con esta previsión se conceden facultades muy amplias a los órganos judiciales para incautar provisionalmente todo tipo de bienes relacionados con la infracción criminal y que se especifican en el art. 127.1.

La aprehensión y embargo de bienes se acomodará a lo dispuesto en los arts. 600 y siguientes de la LECriminal, normas éstas quizás obsoletas en cuanto a su redacción, pero que no por ello han perdido su vigencia, pues son extremadamente útiles para resolver los diferentes y frecuentes problemas que se plantean con los bienes sujetos a medidas cautelares en los procesos penales por blanqueo de capitales.

En la práctica judicial, se actúa de distinta forma según la naturaleza de los bienes afectados:

- en los casos de bienes muebles se lleva a cabo la aprehensión material de los mismos para su custodia y, si se considera necesario, la posterior puesta en depósito
- si se trata de dinero en metálico se ingresa en las cuentas judiciales habilitadas al efecto respecto a los activos, cuentas y depósitos bancarios son objeto de medidas de bloqueo y congelación en las propias entidades afectadas
- en cuanto a los bienes inmuebles la medida cautelar se ejecuta mediante la expedición de mandamiento (art. 604 LECriminal) para practicar la anotación preventiva de embargo o de prohibición de disponer conforme a la legislación hipotecaria (art. 20 párrafo final de la Ley Hipotecaria).

## **11. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia.**

La enorme variedad de los bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio sometidos a medidas cautelares mientras se sustancia el proceso (buques, aeronaves, vehículos, ordenadores,

teléfonos móviles, bienes inmuebles, joyas, empresas, explotaciones agrícolas o marítimas, activos financieros, dinero, etc.), y el hecho de que en ocasiones la instrucción penal se dilate excesivamente en el tiempo en asuntos especialmente complejos o con un elevado número de partes acusadoras y acusadas, plantea importantes problemas, a veces difíciles de resolver, en relación con la gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos al proceso.

Puede suceder, por ejemplo, que los bienes sufran por el transcurso del tiempo un grave deterioro o una considerable depreciación, o que su depósito y administración en manos de los acusados o terceros referidos en el art. 374 genere un elevado riesgo de ocultación y desaparición de los activos patrimoniales.

La normativa básica sobre conservación, enajenación y realización de bienes y efectos está constituida por el Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, el art. 374 del Código Penal, los arts. 367 bis a 367 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>7</sup> y las disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal.

El art. 374.2 del Código, reformado por la ley orgánica 15/2003, incorpora algunas disposiciones para resolver estas cuestiones:

- a) autoriza la enajenación anticipada, sin esperar a que se haya dictado sentencia firme, en los siguientes casos: cuando el propietario haga expreso abandono de ellos; cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; cuando su conservación pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, por deterioro material o por el transcurso del tiempo y cuando su conservación pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- b) el importe de la enajenación se depositará a resultas del proceso una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.
- c) la enajenación podrá acordarse por la autoridad judicial de oficio o a instancia de parte: Ministerio Fiscal, Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entes locales u otras entidades públicas, con audiencia del interesado.

Parece evidente que la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la culpabilidad penal y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, debe garantizarse a su titular la devolución y restitución para el caso de que no se apreciara responsabilidad alguna. La excepción será, por tanto, la enajenación en los casos previstos por el art. 374.2 CP., precepto éste que deberá ser complementado con otras disposiciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico: el art. 5 del Real Decreto 2783/76 autoriza la enajenación si los objetos o artículos ocupados o intervenidos fuesen perecederos o sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo; en el mismo sentido, el art. 7.1.b) de la ley orgánica 12/95 de 12 de Diciembre de Represión del Contrabando regula la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos “cuando la autoridad judicial estime que su conservación puede resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor”.

Por su parte los arts. 367 quater y 367 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contienen normas más precisas sobre la realización de los efectos judiciales.

<sup>7</sup> Estos artículos fueron introducidos por la ley 18/2006 de 5 de Junio para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones judiciales sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en los procedimientos penales

Art. 367 quater: “1. Podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

- a) Cuando sean perecederos.
- b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

2. Cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, y previa audiencia del interesado, podrá acordar la realización de los efectos judiciales. Cuando se solicite la realización a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, el Juez deberá acordarla, salvo que aprecie motivadamente que la petición es infundada o que, de acceder a ella, se causarán perjuicios irreparables.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera.”

Art. 367 quinquies: “1. La realización de los efectos judiciales podrá consistir en:

- a) La entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas.
- b) La realización por medio de persona o entidad especializada.
- c) La subasta pública.

2. Podrá entregarse el efecto judicial a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas cuando sea de ínfimo valor o se prevea que la realización por medio de persona o entidad especializada o por medio de subasta pública será antieconómica.

3. La realización por medio de entidad o persona especializada o mediante subasta pública se podrá llevar a cabo en todos los demás supuestos y se efectuará conforme a las normas que sobre esta materia se contienen en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante lo anterior, previamente a acordarla se recabará el informe del Ministerio Fiscal y de los interesados.

El producto de la venta se ingresará en la cuenta de consignaciones del Juzgado o Tribunal y quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

En el caso de venta de un bien embargado por orden de una autoridad judicial extranjera, el producto, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido, se

ingresará igualmente en la cuenta de consignaciones del Juzgado y quedará a su disposición, circunstancia que le será comunicada sin dilación.”

## 12. La Oficina de Recuperación de Activos

La ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio ha creado esta nueva oficina –siguiendo los estándares internacionales- para mejorar la gestión y realización de los bienes incautados al crimen organizado, y lo ha hecho añadiendo un nuevo precepto –el art. 367 septies- a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque todavía está pendiente de desarrollo reglamentario para que su puesta en funcionamiento sea real y efectiva

Artículo 367 septies.—“El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos.

Dicha Oficina tendrá la consideración de Policía Judicial, y su organización y funcionamiento, así como sus facultades para desempeñar por sí o con la colaboración de otras entidades o personas las funciones de conservación, administración y realización mencionadas en el párrafo anterior, se regularán reglamentariamente.

Asimismo, la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, por cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada.

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a los que se refiere este apartado podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

El Plan Nacional sobre Drogas actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan”.

## 13. La administración judicial de bienes y empresas.

En cuanto a la administración judicial de bienes o empresas, además de estar prevista por el art. 605 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación subsidiaria conforme al art. 614 de la ley procesal penal), el Decreto-Ley 18/69 de 20 de Octubre regulaba detalladamente la intervención y la administración judicial en el embargo de empresas o sociedades por razones de interés general, norma ésta que ha sido derogada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por ley 1/2000 de 7 de Enero –vigente a partir del 9-1-2001- en cuyos artículos 630 a 633 se contempla de forma muy parecida.<sup>8</sup>

8 El citado Decreto-Ley en cuanto norma preconstitucional ha sido utilizado en incontables ocasiones en los últimos años y siempre en procesos penales relacionados con los más graves comportamientos criminales (narcotráfico organizado, terrorismo, delincuencia económica); en lo que aquí concierne se ha aplicado en dos procedimientos seguidos por blanqueo de capitales derivados del narcotráfico –asunto “Pazo Bayón” y asunto “Charlines”- y fundada en la necesidad de evitar la desaparición de importantes patrimonios de origen criminal. Aunque se ha cuestionado su constitucionalidad, porque al ser una norma preconstitucional debía entenderse derogada por la entrada en vigor del texto fundamental, la doctrina constitucional –representada por las SSTC 11/81, 101/84, 42/87, 83/90 y 45/94- señala que no es posible exigir la reserva de ley con carácter retroactivo para anular esas disposiciones porque la Constitución no puede tener efectos retroactivos para exigir un rango determinado a las normas anteriores a ella.

La nueva legislación procesal civil autoriza la aplicación del instituto de la administración judicial para los casos en que se proceda al embargo de alguna empresa o grupo de empresas, o de acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación.

El administrador judicial es designado por el Juez o Tribunal competente del procedimiento penal y las reglas básicas del ejercicio de su cargo son las siguientes:

- idénticas facultades que los administradores sustituidos
- inscripción de su nombramiento en los Registros pertinentes necesidad de autorización judicial para la enajenación o gravamen de participaciones, bienes inmuebles o cualesquiera otros que el órgano judicial hubiere expresamente señalado
- control por la autoridad judicial en el ejercicio de su función

#### **14. Destino y utilización de los bienes decomisados en los procesos por narcotráfico y blanqueo a él asociado: el Fondo de Bienes Decomisados.**

1. Destino y uso de los bienes incautados y/o decomisados. Dos son las reglas esenciales sobre este particular:

a) Los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio que sean objeto de incautación provisional por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (art. 374.1.3ª).

Esta novedad responde a tendencias observadas en el derecho comparado. En idénticos términos, añadiendo el destino a labores de prevención y rehabilitación de toxicómanos, se pronuncia el art. 84.5º y 6º de la Ley italiana de estupefacientes de 22-12-1975, reformada por Ley de 26-6-1990. Esta regla también ha sido incorporada a la Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando, que en su art. 6.3 declara que la autoridad judicial podrá autorizar la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos referidos en el artículo anterior por los servicios encargados de la represión del contrabando.

b) Los bienes decomisados se adjudicarán al Estado, por lo que no es aplicable lo dispuesto en el art. 127 del Código Penal al declarar que si son de lícito comercio se venderán aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado (art. 374.4).

La adjudicación al Estado está prevista igualmente en el art. 5-3 de la vigente Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando.

En la misma línea, el art. 378 altera el orden de prelación establecido en el Código Penal para las responsabilidades civiles al disponer que el pago de la multa es preferente a la satisfacción de las costas procesales. Es evidente que los bienes decomisados en ningún caso quedarán afectados al pago de estas responsabilidades pecuniarias. En definitiva, se trata con ello de evitar que los bienes embargados y susceptibles de decomiso, al amparo de elevadísimas minutas de defensa, vuelvan a sus propietarios.

Carecen de todo fundamento las críticas vertidas por algunos autores que entienden que la adjudicación al Estado y la preferencia de la multa frente a las costas procesales demuestran la falta de interés en la protección de las víctimas. Nada más lejos de la realidad. Salvo contadísimas excepciones, en estas infracciones no existen víctimas o perjudicados concretos, ni tampoco indemnizaciones.

Por otra parte, como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente apartado, la Ley 36/95 de 11 de diciembre (derogada por la vigente ley 17/2003 de 29 de Mayo) creó un Fondo al que se destinan los bienes decomisados y adjudicados al Estado por estas infracciones, estableciendo como fines del mismo la prevención y rehabilitación de toxicómanos y la facilitación de medios técnicos adecuados a los servicios policiales encargados de la represión del tráfico ilegal de drogas.

Si la víctima de estas infracciones es la propia sociedad, como parece evidente atendiendo a los bienes jurídicos objeto de protección, justo es que reviertan en beneficio de la misma para hacer frente a las graves consecuencias de esta actividad criminal en su doble faceta preventiva y represiva.

La idea central que debe servir para el adecuado enfoque de este problema es que existen miles y miles de víctimas afectadas por estas actividades delictivas, y que ante esa situación de “socialización del daño” es necesario y prioritario responder con la “socialización del beneficio” obtenido con la producción de ese daño, de modo y manera que todos aquellos productos y ganancias procedentes del crimen reviertan a favor de quienes son víctimas impersonales y anónimas de esas actividades delictivas. Es, sin duda, una idea novedosa pero que responde a una tendencia cada vez más asumida en el derecho comparado: la lucha contra la droga debe ser financiada en la mayor medida posible con los beneficios y ganancias derivados de la actividad de tráfico ilegal de drogas y de otras actividades con ella relacionadas.

Parece, por tanto, que en estas infracciones delictivas el componente patrimonial tiene una importancia enorme. Todos sabemos que son actividades criminales muy rentables y lucrativas. En consecuencia, si una de las finalidades de toda investigación penal es la búsqueda, incautación y decomiso de los efectos y objetos del delito, en aquellas infracciones delictivas que permiten la obtención de incalculables beneficios el cumplimiento de ese objetivo patrimonial es tanto o más importante y efectivo que la imposición de la pena, y aun siendo una consecuencia jurídica accesoria posee una considerable eficacia a los fines de prevención general.

2. El Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. Fue creado por la ley 36/95 de 11 de Diciembre, que a su vez ha sido desarrollada por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/97 de 6 de Junio. Más recientemente la ley 17/2003 de 29 de Mayo ha derogado aquélla, aunque las modificaciones introducidas por esta última no han sido sustanciales.

Con estas disposiciones se pretende regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos decomisados por sentencia judicial firme<sup>9</sup> y adjudicados definitivamente al Estado al amparo de los artículos 374 del Código Penal -en los procesos tramitados por delitos previstos en los arts. 368 a 372 y 301.1.párrafo 2º del Código Penal (tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales derivados de tal actividad)- 5 de la Ley Orgánica 12/95 de Represión del Contrabando –en los procesos por delitos de contrabando de drogas o precursores- y disposiciones de la ley 3/96 de 10 de Enero sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de droga –respecto al producto obtenido por aplicación de las disposiciones administrativas sancionadoras de la citada ley.

El destino de los bienes comprende conforme al art. 2 de la ley las siguientes finalidades:

Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos.

9 Se equipara a la sentencia la resolución pronunciada por órgano jurisdiccional español, a requerimiento de juez o tribunal extranjero, en ejecución de sentencia que declare el decomiso de bienes y ganancias dictada por enjuiciamiento de delitos semejantes a los tipificados en los arts. 301.1.párrafo 2º, y 368 a 372 del Código Penal español, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en convenios bilaterales o multilaterales suscritos y ratificados por España, en los que se reconozca al Estado requerido el derecho a ingresar en su tesoro el producto de los decomisos, sin perjuicio de terceros (art. 1.1.párrafo 2º del reglamento).

Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta ley, incluyendo:

- los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de estos delitos
- adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos
- el reembolso de los gastos en que lícitamente hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones Públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de estos delitos.

### 3. La cooperación internacional en la materia.

Los destinatarios y beneficiarios son, por tanto, todos aquellos organismos e instituciones relacionadas con el cumplimiento de tales fines: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Comunidades Autónomas y Entidades locales, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro y de ámbito estatal cuya labor se desarrolle en materia de drogodependencias, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en materia de narcotráfico, Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Tributaria, Fiscalía Especial Antidroga, organismos públicos de la Administración General del Estado para el desarrollo de programas concretos, y organismos internacionales, entidades supranacionales o Gobiernos extranjeros para el desarrollo de programas en la materia (art. 3 de la ley).

La enajenación de los bienes y la distribución de los fondos obtenidos entre los beneficiarios compete a un organismo llamado Mesa de Coordinación de Adjudicaciones (art. 6 de la ley), cuya composición y funciones vienen establecidas en los arts. 2 y 3 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/97. Esta disposición reglamentaria regula específicamente algunos aspectos fundamentales para el eficaz funcionamiento del Fondo: la concreta composición y régimen de funcionamiento de la Mesa, el procedimiento para la enajenación de los bienes decomisados y para la adjudicación y distribución del producto existente en el Fondo.

En la ley se contienen algunos principios generales sobre el destino y utilización de los bienes que es necesario destacar:

- los bienes, efectos e instrumentos utilizados provisionalmente por los cuerpos policiales al amparo del art. 374 del Código Penal, al ser adjudicados al Estado podrán quedar definitivamente adscritos a los mismos.
- el producto de los bienes, efectos o instrumentos no adscritos se destinará, al menos en un 50 por 100, a programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos.
- los órganos judiciales deberán notificar las sentencias firmes por los delitos antes referidos en las que se decreta el comiso y adjudicación al Estado de bienes, efectos, productos y ganancias, en el plazo de tres días hábiles al Presidente de la Mesa (el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas).<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Esta es una obligación inexcusable para los órganos jurisdiccionales que, sin embargo, no se está cumpliendo de manera diligente por éstos, en muchos casos por ignorancia o desconocimiento de su existencia. Es hora, pues, de recordar a los Tribunales que deben remitir al órgano administrativo competente todas las sentencias firmes recaídas por delitos contra la salud pública comprendidos en los arts. 368 a 378, y por delitos de blanqueo de capitales procedentes de aquéllos incluidos en los arts. 301 a 304 del Código Penal, y a los Fiscales la obligación de vigilar e instar su estricto cumplimiento.

- la entrega de los bienes decomisados al Fondo se produce de la siguiente manera: si son cantidades líquidas de dinero o instrumentos de pago al portador se ingresarán en el Tesoro Público por el órgano jurisdiccional cursando la orden de transferencia; los restantes bienes se recepcionarán por la Mesa mediante acta suscrita por el Secretario del órgano jurisdiccional y el representante de la Mesa.

## **15. Criterios generales de actuación en los procesos penales por narcotráfico y blanqueo asociado.**

La Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, haciendo suyas las conclusiones adoptadas por la Junta General de la Fiscalía Especial Antidroga (en la que se integran los Fiscales destinados en ésta y los Fiscales Delegados Antidroga de algunas Comunidades Autónomas y provincias), celebrada en Madrid los días 18 y 19 de Noviembre del 2004, ha establecido las siguientes pautas de actuación:

1ª. La destrucción de las drogas, estupefacientes y psicotrópicos por la Autoridad administrativa, una vez realizadas por ésta los informes periciales pertinentes y guardadas muestras bastantes, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra, conforme a lo dispuesto por el art. 374.1.1ª, en atención a su naturaleza de norma procesal, se aplicará a todos los procesos penales en curso, sea cual sea su estado de tramitación.

2ª. El comiso de bienes de valor equivalente establecido por los arts. 127.2 y 374.1.4ª y 5ª podrá incluir aquéllos que tengan un origen lícito, siendo necesario a tales efectos que se cuantifique en el procedimiento penal el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el del producto y ganancias derivadas de la actividad criminal, cuando no haya sido posible el comiso de aquéllos y éstos por pérdida, desaparición o irreivindicabilidad.

3ª. En aquellos casos en los que el proceso penal termine sin sentencia y se acredite la situación patrimonial ilícita, la autoridad judicial competente en cada caso, según el trámite procesal en que se encuentre, acordará mediante auto motivado el comiso de los bienes, medios, instrumentos, producto y ganancias procedentes del delito o que hayan sido utilizados en su preparación o ejecución, previo trámite de audiencia a quienes ostenten intereses legítimos para que puedan ejercer la defensa de los mismos en el proceso conforme al artículo 24 CE.

4ª. De conformidad con lo dispuesto en el art. 374.2 del Código Penal, el art. 7 de la Ley Orgánica 12/95 de Contrabando, el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, podrá procederse a la enajenación anticipada de los bienes provisionalmente incautados y susceptibles de ser decomisados en los siguientes casos: cuando el propietario haga expreso abandono de ellos; cuando su conservación afecte gravemente a su uso y funcionamiento habituales; cuando su conservación pueda dar lugar a una depreciación notable o a una disminución importante de su valor por deterioro material o por el transcurso del tiempo; cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; y cuando exista riesgo de deterioro por tratarse de objetos perecederos.

5ª. La imposición del comiso de bienes en el proceso penal solo es posible desde el respeto al principio acusatorio y previo sometimiento al principio de contradicción (STC 123/95 y SSTs de 12-11-92, 18-5-93, 15-9-93, 28-10-93 y 29-11-95 entre otras), con sujeción a las siguientes reglas:

- únicamente puede ser acordado por el Juez o Tribunal si así lo pide el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras, a excepción de los géneros prohibidos o de ilícito comercio, a cuyo decomiso se procederá en todo caso dada su naturaleza.

- es imprescindible la individualización por la acusación de los concretos bienes cuyo comiso se solicita, no siendo suficiente a tales efectos la petición genérica de imposición sin precisar los objetos respecto de los cuales se pide.
- es indispensable para que se pueda acordar el comiso que se demuestre su ilícita procedencia o su relación con el delito, y que el Tribunal lo haga constar así en la resolución en la que se acuerde, por lo que deberá instarse de la Autoridad judicial la práctica de las diligencias necesarias y proponer en los escritos de acusación las pruebas que permitan acreditar tales extremos.
- la solicitud de adjudicación íntegra al Estado en los escritos de acusación de los bienes cuyo decomiso se interesa deberá ser complementada con la expresa mención de su destino al Fondo de Bienes Decomisados al amparo de la ley 17/2003 de 29 de Mayo, y una vez adquiera firmeza la resolución en la que se acuerde deberá instarse del Tribunal sentenciador la remisión de la resolución judicial al citado órgano administrativo.

6ª. La importancia de las investigaciones patrimoniales y de las sanciones económicas en los procesos penales por narcotráfico y blanqueo exige del Ministerio Fiscal una actuación más firme y eficaz para el adecuado cumplimiento de una de las funciones esenciales de la investigación penal, cual es la incautación y el decomiso de los bienes que tengan un origen delictivo, debiendo instar a tales efectos de la autoridad judicial el ejercicio de las facultades previstas por el art. 374.3 del CP y el art. 20 párrafo final de la Ley Hipotecaria.

## **16. Nuevas orientaciones y tendencias en el derecho comparado en la lucha contra los beneficios de origen criminal.**

La puesta en marcha del Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada, aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam en Junio de 1997, un documento de una importancia extraordinaria que puede ser definido como el programa político-criminal de la Unión Europea para los próximos años, ha permitido abordar trascendentes modificaciones normativas en las materias relativas al blanqueo de dinero y a la confiscación de los beneficios derivados del delito. Precisamente uno de los objetivos fundamentales de este Plan de Acción es que los Estados miembros dispongan de una normativa bien desarrollada y de amplio alcance en estas materias mediante la incriminación del blanqueo culposo o imprudente, la extensión del blanqueo a todos los delitos graves como infracciones subyacentes, y la adopción de medidas de comiso para los supuestos de fallecimiento del responsable criminal antes de dictarse sentencia y de rebeldía o desaparición del mismo.<sup>11</sup> Estas previsiones se han visto completadas y reforzadas en los documentos elaborados con posterioridad: el Plan de Acción aprobado en Viena en Diciembre de 1998 y el Plan de Acción aprobado en Marzo del 2000 bajo el título "Prevención y control de la delincuencia organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio".

A las propuestas que se contienen en los sucesivos Planes de Acción elaborados por la Unión Europea se han sumado en los últimos tiempos, debido, sin duda, a las evidentes dificultades probatorias que arrastra el blanqueo de capitales en cuanto a la demostración de su origen criminal, una serie de iniciativas en el ámbito del derecho penal con las que se pretende dar una respuesta más eficaz y contundente a las estructuras económicas y financieras de las organizaciones criminales.

La tipificación penal del delito de enriquecimiento ilícito es una de ellas. No son pocos los ordenamientos jurídicos que han optado por la penalización de estos comportamientos; citemos algunos a modo de ejemplo:

11 El Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam en Junio de 1997 dedica específicamente a estas cuestiones una orientación política (la 11ª) y una recomendación (la 26ª), en las que se pormenorizan las propuestas destinadas a fortalecer la lucha contra el blanqueo de dinero y la confiscación del producto del crimen como elementos dispensables de la respuesta legal contra la delincuencia organizada.

- El art. 222-39-1 del Código Penal Francés (precepto introducido por la Ley 392 de 13-5-96) sanciona con penas de prisión de hasta 5 años y multa el hecho de no poder justificar los ingresos correspondientes a su nivel de vida por quien mantenga relaciones habituales con personas dedicadas a actividades de tráfico ilícito de estupefacientes o al uso de estas sustancias.
- El art. 76 de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de la República de Ecuador de 6-9-90 sanciona con rigurosísimas penas de prisión a aquella persona respecto de la cual existan presunciones de que es productor o traficante ilícito de sustancias estupefacientes o precursores u otros productos químicos, o se halle involucrado en otros delitos previstos por esta Ley, y que directamente o por persona interpuesta realice gastos o aumente su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcionada a sus ingresos, sin justificar la legalidad de los medios empleados para efectuar esos gastos u obtener ese incremento patrimonial.
- El Código Penal de Colombia contempla dos figuras de enriquecimiento ilícito: el cometido por funcionario público y el cometido por particulares; en el primer caso basta que el incremento patrimonial no se justifique, mientras que en el segundo caso es preciso que derive de actividades delictivas.

En principio, no parece que la tipificación penal de un delito de enriquecimiento ilícito resulte viable, al menos en nuestro derecho, ya que una figura de esta naturaleza comportaría problemas muy similares a los que plantean los tipos delictivos de sospecha, como sucedió con la tenencia de útiles para el robo cuya dimensión constitucional fue ampliamente analizada por la STC de 8-6-88, en la que se afirmó taxativamente que en un proceso penal no cabe invertir la carga de la prueba, y que los tipos penales no pueden construirse sobre presunciones legales que obliguen al acusado a desarrollar actividad probatoria de descargo alguna.<sup>12</sup>

También se ha postulado de lege ferenda un tipo penal consistente en el blanqueo de bienes de una organización criminal, figura delictiva que no requeriría la prueba de un delito previo, ni la identidad del bien en cuestión, y que incluiría todas las conductas de auxilio o apoyo al patrimonio de la organización con independencia de la procedencia lícita o ilícita de los bienes, soslayándose así los problemas de prueba respecto a la procedencia y las dificultades que suscita la frecuente mezcla y confusión de bienes de uno y otro origen.<sup>13</sup>

Otra de las cuestiones que vienen suscitando un interesantísimo debate, al menos en el plano internacional, en relación con los mecanismos legales de incautación y comiso de bienes es la impropriadamente denominada “inversión de la carga de la prueba” en el ámbito patrimonial y económico.

El art. 5.7 de la Convención de Viena de 1988 sugiere a los Estados la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales. Y los arts. 12.6 de la Convención de Palermo de 2000 y 31 de la Convención de Mérida del 2003 se pronuncian en parecidos términos estableciendo que los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen

12 La frase de la discordia en el artículo 509 del anterior Código Penal, que sancionaba la tenencia de ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente a ejecutar el delito de robo, era que el citado tipo penal, un acto preparatorio objeto de punición específica, se consideraba cometido cuando el poseedor de tales útiles “no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”, párrafo que finalmente fue declarado inconstitucional.

13 A juicio de SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, JOSE LUIS en un artículo publicado en LA LEY, nº 4647, de fecha 12-10-98, bajo el título “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo”, esta tesis propuesta por LAMPE y KIENAPFEL es extraordinariamente sugerente pero puede generar la quiebra de principios básicos del derecho penal, en particular del principio de culpabilidad.

lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

También se ha ocupado de esta cuestión el Parlamento Europeo, en una Resolución de 16-12-93, en la que insta a los Estados miembros para que modifiquen sus legislaciones e incorporen los mecanismos jurídicos que hagan posible la incautación y confiscación de todos los beneficios procedentes del tráfico ilícito de drogas.

En el mismo sentido, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de las Naciones Unidas en el informe correspondiente a 1995 recomienda a todos los Gobiernos que consideren la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, conforme a lo establecido en el párrafo 7 del art. 5 de la Convención de 1988, aunque ello implique la adopción de enmiendas a la legislación y/o a la Constitución de cada Estado. No es un tema intrascendente. La Recomendación nº 19 del Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada del 2000 sugiere la introducción de fórmulas normativas (penales, civiles o fiscales) que posibiliten mitigar la carga de la prueba respecto al origen del patrimonio de una persona condenada por delito relacionado con el crimen organizado. En fechas más recientes, El Consejo de la Unión Europea, a instancia de la Presidencia alemana, ha remitido un informe al Grupo de Expertos sobre blanqueo de dinero en el que suscita, para su análisis y estudio, las posibilidades de aplicación de la inversión de la carga de la prueba respecto de los productos obtenidos con la comisión de actividades criminales.

La Decisión Marco de 24-2-2005 sobre decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito recuerda en su art. 3.4 que los Estados de la Unión pueden recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate.

La primera y esencial reflexión que nos sugiere esta cuestión no es otra que el reconocimiento de la inidoneidad e inadecuación de semejante expresión, una expresión que cuando menos provoca importantes recelos entre los juristas. Y digo que el término no es correcto, porque no se parte para la aplicación de este método de la ausencia total de elementos de prueba, sino de la existencia de ciertos indicios, o de ciertas presunciones como por ejemplo, el enriquecimiento espectacular manifestado en grandes inversiones carentes de un origen lícito acreditado.

No es la primera vez que esta cuestión ha sido planteada, ya que con ocasión del debate parlamentario sobre la reforma del Código Penal de 1988, uno de los grupos llegó a proponer una enmienda al art. 344 bis e) que postulaba la aprehensión y decomiso de todos los bienes de los que el reo disponga "tanto directa como indirectamente y cuyo lícito origen no pudiera establecerse". En todo caso, hemos de recordar que cualquier solución al problema debe partir inexcusablemente del más estricto respeto a las garantías constitucionales y al principio de presunción de inocencia, como pieza clave del proceso penal en el Estado de derecho.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental del proceso penal garantizado por el art. 24.2 de la Constitución y por el art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, pero no hay que olvidar también que es una presunción "iuris tantum", que admite prueba en contrario, es decir, que es susceptible de ser destruida por la presencia de elementos de prueba, no solo directa sino también indirecta o de presunciones, y que las presunciones pueden venir establecidas por la ley. Conviene recordar en este punto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos derivada de las sentencias de 7-10-88 (caso Salabiaku) y 25-9-92 (caso Pham Hoang). En ambos supuestos se alegaba la violación del art. 6.2 del Convenio de Roma de 1950 fundada en que el art. 392 del Código francés de Aduanas establecía una presunción legal para las infracciones penales de contrabando incompatible con la

presunción de inocencia ( “el portador de mercancías fraudulentas será responsable del fraude”).

Pues bien, el Tribunal rechaza que semejante norma pueda ser considerada como una presunción de culpabilidad al estimar que tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causas que la excluyen como la fuerza mayor, el estado de necesidad o el error invencible.

Desde esta línea doctrinal, y con todas las cautelas, podría decirse que la incautación de los bienes tendría siempre como presupuesto inexcusable la concurrencia de prueba de presunciones sobre el origen ilícito de esos bienes, y el proceso o razonamiento lógico que permitiría adoptar esa medida podría ser el siguiente:

1.- Razonable probabilidad de la vinculación o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes u otras actividades criminales, o con personas o grupos relacionados con las mismas. Es decir que nos encontráramos con una inculpación, un procesamiento o una acusación en el marco de un proceso penal (para la adopción de medidas cautelares provisionales) y con una condena (para el decomiso definitivo de los bienes).

2.- Aumento del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere esa vinculación, tanto del patrimonio directo como indirecto. Es decir no solamente el que figure a su nombre, sino también el que pueda tener a nombre de otros sean personas físicas o sociedades que puedan revestir la condición de testafierros o personas interpuestas.

3.- Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen ese aumento del patrimonio.

Sentados estos hechos concluyentes, podría deducirse como conclusión razonable, y en absoluto arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado proceden directa o indirectamente del delito y, por lo tanto, deberían ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión.<sup>14</sup>

Quizás sea necesario recordar que la utilización de presunciones no es algo infrecuente en el ordenamiento jurídico penal. En los propios delitos de tráfico ilegal de drogas determinados hechos objetivos permiten presumir la intención de tráfico y configurar el tipo penal en toda su integridad, lo que obliga a los acusados a una actividad probatoria de descargo para destruir aquellas presunciones (vease la doctrina sentada por el T.E.D.H. en los casos Salabiaku y Pham Hoang). Se trata, en definitiva, de la prueba de presunciones judiciales contemplada en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (antes art. 1253 del Código Civil).

Obviamente estas presunciones consistentes en la concurrencia de datos o hechos objetivados, de las que siguiendo las reglas del razonamiento lógico puede deducirse con carácter provisional un origen ilícito, nunca podrían alcanzar la consideración de presunciones “iuris et de iure” que, por el contrario, sí vulneran el principio de presunción de inocencia, como ya sucedió con la presunción de habitualidad que se contemplaba en el art. 546 bis b) del Código Penal (al ser presunciones irrefutables afectan indudablemente al principio de presunción de inocencia y quebrantan el derecho a presentar pruebas de descargo como pieza imprescindible del derecho de defensa expresamente reconocido por el art. 6.3 del Convenio).

Debe quedar meridianamente claro que no se trata de subvertir las reglas del proceso penal ni

14 Esta formulación doctrinal, que en nada difiere de la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba indiciaria en los delitos de blanqueo de capitales, ya fue expuesta con anterioridad a la citada jurisprudencia en alguna otra ocasión. Vid. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER-ALBERTO, “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, Cuadernos de Derecho Judicial I, 1994, C.G.P.J., págs. 131 y siguientes.

de trasladar la carga de la prueba al acusado para que demuestre su inocencia. Las presunciones legales desarrollarían su eficacia exclusivamente en el ámbito patrimonial o económico en el marco de un procedimiento, bien dentro del mismo proceso penal a modo de pieza separada, bien independiente de éste, que requeriría como presupuesto imprescindible la declaración de culpabilidad penal por un Tribunal.

La viabilidad de esta solución desde la perspectiva constitucional se sustenta en argumentos jurídicos de peso que no pueden ser desdeñados:

- a) la presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, mientras que el decomiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquella mediante un pronunciamiento penal.
- b) el comiso en el ordenamiento jurídico español no es sólo una consecuencia accesoria a la pena en los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida “sui generis” postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas.
- c) a diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y solo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal (arts. 127 y 374 del Código Penal) sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales.

A ello hay que añadir que la reforma de los arts. 127 y 374 del Código Penal llevada a cabo por la ley orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre desvincula su imposición de la pena en los casos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, siempre que quede acreditada la ilicitud de la situación patrimonial, es decir, el origen delictivo de los bienes o la utilización con fines ilícitos de los mismos.

Las soluciones a este problema en el derecho comparado son muy diferentes:

- comiso de todos los bienes presuntamente pertenecientes directa o indirectamente al condenado:
  - a) en Gran Bretaña el Acta de 1986 sobre Delitos de Tráfico de Drogas -secciones 1ª y 2ª- autoriza a los Tribunales a incautar todos los bienes del acusado, incluso los pertenecientes a terceros, y a confiscar todos los bienes del condenado, incluso los obtenidos en otros países y los poseídos durante un período anterior de 6 años, obligándole a probar el medio de adquisición.
  - b) en Portugal, la ley 5/2002 de 11 de Enero contra el crimen organizado y económico financiero permite el decomiso del patrimonio del condenado considerando producto del delito la diferencia entre el valor del patrimonio del imputado y el congruente con sus rentas lícitas, dándole la posibilidad de probar su origen lícito. La determinación del patrimonio del imputado que queda por disposición legal sujeto al procedimiento incluye: bienes de los que sea titular o tenga el dominio y el

beneficio al ser declarado imputado o posteriormente; bienes transferidos a terceros a título gratuito o mediante contraprestación insignificante en los 5 años anteriores a la imputación; y bienes recibidos en los 5 años anteriores a la imputación.

- adopción de medidas de confiscación de bienes en un procedimiento de medidas de prevención o de seguridad: así, en Italia la Ley Rognoni-La Torre de 13-9-82 contra la delincuencia mafiosa en su redacción original estableció un sistema de incautación-confiscación al margen del procedimiento penal basado en los siguientes principios:
  - a) no requiere la existencia de un proceso criminal por delito
  - b) se aplica a las personas sospechosas de pertenecer a una asociación mafiosa o a una asociación para el tráfico de estupefacientes
  - c) la investigación financiera y económica previa a tales medidas alcanza a cónyuges, hijos y personas que hayan convivido durante los últimos 5 años con el sospechoso, así como a las personas naturales o jurídicas cuyos bienes sean dispuestos directa o indirectamente por aquéllos
  - d) la decisión de incautar y confiscar todos los bienes de los que se disponga directa o indirectamente cuando no se proporcione la prueba de su fuente legal corresponde en todo caso a un Tribunal
  - e) si las propiedades incautadas pertenecen a un tercero, se le permite intervenir en el procedimiento y ser asistido de defensor para ejercer sus intereses.

La sentencia de 17-2-94 dictada por el Tribunal Constitucional Italiano entendió que la aplicación de ese sistema a personas simplemente sospechosas o indagadas por determinadas actividades delictivas quebrantaba derechos constitucionales básicos pues el ejercicio de un derecho como lo es el de no declarar y, consecuentemente el de no confesarse culpable y no estar obligado a presentar pruebas de descargo, no podía comportar automáticamente sanciones. La ley fue reformada por Decreto-Ley 399/94-convertido posteriormente en ley 50/94 de 8 de Agosto-para aplicar el procedimiento a las personas que resultasen condenadas por las actividades criminales específicamente previstas a tales efectos.<sup>15</sup>

En términos parecidos a la normativa italiana, la ley 333/96 de 19-12 de la República de Colombia creó un procedimiento específico para la extinción del dominio de los bienes adquiridos en forma ilícita. Se trata de un procedimiento jurisdiccional(que debe ser resuelto por un Tribunal penal) y de naturaleza real, pero que es independiente y distinto del proceso penal, y cuyo objeto es la extinción de dominio y posterior adjudicación al Estado de los bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las actividades delictivas previstas por el art. 2 de la ley(entre las que se encuentran los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y el lavado de activos) o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para la realización de tales actividades.<sup>16</sup> Esta disposición ha sido sustituida por la ley 792/2002 de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita, que independiza tal acción del procedimiento

15 Vid. PIERO LUIGI VIGNA, Fiscal Nacional Antimafia de la República Italiana, en "El delito de contrabando en el ámbito del crimen organizado", Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VIII, 1998, páginas 309 y siguientes.

16 Debe reseñarse que aunque en principio la Corte Constitucional de esa República en sentencias C-374/97 y C-409/97 ha declarado "exequible"(adecuada a las normas constitucionales) la citada disposición legal, fundamentando tal decisión en que el origen ilícito de los bienes excluye la licitud de la propiedad y derechos sobre los mismos, en fechas mucho más recientes la misma Corte, en otro procedimiento de extinción del dominio (el relativo a la familia Gaitán Cendales), ha declarado en sentencia T-212 de 22-2-01 que las medidas de extinción del dominio no pueden aplicarse con independencia del proceso penal y que es requisito imprescindible para su definitiva imposición –y para la demostración del origen ilícito de los bienes- la previa declaración de responsabilidad penal, pues cualquier otra interpretación quebrantaría principios constitucionales básicos del proceso penal.

penal y que incluye entre las actividades ilícitas que justifican la extinción del dominio el blanqueo de capitales o lavado de activos

La solución italiana en su primera redacción era difícilmente asumible desde una perspectiva constitucional, puesto que la doctrina del máximo intérprete de la Constitución veda la aplicación de medidas de seguridad predelictuales; solo pueden imponerse “post delictum” y, por lo tanto, únicamente la ejecución de un delito puede llevar aparejada sanciones penales (penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias). Ahora bien, al variar el presupuesto inicial de imposición de estas medidas de confiscación para exigir la existencia de una condena en el proceso penal, es perfectamente legítimo arbitrar sanciones contra el patrimonio del que se dispusiere, de hecho y de derecho, en un procedimiento independiente y posterior del proceso penal, siempre y cuando el comiso o confiscación de los bienes dejara de ser una medida de naturaleza exclusivamente penal a esos efectos.

Las soluciones británica y portuguesa seguramente tampoco plantearían excesivos problemas desde una perspectiva constitucional, y en alguna medida se encuentra parcialmente incorporada ya a nuestra legislación. Así, el art. 374 del Código Penal establece el comiso de aquellos bienes, productos, ganancias e instrumentos derivados de y utilizados para cometer los delitos de tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales procedentes de aquél a no ser que pertenezcan a terceros no responsables del delito que hayan actuado de buena fe.

En este precepto no se establecen presunciones, pero en cierto modo se da el primer paso para llegar a esta solución, al variar de hecho la naturaleza jurídica del comiso como pena, y desproveerlo del carácter personal que esta conlleva.

Por otra parte, cabe destacar en apoyo de esta tesis que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la S. de 9-2-95 -caso Welch contra Gran Bretaña- aunque apreció violación del art. 7 del Convenio por aplicar retroactivamente normas sancionadoras, no llegó a cuestionar la regulación sustantiva del comiso en la legislación británica ni tampoco las amplias presunciones legales establecidas en la misma para determinar el origen ilegal de unos bienes.

Lo cierto es que el legislador español, siguiendo esas tendencias consistentes en separar del proceso penal las cuestiones relacionadas con la incautación y decomiso de los bienes de origen ilícito, contempla tanto en el Anteproyecto de modificación del Código Penal como en el proyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un proceso de decomiso autónomo de bienes para los casos de fallecimiento del inculcado, de rebeldía del mismo y de incapacidad para ser juzgado.

## **I. ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL LAVADO DE ACTIVOS DE ORIGEN CRIMINAL. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL**

### **CODIGO PENAL DE 1995 (modificado por leyes orgánicas 15/2003 y 5/2010)**

Art. 301: "1. 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el art. 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, 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.
3. 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.
4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.
5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del art. 127 de este Código.

### **I. Concepto. Bien jurídico protegido. Normativa nacional e internacional.**

El nuevo Código Penal ha refundido en un solo artículo -el 301- toda una pluralidad de comportamientos delictivos que en el texto punitivo anterior eran descritos y sancionados de forma separada en diversos preceptos y hasta en diferentes títulos {arts. 344 bis h) a 344 bis j) como delitos contra la salud pública dentro del título dedicado a los delitos de riesgo, y 546 bis f) como delito de receptación especial en el título de los delitos contra la propiedad}. Y si en su primitiva redacción amplió considerablemente el ámbito de los actos punibles al establecer como hecho ilícito antecedente toda infracción criminal grave, la reforma efectuada por ley orgánica 15/2003 ha ido todavía más lejos al incluir como delito subyacente en el art. 301 cualquier delito.

Los términos "blanqueo de dinero" o "blanqueo de capitales" son neologismos que sirven -en formulación técnica carente de arraigo en nuestro ordenamiento jurídico pero asumida ya en todos

los foros internacionales-para designar aquellas conductas orientadas, en afortunada expresión utilizada por la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos o, si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio procedente del delito. Tampoco es infrecuente, para hacer referencia a estas actividades el uso de vocablos tales como “lavado de dinero” o “lavado de activos” (del inglés “money laundering”) o “reciclaje” (del italiano “riciclaggio”), o incluso “legitimación de capitales” (término muy utilizado por algunas legislaciones iberoamericanas y más acorde con nuestras propias raíces lingüísticas).

La expresión “lavado de dinero” fue, al parecer, acuñada en los Estados Unidos de América durante el decenio de 1920 cuando ciertos grupos de delincuentes organizados trataron de buscar un origen aparentemente legítimo para el dinero que sus negocios turbios generaban. Para ello, esas bandas criminales adquirían negocios de servicios pagaderos en metálico, y frecuentemente optaban por comprar lavanderías, servicios de lavado de coches, empresas de expendedores automáticos, etc.. La finalidad era mezclar fondos legales e ilegales, y declarar sus ingresos totales como ganancias de su negocio tapadera. Al hacerlo combinaban en una sola etapa las tres fases del ciclo normal del blanqueo de dinero: se distanciaba el dinero del delito (fase de colocación), se ocultaba en un negocio legítimo (fase de ensombrecimiento) y finalmente afloraba como ganancias de una empresa legal que justificaba la cantidad de dinero declarada (fase de integración). Así trataban de evitar una posible inculpación por evasión de impuestos, arma esta que fue esgrimida a comienzos de la década de los años 30 contra peligrosos delincuentes para los que no prosperaba ningún otro cargo<sup>1</sup>.

A pesar de que su configuración como conducta delictiva en los ordenamientos penales modernos es relativamente reciente, durante las últimas décadas se ha producido en el plano internacional una auténtica explosión normativa dirigida a conseguir que el blanqueo deje de ser una actividad impune, y a adoptar medidas apropiadas para prevenir este tipo de conductas, no solo las relacionadas con el tráfico ilegal de drogas, sino también las vinculadas con otras graves actividades delictivas inmersas en el ámbito de la criminalidad organizada, con la corrupción y más recientemente con cualquier actividad delictiva.

La política criminal contra el blanqueo de dinero, en tanto que actividad delictiva que contribuye decisivamente al crecimiento y consolidación de una moderna delincuencia caracterizada por un fuerte vínculo asociativo, una elevada profesionalización y una marcada planificación empresarial, arranca a mediados de la década de los años 80 con diversas iniciativas internacionales que han propiciado la aparición de un abundante número de textos jurídicos de carácter supranacional, unos de alcance universal, otros limitados al ámbito regional europeo, en los cuales se definen las líneas maestras de actuación que deben inspirar el proceso de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de homogeneizar la respuesta frente a esta criminalidad en aspectos tan importantes como la estrategia preventiva y represiva contra el blanqueo, el comiso o confiscación de los productos ilícitos o la cooperación internacional.

Este cuerpo legislativo supranacional está integrado fundamentalmente por una serie de instrumentos normativos que, en algunos casos, han sido objeto de importantes modificaciones en los últimos años: la Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias de 12 de Diciembre de 1988 (más conocida como Declaración de Basilea); la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena el 20-12-88; el Convenio del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90 relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito; la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 91/308/CEE de 10-6-91 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (complementada por la 2ª Directiva 2001/97/CE de 4-12-2001); la más reciente Directiva 2005/60 de 26-10-2005 sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del

terrorismo; el informe del Grupo de Acción Financiera Internacional aprobado en 1990 con 40 Recomendaciones sobre esta materia (recomendaciones que, además de haber sido objeto de revisión en los últimos años -1996 y 2003-, se han visto implementadas con las 9 Recomendaciones aprobadas en Octubre de 2001 y 2004 con el fin de prevenir la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales relacionado con esta actividad criminal); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada ratificada en Nueva York el 15-11-2000 y aprobada finalmente en Palermo el 13-12-2000; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida (México) el 9-12-2003; el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo hecho en Varsovia el 26-5-2005. A todas ellas debemos añadir las disposiciones emanadas de los órganos de la Unión Europea con el propósito de armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales: la Acción Común de 3-12-1998 sobre blanqueo de bienes; la Decisión Marco de 26-6-2001 sobre blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos del delito; la Decisión Marco de 22-7-2003 sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; la Decisión Marco de 24-2-2005 sobre decomiso ampliado de bienes; y la Decisión Marco de 6-10-2006 sobre reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.<sup>2</sup>

La necesidad de cumplir los compromisos internacionales contraídos y de acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los textos supranacionales, nos ha situado en un permanente proceso de adaptación del derecho interno a través de continuas reformas legales -penales, procesales y administrativas-, todo ello con el objetivo de homogeneizar y uniformizar la prevención y la represión de tan graves manifestaciones criminales. Entre ellas merecen ser reseñadas la Ley Orgánica 1/88 de 24 de Marzo de reforma del Código Penal; la Ley Orgánica 8/92 de 23 de Diciembre de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la Ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales; el Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 925/95 de 9 de Junio; el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre; Ley 36/95 de 11 de Diciembre sobre creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados; la Ley Orgánica 12/95 de 12 de Diciembre sobre represión del contrabando; la Ley Orgánica 5/99 de 13 de Enero sobre 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; la Ley 12/03 de 21 de Mayo sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo; la Ley 17/03 de 29 de Mayo reguladora del Fondo de Bienes Decomisados (que deroga la anterior ley 36/95); la Ley 19/03 de 4 de Julio -con el Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 54/05 de 22 de Enero- que modifica la ley 19/93 para adaptar las normas de prevención de blanqueo a las previsiones establecidas por la Directiva 97/2001 de 4 de Diciembre sobre la incorporación como sujetos obligados de los contables externos, auditores, asesores fiscales, notarios, abogados, procuradores y otros profesionales independientes del derecho; la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre de reforma del Código Penal que ha modificado el art. 301 para considerar delito previo o antecedente cualquier delito; y por último dos importantes leyes que han visto la luz en el 2010: la ley 10/2010 de 28 de Abril sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (que deroga la ley 19/93), y la más reciente ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio de reforma del Código Penal.

A tenor del art. 1.2 de la ley 10/2010 de 28 de Abril se consideran blanqueo de capitales las siguientes actividades:

- a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que están implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

- b) la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 describe en su art. 3 las conductas constitutivas de blanqueo de capitales, distinguiendo entre aquéllas que obligatoriamente deben ser incorporadas a los ordenamientos penales nacionales y aquéllas otras cuya tipificación penal es facultativa.

En el primer grupo, el art. 3-1-b) incluye las siguientes acciones:

- 1.- La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a), o de un acto de participación en tal delito o 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 tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- 2.- La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a) o de un acto de participación en tal delito o delitos.

En el segundo grupo, el art. 3.1.c) incluye la conducta consistente en la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el apartado a) o de un acto de participación en tal delito o delitos.<sup>3</sup>

Las líneas fundamentales que inspiran la regulación del nuevo Código Penal –tras la reforma llevada a cabo por la ley orgánica 15/2003 (y que se mantienen en la ley 5/2010)- son, en síntesis, las siguientes:

- a) el bien jurídico protegido de manera inmediata es el orden socioeconómico (puesto que el delito de blanqueo o lavado de bienes de origen ilícito se configura como un crimen contra el orden socioeconómico).
- b) se amplía el delito antecedente para tipificar cualquier conducta de blanqueo de bienes que tengan su origen en una actividad delictiva.<sup>4</sup>
- c) se mantiene la figura culposa o imprudente.
- d) la sujeción de tales conductas al principio de universalidad en su persecución y castigo.

### **El bien jurídico objeto de protección.**

Desde sus orígenes el blanqueo de dinero ha sido considerado como una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes jurídicos que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata.

Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato. El Proyecto de Código Penal de 1992 ya seguía esta línea, defendida por un importante sector doctrinal. Se argumentaba que la realidad criminológica actual, caracterizada por la existencia de una poderosa criminalidad organizada y de una complejísima delincuencia económica, venía demandando la regulación penal de conductas que van mucho más allá que las clásicas de aprovechamiento y auxilio referidas a los delitos contra la propiedad.

Los propios textos jurídicos internacionales son todavía más expresivos en este sentido. En el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas aprobada en Viena en Diciembre de 1988 se afirma que “los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y soberanía de los Estados, y que los considerables rendimientos financieros que genera permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad a todos sus niveles”.

Y en el Preámbulo de la Directiva Comunitaria se destaca que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y la estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público.

La cuestión es que la moderna delincuencia organizada, distinta y distante de la delincuencia tradicional en planteamientos, formas de actuación, objetivos y fines, desarrolla a gran escala, con criterios empresariales y en un ámbito de actuación supranacional, todo un catálogo de múltiples actividades delictivas (tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, prostitución, la industria del secuestro y la extorsión, contrabando de automóviles y material tecnológico, grandes fraudes, etc.) y que estas actividades generan fabulosos beneficios económicos que necesitan ser reciclados e introducidos en los circuitos comerciales y financieros con las negativas consecuencias que eso comporta, y entre las cuales deben destacarse:

- la consolidación de esas organizaciones delictivas y la ampliación de sus actividades ilícitas
- la contaminación del sistema financiero legal por la presencia de ingentes flujos económicos que se originan al margen de aquél
- la financiación ilegal de numerosas empresas y sociedades que actúan en el sector industrial y comercial, que supone una grave quiebra del normal funcionamiento del mercado comercial y financiero, pues el hecho de disponer de esas fuentes de ingresos les permite competir en situación ventajosa y perjudica notablemente al resto de los operadores económicos.

Dicho ésto, resulta fácil entender hasta qué punto el blanqueo de capitales cuestiona no solo los cimientos del orden socioeconómico, sino incluso, por la importancia que la estabilidad económica tiene en el orden social y político, la propia esencia del sistema democrático. Como ya señalara SAVONA, a propósito del escándalo del BCCI (Banco de Crédito y Comercio Internacional), “la incorporación del dinero sucio contamina el sistema económico de los países en desarrollo, a la vez que constituye un grave riesgo para la comunidad internacional en su conjunto”.

## **II. Formas comisivas. Tipo básico. Tipicidades agravadas. La participación en el delito antecedente y la compatibilidad de la condena por el delito de lavado y el delito antecedente. Situaciones concursales. Actos preparatorios. La universalidad en su persecución.**

Dejando al margen la forma culposa que será objeto de un análisis independiente, debe ponerse de manifiesto como primera reflexión que la redacción que se utiliza en estas figuras de encubrimiento específico contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 301 mejora técnicamente la contenida en los arts. 344 bis h) e i) del anterior Código, a su vez fiel reflejo del art. 3 de la Convención de Viena de 1988, muy criticada en el terreno doctrinal y jurisprudencial.

La reforma llevada a cabo por la ley orgánica 5/2010 incorpora dos acciones al tipo básico del art. 301.1: poseer y utilizar.

### **II.1. La acción típica.**

Se distinguen claramente en esta figura delictiva dos modalidades de encubrimiento: actos de favorecimiento real y actos de favorecimiento personal.

Los actos de favorecimiento que se describen en ese precepto son los siguientes:

- 1) Adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes procedentes de una actividad delictiva para ocultar o encubrir su origen ilícito.
- 2) Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos sobre los bienes procedentes de un delito o de un acto de participación en el mismo.
- 3) Realizar cualquier acto con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes.
- 4) Realizar cualquier acto con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en tales delitos.

En principio, podrían considerarse actos de favorecimiento real los enumerados bajo los números 1, 2 y 3, y actos de favorecimiento personal los comprendidos en el nº 4.

La redacción típica de algunas legislaciones penales europeas es muy similar: El art. 324-1 del Código Penal francés, introducido por ley 392 de 13 de Mayo de 1996, define el blanqueo como el hecho de facilitar por cualquier medio la falsa justificación del origen de los recursos o de los bienes obtenidos por el autor de un crimen o de un delito, procurándole a éste un provecho directo o indirecto, y también el hecho de participar deliberadamente en cualquier operación de colocación, encubrimiento o conversión de las ganancias que procedan directa o indirectamente de un crimen o de un delito; el parágrafo 261 del StGB alemán considera autor del delito de blanqueo a quien ocultare o encubriere el origen de los bienes procedentes de determinados hechos delictivos, imposibilitare o pusiere en peligro la investigación de la procedencia, la localización, el comiso o el secuestro de tales bienes, los adquiriere, poseyere o utilizare para sí mismo o para un tercero; los arts. 648 bis (reciclaje) y 648 ter (empleo de dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas de procedencia ilícita) del Código Penal italiano sancionan a quien sustituya dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas procedentes de un delito no culposo o ejecute en relación con los mismos otras operaciones que obstaculicen la identificación de su procedencia delictiva, y a quien emplee en actividades económicas o financieras dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas procedentes de un delito; la legislación de Portugal incluye las conductas de convertir, transferir, auxiliar o facilitar alguna operación de conversión o transferencia de los bienes o

productos procedentes de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes, ocultar o disimular su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad reales, o derechos relativos a tales bienes o productos, y adquirir, recibir bajo cualquier título, utilizar, poseer o conservar los citados bienes o productos.

La extensión del ámbito de punición de las conductas de blanqueo –que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 solamente eran relacionadas con las actividades delictivas de tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos- se había convertido en una exigencia ineludible, so pena de incumplir los compromisos internacionales contraídos por nuestro país. Por una parte, el Convenio de Estrasburgo de 1990 obligaba a adoptar esta solución respecto al producto de todos los delitos graves. Por otra parte, la Directiva Comunitaria 91/308/CEE y la ley 19/93 de 28 de Diciembre sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales habían extendido los controles administrativos establecidos en evitación de estas actividades no solo al narcotráfico, sino también al terrorismo y a la delincuencia organizada. Prácticamente la totalidad de los países integrantes de la Unión Europea sancionan penalmente el blanqueo de capitales al menos cuando éstos proceden de delitos graves, y en algunos casos –como sucede con la legislación penal española- han extendido este delito a todos los bienes y capitales que tengan origen delictivo (no sólo de delitos graves), como sucede con las legislaciones penales de Bélgica (art. 505 del Código Penal), Francia (art. 324-1 del Código Penal), o Italia (arts. 648 bis y 648 ter del Código Penal). Por el contrario, la legislación penal de Alemania (parágrafo 261 del StGB) limita el delito de blanqueo a los casos en que el origen de los bienes sean crímenes, delitos de tráfico de estupefacientes, delitos cometidos por un miembro de una organización criminal o determinados delitos (parágrafos 246, 263, 264, 266, 267, 332 y 334) cuando el autor actúe con habitualidad o en calidad de miembro de una organización constituida para la comisión continuada de tales hechos.

No se exige, a diferencia de la receptación, el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, y por tanto no es necesario que el autor haya obtenido o se proponga obtener algún beneficio o ventaja. Esta es, sin duda, una de las diferencias más importantes y sustanciales entre esta figura delictiva y el tipo clásico de receptación, por lo que en principio cualquier conducta de auxilio para que una tercera persona obtuviere provecho estaría incluida en el nuevo tipo penal, que debe ser considerado norma especial también frente al delito de encubrimiento previsto por el art. 451 del nuevo CP.

Así La STS de 5-10-92 (Pn. Ruiz Vadillo) ha afirmado que “en cuanto a la conducta no sólo se pena la receptación propia, aprovecharse para sí, sino también el auxilio para que un tercero se lucre”. Y la STS de 19-02-2002 (Pn. Delgado García) precisa que el blanqueo de capitales sanciona unas conductas más específicas que el encubrimiento, cuya aplicación es obligada por lo dispuesto en la regla 1ª del art. 8 del Código Penal, ya que el legislador ha querido penar como delito especial unas conductas que considera más graves que los encubrimientos ordinarios. Por otra parte, tampoco es necesario que se determine el beneficio exacto que pudiere reportarle su actividad (STS. de 16-6-93), si éste hubiere sido obtenido.

A los actos de ocultación o encubrimiento de los bienes (art. 301.2), conducta nuclear del tipo penal, se equiparan otra serie de conductas -adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión- cuya significación no plantea dudas y que no requieren para su consumación la efectiva ocultación o encubrimiento de los bienes. El simple hecho de la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión con el fin de ocultar o encubrir los bienes satisface plenamente las exigencias típicas del precepto. Ahora bien, en la práctica resultará inusual encontrar un supuesto en el que se pueda entender que los citados actos de adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión no son “per se” actos de ocultación o encubrimiento. La STS. de 21-1-93 (Pn. Conde-Pumpido Ferreiro), interpretando correctamente y en sus justos términos el alcance de la norma, subsumió en el art. 344 bis h) del anterior Código el hecho de facilitar unas cuentas corrientes para que fueran

ingresadas las ganancias derivadas de la venta de drogas; más recientemente la STS de 8-11-00 (Pn. Martín Canivell) ha vuelto a considerar como un acto de ocultación definido en el art. 301.1 del vigente Código a quién permitió que en una cuenta corriente abierta a su nombre se hiciesen ingresos de dinero procedente del tráfico de drogas, retirándolos posteriormente como si fueran lícitos; por último, la STS de 19-2-02 (Pn. Delgado Garcia) ha considerado como actos constitutivos de blanqueo el depósito de un dinero de origen criminal en la caja de seguridad de una entidad bancaria y el ingreso de otra cantidad en una libreta de ahorros, con el fin de ocultar, obstruir y eludir las investigaciones e intervenciones judiciales y policiales. La jurisprudencia ha considerado también como actos típicos conductas tales como los cambios de pesetas a dólares en entidades bancarias (SSTS de 16-3-2004 y 15-11-2004), prestarse a servir como testaferro en la titularidad de bienes ilícitos (SSTS de 15-12-2004 y 1-2-2007), o gestionar la recuperación de dinero intervenido por las Autoridades y susceptible de decomiso (STS de 15-11-2004).

Por otra parte, la expresión “realizar cualquier otro acto” con el propósito de ocultar o encubrir los bienes constituye una especie de cajón de sastre donde tendrán cabida cualesquiera otras conductas no contempladas expresamente. Se trata de una fórmula, excesivamente abierta e indeterminada desde el punto de vista de la tipicidad, que el legislador ha utilizado en otras ocasiones y que comporta una auténtica excepcionalidad de la complicidad en beneficio de las formas de autoría.

Queda, por último, la realización de cualquier otro acto con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en los delitos graves. Es una figura ambigua y confusa, asimilable en principio al favorecimiento personal previsto en el art. 451-3º. La STS. de 25-6-93 (Pn. Moyna Menguez) constituye un claro ejemplo de las dificultades interpretativas que se derivaban de la inclusión de esta conducta: consideró aplicable el art. 344 bis h) a un caso en el que una persona le indicó al poseedor de una determinada cantidad de droga el lugar del vehículo donde ocultarla momentos antes de ser registrado por agentes de policía. Bien es cierto que el art. 344 bis h), como consecuencia de una incorrecta transposición del art. 3-1-b) de la Convención de Viena, comprendía la realización de actos de participación en los delitos de los que procedían tales bienes, conductas que también eran susceptibles de ser encajadas en el art. 344 del anterior Código. Algunos autores anudan en todo caso a los bienes de origen ilícito la ejecución de esos actos con el propósito de ayudar al partícipe en el delito previo. Si así fuera, la acción debería recaer en todo caso sobre los bienes y, por lo tanto, la ayuda para eludir las consecuencias jurídicas derivadas de la participación en el delito antecedente difícilmente podría revestir otra modalidad que no tuviera como fin la ocultación o encubrimiento de tales bienes.

Sin embargo, cuando las conductas de blanqueo han sido pactadas de antemano y se encuentran insertas en un conjunto de actividades estructuradas por una organización dedicada tanto al tráfico, o en su caso a otras actividades delictivas graves, como al reciclaje de los beneficios de él derivados, podrán subsumirse en el precepto penal que tipifique aquellos hechos antecedentes. Así lo entiende la citada STS de 21-1-93 que, tras indicar que los actos posteriores concertados previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan “ex post”, son reprochables “ex ante”, afirma que quien auxilie a los traficantes, facilitándoles de alguna manera las operaciones de tráfico, está de un modo indirecto, pero encadenado con la final facilitación del consumo, contribuyendo al favorecimiento de aquella actividad y del propio consumo, y que tal conducta constituye una forma propia de autoría subsumible en una de las alternativas típicas contenidas en el art. 368 del Código Penal.

La intervención o colaboración del sujeto activo, no ya en la primera fase del blanqueo (la de colocación), es decir, en la obtención directa del producto como beneficio inmediato de actos concretos constitutivos de delitos graves, sino en los sucesivos tramos o etapas del circuito económico (especialmente en las fases de diversificación e integración), en los que aquél sufre

múltiples y variados cambios con objeto de encubrir u ocultar su origen, está inevitablemente comprendida en el tipo, siempre que se conozca su primitiva procedencia, esto es, que se conozca genéricamente que estos bienes, efectos o haberes tienen su origen en actividades delictivas, sin que sea preciso que ese conocimiento sea exacto, detallado y pormenorizado respecto a la conducta delictiva realizada conforme a un consolidado criterio jurisprudencial. Así pues, el blanqueo puede ser descrito como un proceso dinámico en tres fases que requiere: en primer lugar, alejar los fondos de toda asociación directa con el delito; en segundo lugar, disfrazar o eliminar todo rastro; y en tercer lugar, devolver el dinero al delincuente una vez ocultados su origen geográfico y ocupacional. Esta definición, con ligeros matices, es similar a la sugerida por el Grupo Especial de Expertos Financieros (G.A.F.I.) que dividió la operativa de blanqueo en colocación (inmersión del dinero en efectivo en la economía legal o su salida clandestina del país en el que se genera), diversificación o estratificación (separación de la fuente mediante la creación de complejas estructuras de cobertura) e integración (reinserción de los fondos blanqueados en la economía legal).

Las diferentes posiciones doctrinales que tradicionalmente se presentaban en el tipo penal de la receptación propia en cuanto a la inclusión de las modalidades de receptación sustitutiva y de receptación en cadena carecen ya de interés, ya que el objeto de la acción, es decir, los bienes, comprende el producto directo del delito y las ganancias. La nueva regulación del comiso, tanto el art. 127 como el art. 374, y el apartado 5 del art. 301 obligan a incautar y decomisar los efectos procedentes del delito y las ganancias de él derivadas cualesquiera que sean las transformaciones que hayan experimentado, y semejante prescripción normativa refuerza, sin duda, la tesis que se sostiene.

## **II.2. Los subtipos agravados del art. 301.1.**

El primero de los subtipos agravados se contiene en el párrafo 2º del art. 301.1 para los casos en que los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas descritos en los arts. 368 a 372 del Código, y conlleva la imposición de la pena en su mitad superior (prisión de 3 años y 3 meses a 6 años, y multa del duplo al triplo del valor de los bienes). Obviamente, no existe óbice alguno para considerar que esa agravación es aplicable también al art. 301.2, pues tanto las conductas descritas en este párrafo como las del anterior conforman el tipo básico.

Aunque se ha criticado la existencia de este subtipo agravado, debe reconocerse que el tráfico ilegal de drogas es la actividad criminal más rentable, la que más beneficios genera, y quizás por ello el legislador, consciente del elevado porcentaje que el dinero de la droga representa en el total de los capitales ilícitos, y del riesgo adicional que ello supone para el orden socioeconómico, haya entendido que la respuesta penal, para que tenga un contenido realmente disuasorio desde el plano de la prevención general, deba ser más rigurosa. Desde luego, la sanción penal agravada no es desproporcionada en comparación con las penas previstas para las conductas básicas del art. 368, precepto que hace gala de una tremenda exasperación punitiva (entre 3 y 9 años de prisión para las drogas que causan grave daño a la salud, y entre 1 y 3 años para las restantes) para comportamientos insertos en lo que se conoce como “pequeño tráfico”.

La reforma llevada a cabo por la ley orgánica 5/2010 ha ampliado el subtipo agravado para imponer idéntica pena (en su mitad superior) a aquellos actos de blanqueo en los que el origen de los bienes sea algunas de las actividades delictivas claramente vinculadas con la corrupción pública que a continuación se mencionan: cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, y sobre la ordenación del territorio. Sin duda, la constatación de un notable incremento de los casos de corrupción

institucional en nuestro país es razón más que suficiente para justificar esta agravación punitiva.

### **II.3. Los tipos agravados de los arts. 302 y 303.**

Art. 302: “1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

- a) multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

La reforma llevada a cabo por la ley orgánica 15/2003 incorporó algunas novedades a este precepto como la ampliación de las consecuencias accesorias incluyendo además de todas las previstas por el art. 129 en la parte general la reseñada en el apartado b) (medida específicamente contemplada para los delitos contra la Hacienda Pública), y el comiso del producto directo e indirecto del delito. Sin embargo la ley orgánica 5/2010 ha optado por la imposición de penas adicionales de multa de forma obligatoria cuando se declare la responsabilidad de la persona jurídica, y con carácter facultativo de las penas previstas en el art. 33.7.b) a g) (disolución de la persona jurídica; suspensión de actividades hasta 5 años; clausura de locales y establecimientos hasta 5 años; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social hasta quince años).

En el art. 302.1 se regulan unos subtipos agravados que ya se incluían en el anterior Código (art. 344 bis j) y 546 bis f) párrafo 2º):

1. La pertenencia a una organización dedicada a estos fines, omitiéndose a diferencia del art. 369.6º la referencia a la transitoriedad, por lo que habrá que construir el concepto de organización tomando como base las ya conocidas notas de estabilidad, jerarquización y distribución de papeles (en este caso también se impone la pena privativa de libertad en su mitad superior). Ahora bien, el límite inferior de la pena será diferente según la procedencia de los bienes: si el origen fuera el tráfico ilegal de drogas la pena a imponer será la mitad superior de la pena en su mitad superior que impone el art. 301.1.párrafo 2º, es decir, de 4 años 7 meses y 15 días hasta 6 años; si el origen fuera cualquier otra actividad delictiva grave la pena en su mitad superior oscilará entre 3 años y 3 meses a 6 años.

A estos efectos, una de las resoluciones más emblemáticas es la STS. de 31-10-94(Pn. Martínez-Pereda), pues es, quizás, la única que, casando la sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-Sección 2ª en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, condena por un delito de receptación del art. 546 bis f) con el subtipo agravado de pertenencia a organización a dos individuos que, encargados de la gestión económica y del asesoramiento comercial y fiduciario respectivamente, formaban parte de una estructura organizativa dedicada fundamentalmente a los ilícitos negocios de contrabando de tabaco, pero integrada a su vez en el seno de una organización de mayores dimensiones que también se dedicaba, con conocimiento de aquéllos, al tráfico al por mayor de cocaína.

2. Ser jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones, supuesto en el cual se impondrá la pena superior en grado (de 6 a 9 años de prisión, y multa).

Además de las penas de prisión y multa proporcional, se prevé la pena de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de 3 a 6 años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, la aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código (disolución de la organización; suspensión temporal de sus actividades; prohibición temporal de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios que hayan facilitado o encubierto el delito; clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; e intervención de empresas), y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

Mientras en el tráfico ilícito de drogas será excepcional la aplicación de estas consecuencias accesorias pues se ejecuta, en la mayor parte de los casos, a través de grupos organizados “de facto” que no figuran en ningún registro ni poseen personalidad jurídica, en el marco del blanqueo de capitales su imposición puede ser más frecuente ya que esta actividad necesita de una cobertura legal (constitución o utilización de sociedades, locales o sedes donde desarrollar al menos aparentemente actividades comerciales lícitas, etc.) que les sirva de vehículo para la reinversión de las ganancias de origen criminal en la estructura económica lícita.

Art. 303: “Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”.

El art. 303 es una réplica fiel del art. 372, y se trata de una modalidad agravatoria que atiende a la condición, dedicación, profesión u oficio de los culpables. El automatismo del legislador al trasponer íntegramente este precepto, que tiene su origen en el art. 344 bis c) del anterior Código, no ha tenido en cuenta que la agravación en razón de esas circunstancias se fundamenta en el plus de responsabilidad exigible a quienes ostenten funciones públicas, y en la especial facilidad que para la comisión del hecho se deriva del ejercicio de una determinada profesión.

Quiere decir ello que, mientras esa agravación tiene su razón de ser en el caso de los funcionarios públicos, autoridades, agentes de la autoridad, empresarios o intermediarios en el sector financiero, sin embargo carece de sentido respecto a facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores, profesiones estas que, sin embargo, sí pueden suponer una situación de privilegio para la comisión de hechos de tráfico ilícito de drogas, pero no para la ejecución del delito de blanqueo de capitales.

#### **II.4. La punición de los actos preparatorios.**

Art. 304: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados”

Este artículo castiga con la pena inferior en uno o dos grados la provocación, la conspiración y la proposición para cometer estos delitos, sin incluir referencia alguna en la dicción literal del precepto a la receptación propia, por lo que los actos preparatorios de los delitos contemplados en los arts. 298 y 299 no serán sancionables penalmente salvo que tales actos constituyan por sí mismos otra actividad delictiva.

## **II.5. Objeto.**

El objeto de la acción son los bienes, cuya definición encontramos en los arts. 1-q) de la Convención de Viena de 1988 y 2-d) de la Convención de Palermo de 2000: “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”. En idénticos términos se pronuncian otros instrumentos jurídicos supranacionales, como el art. 1.b) del Convenio de Estrasburgo de 1990 y el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE de 10-6-91.

El concepto es tan amplio que no existe obstáculo alguno para incluir el producto directo del delito, las ganancias y las sucesivas transformaciones o mutaciones que aquellos experimenten en el tráfico jurídico. Se soslayan así los abundantes problemas interpretativos que, por el contrario, se plantean en la receptación propia al limitarse el objeto a los efectos del delito, porque doctrinalmente se ha venido considerando que en el término “efectos” se incluyen únicamente los productos obtenidos directamente del delito, y no los bienes que puede haber adquirido el sujeto activo del hecho delictivo principal negociando con el producto directo de aquel delito.

El art. 1.2 de la ley 10/2010 de 28 de Abril amplía el objeto del delito para incluir expresamente como tal la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública. La mención no es baladí, pues con ello se trata de favorecer la tesis de que el delito fiscal pueda ser considerado como actividad delictiva antecedente.

## **II.6. Participación en el delito fuente y compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por la actividad criminal antecedente.**

Tradicionalmente se venía entendiendo que, aun cuando el tipo penal no recoge expresamente para poder ser partícipe -a diferencia de la receptación propia y del encubrimiento- la circunstancia de no haber intervenido en el delito previo como autor o cómplice, en cierto modo mantenía su vigencia en el terreno dogmático como principio general, al igual que en la receptación propia, la impunidad del autoencubrimiento, es decir, que los actos de aprovechamiento de los efectos de un delito en cuya ejecución se ha intervenido son actos posteriores impunes por consunción en cuanto agotamiento del delito.

No obstante, la naturaleza autónoma y pluriofensiva de esta infracción criminal legitimaba la tesis de la viabilidad de la comisión de un delito de blanqueo por el partícipe en el delito antecedente en la generalidad de los casos, incluso en aquellos supuestos en los que los bienes objeto de la acción sean el producto directo de la actividad criminal antecedente: son dos acciones típicas distintas, autónomas entre sí y que infringen bienes jurídicos diferentes. La interpretación de nuestros Tribunales se ha posicionado claramente en esta dirección:

- a) La sentencia de 22-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª ) condenó a un individuo como autor de un delito contra la salud pública y de un delito de blanqueo, lo que demuestra la compatibilidad de ambas infracciones en determinados supuestos: en el caso concreto el individuo condenado había participado bajo las órdenes de otro condenado en seis operaciones de tráfico ilícito de hachís acaecidas entre el verano de 1992 y el mes de enero de 1995; y además accedió a figurar como titular jurídico formal

en las compras de dos inmuebles en los años 1993 y 1994, cuyo precio fue satisfecho con dinero procedente del tráfico ilícito de hachís por el condenado bajo cuyas ordenes se encontraba, percibiendo una comisión por tal motivo. En igual sentido se manifestó la sentencia de 12-7-00 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª), que condenó a dos individuos por el delito de tráfico ilícito de drogas (por su relación con la aprehensión de 84 kilogramos de cocaína el 28-10-97), y por el delito de blanqueo de capitales derivados del tráfico ilegal de drogas (al haber ejecutado en fechas anteriores, entre los meses de Enero y Octubre de 1997, operaciones de cambio de pesetas –por un importe aproximado de 50 millones- a marcos alemanes)

- b) Por el contrario, la sentencia de 3-12-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2ª), respecto a varios individuos que formaban parte de una organización que blanqueaba dinero y traficaba con heroína para las redes turcas, sostiene que los actos constitutivos de blanqueo se incardinan dentro de la fase de agotamiento del delito contra la salud pública, y que el autor del blanqueo debe ser ajeno a este delito. En el caso concreto la operación de tráfico de heroína se produjo en el mes de Junio de 1997, mientras que las actividades de blanqueo para la organización turca se desarrollaron entre los años 1993 y 1997, lo que excluye la tesis del autoencubrimiento respecto al delito antecedente sostenida por la Sala de instancia. Idéntico criterio ha mantenido la sentencia de 25-2-00 dictada por la misma Sección respecto a un individuo integrado en dos grupos organizados diferenciados que desarrollaban simultáneamente actividades de tráfico ilícito de cocaína, por un lado, y de blanqueo de dinero de operaciones delictivas de tráfico ilícito de cocaína no concretadas, por otro.

Sin embargo, la posición mantenida por el Tribunal Supremo es contraria a la tesis defendida en las sentencias reseñadas en el anterior párrafo: la STS de 10-1-00 (Pn. Giménez García), en relación a un individuo condenado como autor de un delito contra la salud pública por hechos cometidos entre 1989 y 1990, y que además organizó una red de blanqueo en 1992, señala que sólo una completa identidad entre la autoría del delito principal –la venta de droga- con el de blanqueo procedente de la venta de la misma impediría una penalización autónoma de ambas infracciones.

Siguiendo idéntica dirección la STS de 28-7-01 (Pn. Sánchez Melgar), estimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 3-12-99 antes mencionada, considera inadmisibles la aplicación a ese caso de la tesis del autoencubrimiento porque la actividad de blanqueo se produce en fechas anteriores a la comisión del delito contra la salud pública por el cual ha resultado condenado, y esgrime dos razones de peso: por un lado, que los hechos por los que se le condena no han supuesto para él ningún beneficio puesto que la incautación se ha producido antes de proceder a su distribución, y por otro lado, tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal comprende tanto la realización de actos de ocultación o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias como de terceras personas que hayan participado en la infracción para eludir las consecuencias legales de sus actos.

- c) También la STS de 18-9-01 (Pn. Delgado García), resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la antes citada sentencia de la Audiencia Nacional de 12-7-00, sostiene la compatibilidad de ambas infracciones penales, en particular en aquellos casos en los que las operaciones de blanqueo se producen con anterioridad al hecho del tráfico ilícito de drogas, para añadir que la incompatibilidad sólo puede plantearse cuando el autor del delito de tráfico ilícito de drogas es acusado, además, por otro delito de blanqueo de dinero referido a los beneficios obtenidos en aquella otra infracción anterior, no cuando el origen del capital blanqueado se encuentra en otros hechos de tráfico de drogas diferentes de aquél por el que se condenó.

Y en el mismo sentido, la STS de 28-11-01 (Pn. Martín Pallín), confirmando la condena por un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico dictada por la Audiencia Nacional, en sentencia de 26-6-00, añade que es perfectamente posible la existencia de una organización que, en su estructura, comprenda tanto las actuaciones dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes, como el blanqueo de dinero, y si se acredita la actuación de una persona en ambas actividades nos encontraríamos ante un concurso real de delitos, de manera que no es necesario que la actividad de blanqueo aparezca desconectada del delito contra la salud pública ya que en la realidad las actividades serán confluyentes y preordenadas.

- d) Las SSTS de 14-4-03 y 29-11-03 (Pn. Soriano Soriano) invocan el art. 6.2.b) del Convenio de Estrasburgo para concluir que si existe condena por un delito de tráfico ilícito de drogas y completa identidad entre el objeto económico del mismo y el blanqueo producido, no debe sancionarse por dos veces al autor del tráfico, y que consecuentemente no es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito para quien a su vez ha sido castigado como autor del mismo. Y otras SSTS posteriores (21-12-2005, 25-1-2008 y 6-7-2009) insisten en que son actividades criminales autónomas y afectan a bienes jurídicos diferenciados.

La cuestión ha sido sometida a Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que en fecha 18-7-2006 ha adoptado como regla general el siguiente pronunciamiento: **“el art. 301 no excluye el concurso real con el delito antecedente”**.

- e) Esta línea jurisprudencial del concurso real de delitos, salvo una discutible excepción a la que haremos referencia en el apartado siguiente, se ha confirmado en varias sentencias del Tribunal Supremo. Las SSTS. de 16-3-04 (Pn. Giménez García), 15-11-04 (Pn. Delgado), 24-2-05 (Pn. Puerta), 27-4-05 (Pn. Giménez García), 21-12-2005, 25-1-2008 (Pn. Maza Martín) y 6-7-2009 (Pn. Giménez García). En todos estos casos se aprecia la compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por la infracción criminal que, aun no constituyendo la fuente directa de los bienes objeto de la acción de blanqueo, ha sido determinante como prueba indiciaria para considerar probado el origen ilícito de tales bienes.
- f) Únicamente la STS de 30-9-05 (Pn. Andrés Ibáñez) sostiene una tesis mucho más apegada a la clásica interpretación del delito de blanqueo como una figura accesoria y regida por idénticos principios que la receptación tradicional. Así señala que el art. 301 “contempla dos órdenes de acciones: uno, el de las constitutivas de un tipo de delito mediante el que alguien obtiene ilegítimamente determinados bienes; y otro, el de las propias de quien, guardando con las primeras y su producto una relación de conocimiento, actúa sobre él con objeto de favorecer su puesta en valor o su aprovechamiento. Por tanto y consecuentemente, a esos dos órdenes de acciones corresponden dos órdenes de sujetos: el o los responsables del delito básico y el o los autores de los actos de receptación o afines, entre los que se encuentran los descritos en el art. 301.1 C.Penal”. “De lo expuesto se sigue que para que alguien pueda acceder a la condición de posible autor del delito del art. 301.1 C.Penal en relación con ciertos bienes, debará darse la circunstancia de que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en la situación de ilegales, opere con ellos de cierta manera a conciencia de ese status de ilegalidad”. Para concluir que “una inteligencia de ese precepto como la acogida en la sentencia llevaría al absurdo legal de que cualquiera que, de manera estable y durante un tiempo, hubiera realizado una actividad criminal y obtenido bienes de ella, sorprendido en la ejecución de alguno de tales actos, pudiera ser condenado en aplicación del art. 301.1 C.Penal por el hecho de gestionar en propio beneficio, cambiando o vendiendo, por ejemplo, el producto de otros no enjuiciados”.

La reforma reciente resuelve definitivamente el problema al indicar expresamente en el art. 301.1 que la actividad delictiva antecedente de la que traen origen los bienes puede haber sido cometida por el propio blanqueador o por otra persona distinta. Y la ley 10/2010, en su art. 1.2 añade que “existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes”.

Es también de aplicación al delito de blanqueo lo dispuesto en el art. 300 del Código, pues el citado precepto extiende su ámbito de aplicación a todos los tipos penales recogidos en el capítulo. Así pues, la declaración de irresponsabilidad y la concurrencia de causas de exención de la pena respecto a autores y cómplices del hecho del que provengan los efectos no condiciona en absoluto la exigencia de responsabilidades por la participación en las conductas de receptación y blanqueo.

Tampoco puede aceptarse que para el cómputo de la prescripción se establezca como “dies a quo” el de la comisión del delito antecedente. Para llegar a esta conclusión, la STS de 10-2-03 (Pn. Ramos Gancedo) se fundamenta en la autonomía del delito de blanqueo respecto a los delitos de los que proceden las ganancias blanqueadas, hasta el punto de no ser necesaria la plena identificación de los hechos delictivos generadores de tales ganancias –como ya sostuvo la STS de 10-1-00- cuya probanza puede obtenerse de datos indiciarios que permitan afirmar la existencia de una actividad criminal antecedente, por lo que la actividad de ocultar el producto ilícito mediante alguna de las acciones típicas del art. 301 adquiere sustantividad penal propia e independiente del delito del que proceden los bienes blanqueados.

La STS de 25-2-2004 llega a la conclusión de que el delito de blanqueo casi nunca es un delito instantáneo, sino de carácter más o menos permanente, pues en la práctica se caracteriza habitualmente como una actividad delictiva continuada de manera que la ejecución de actos individualizados penalmente tipificados sobre un mismo dinero o bienes interrumpen claramente los plazos de prescripción. La resolución analiza un supuesto realmente singular: cuando se llevan a cabo las primeras operaciones de blanqueo respecto a un determinado bien no existía una norma penal que tipificase tales comportamientos, que se habían producido antes de la entrada en vigor del art. 546 bis f) que introdujo la ley orgánica 1/88 de 24 de Marzo. En la fundamentación jurídica se establecen las siguientes conclusiones:

- a) Este delito prácticamente nunca podrá manifestarse o exteriorizarse a través de un acto único, que alcance sus objetivos con una sola maniobra financiera o comercial; normalmente nos enfrentaremos a un complejo hecho delictivo, salpicado de múltiples operaciones de encubrimiento
- b) El delito no se agota hasta que, de una manera más o menos definitiva, los bienes y dinero de procedencia ilícita pasan a integrarse en el circuito financiero legal para lo que la utilización de entidades bancarias resulta, en la mayoría de los casos, un instrumento indispensable; por ello, la vigencia de la norma penal habrá que proyectarla sobre todo el conjunto de operaciones en las que los recurrentes participan, siendo irrelevante que el diseño de las mismas comenzara antes de la entrada en vigor de la ley penal

## **II.7. Consumación.**

En cuanto a la consumación, al igual que en la receptación propia, habrá que considerar que éste es un delito de resultado y no de mera actividad, por lo que admite formas imperfectas de ejecución, y que como en todos los delitos de enriquecimiento la consumación se produce con la mera disponibilidad o posibilidad de disposición de los objetos o bienes (SSTS de 13-3-90, 22-6-90, 16-10-91 y 27-1-92 entre otras). En consecuencia, dado que la obtención real y efectiva de un beneficio por el culpable pertenece ya a la fase de agotamiento del delito (SSTS de 20-1-84, 25-4-

85, 19-12-86, 30-5-87, 9-3-88 y 26-6-89 entre otras muchas), es independiente de la consumación el que se haya o no producido el definitivo aprovechamiento de los efectos de la infracción penal (STS. de 21-9-94).

## II.8. Situaciones concursales.

Al objeto de delimitar el ámbito de aplicación de este tipo penal hay que comenzar por resolver el problema concursal con el delito de receptación propia, y ello mediante la aplicación de la regla de la especialidad prevista en el art. 8.1 del Código. Si la STS de 19-02-02 ya apuntaba en esa dirección considerando más específico el delito de blanqueo que el de receptación, la STS de 19-12-03 (Pn. Sánchez Melgar) definitivamente afirma que el delito de blanqueo de capitales constituye un delito especial respecto al general de la receptación, de manera que por las reglas de la especialidad y de la alternatividad, los hechos deben ser sancionados conforme al art. 301 del Código Penal. Según la citada sentencia los elementos que diferencian ambas conductas delictivas son los siguientes:

- “a) el delito previo en el blanqueo de capitales debe ser cualquier delito grave (cualquier delito tras la reforma de la ley orgánica 15/2003), mientras que en la receptación se exige una mayor concreción, ya que ha de tratarse siempre de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico;
- b) no existe unanimidad sobre si el autor del delito previo puede ser autor o cómplice del delito de blanqueo de capitales (la STS de 28-7-01 declaró esta posibilidad), mientras que está expresamente excluido en el caso del delito de receptación;
- c) el delito de receptación exige siempre ánimo de lucro, lo que no es preciso en el blanqueo de capitales;
- d) en la receptación del art. 298 CP no está prevista la receptación sustitutiva, mientras que sí resulta posible en el blanqueo, mediante la sucesión en las transformaciones del bien de que se trate;
- e) la conducta típica de la receptación abarca la simple recepción de los bienes, mientras que en el blanqueo las modalidades son más amplias: adquisición, conversión y transformación; y
- f) la conducta típica de la receptación castiga al que, con ánimo de lucro y 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, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, agravándose la penalidad cuando se trafique con ellos, mientras que en el blanqueo de capitales la conducta consiste en adquirir, convertir o transmitir bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito grave o realizar 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.”

Las mismas reglas de la especialidad y de la alternatividad (art. 8.1ª y 4ª CP) deben servir también para resolver el concurso con el delito de encubrimiento del art. 451 CP.

Pero sin duda la cuestión más interesante que se ha suscitado en los últimos tiempos no es otra que la tributación de las rentas o rendimientos ilícitamente obtenidos o, dicho de otro modo, la compatibilidad de los delitos de naturaleza patrimonial y económica generadores de beneficios ilícitos con los delitos contra la Hacienda Pública y de la imposición de sanciones por ambas infracciones. Las SSTs de 7-12-96 -caso Nécora- y 21-12-99 -caso Roldán- (Pns. Delgado García

y Conde-Pumpido Touron respectivamente) han apreciado la compatibilidad de ambos tipos de infracciones, en el primer caso con el blanqueo de dinero, y en el segundo caso con los delitos de malversación, cohecho y estafa, argumentando en síntesis que el principio de igualdad en materia tributaria prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete, y que sostener la no tributación con carácter general de los beneficios de ilícita procedencia equivaldría a crear una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en las sucesivas inversiones, reinversiones y nuevos beneficios que aquellos pudieran generar (razonamiento sustentado por la sentencia de 27-9-94 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-Sección 3ª en el caso “Nécora”).

La STS de 28-3-01 (caso “Urralburu”), Pn. Conde-Pumpido Touron, ha precisado con más nitidez la anterior doctrina, estableciendo que la aplicación del concurso de normas, que permite la absorción del delito fiscal por el delito que es fuente directa de los ingresos, requiere la concurrencia de tres requisitos:

- 1) que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior;
- 2) que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena; y
- 3) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

La STS de 15-9-2005 (Pn. Sánchez Melgar) reitera esa doctrina con dos importantes conclusiones:

- 1ª) No cabe el concurso de normas del art. 8 CP cuando los ingresos no declarados tengan un origen delictivo de manera indirecta porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias; y
- 2ª) Sólo si el delito del que proceden los ingresos es objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, debiendo en otro caso ser sancionados de manera autónoma (concurso real de delitos)

Particularmente interesante resulta la sentencia de 31-1-2003 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª), en el caso “Charlines” al haber apreciado nuevamente la compatibilidad punitiva del delito de blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico y del delito fiscal consistente en la no tributación por tales beneficios obtenidos argumentando que “no nos encontramos ante un mismo hecho que se sanciona desde dos o tres perspectivas diferentes sino ante hechos distintos: uno, generador o fuente del ingreso, consistente en traficar con drogas (delito contra la salud pública) que no se juzga en este proceso; otro, consistente en ocultar ese dinero, transformarlo y reintroducirlo en el mundo económico financiero legal (blanqueo); y un tercero, consistente en ocultar a la Hacienda Pública los cuantiosos incrementos patrimoniales obtenidos a partir de inversiones realizadas, en todo o en parte, con dinero de ilícita procedencia o de la reinversión de ganancias ilícitas. Dicho de otro modo, los acusados realizan un conjunto de negocios jurídicos (compras de lotería premiada, pagarés y propiedades, ventas, constituciones de sociedades, ampliaciones de capital, etc.) con la finalidad de regularizar, reconvertir o legalizar bienes o dinero de procedencia ilícita. Esta actividad de gran complejidad incluye operaciones tendentes a la entrada en el sistema financiero del dinero ilícito (fase generalmente denominada de colocación), otras posteriores cuyo fin es borrar el rastro inicial (diversificación) y una final de integración del dinero ilícito en el patrimonio del sujeto activo mediante el retorno de los fondos en forma, generalmente, de activos financieros y bienes. Los delitos contra la hacienda pública son independientes de toda esa actividad desplegada para regularizar el dinero ilícito. Es más,

el incumplimiento de las obligaciones fiscales es posterior e independiente a la obtención de los fondos ilícitos y se produce precisamente cuando estos retornan al patrimonio de los sujetos activos como si de dinero legal se tratara”.

## **II.9. El delito fiscal como delito antecedente del lavado de activos.**

La polémica jurídica alcanza una especial intensidad a la hora de determinar si el delito fiscal puede ser delito antecedente en relación con el delito de blanqueo de dinero. La respuesta tiene que ser afirmativa pues el art. 1.2 de la ley 10/2010 de 28 de Abril sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo incluye entre los bienes procedentes de una actividad delictiva la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

La STS de 5-12-2012 (dictada en el caso Ballena Blanca) analiza detenidamente esta cuestión y así lo estima al señalar que “existe en la actualidad una polémica en el ámbito doctrinal trasladada al ámbito jurisdiccional acerca de la posibilidad de que las **cuotas defraudadas a la Hacienda Pública puedan ser objeto material de un posterior delito de blanqueo de capitales.**

Sintéticamente existen dos posturas enfrentadas en esta cuestión:

- A) La posición que niega tal posibilidad afirmando que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo, principalmente porque no origina los fondos que son objeto del delito. El defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran la cuota ya se encuentran en su patrimonio. El delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador.<sup>5</sup>
- B) La que considera que el delito de defraudación fiscal puede ser antecedente del delito de blanqueo pues no se advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos en su relación con el blanqueo, y partiendo de que los bienes procedentes de delito fiscal pueden considerarse de origen delictivo constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo la normal entre delito previo y delito de blanqueo.<sup>6</sup>
- C) La cuestión en el Derecho Comparado  
Un análisis de la situación jurídica en otros países permite constatar que algunos tribunales ya se han pronunciado a favor de admitir que el fraude fiscal constituya delito previo del blanqueo.
  - a) Francia.- El delito fiscal constituye delito previo del blanqueo de capitales. El CP. art. 324.1 no se pronuncia expresamente sobre la cuestión aquí analizada, sino que admite como delito previo cualquier crimen o delito. Ha sido Sala de lo Penal del Tribunal Supremo francés (Cour de cassation), mediante sentencia de 20 de febrero de 2008, la que se ha pronunciado al respecto, admitiendo el autoblanqueo y que el delito fiscal sea delito previo del blanqueo de capitales.
  - b) Bélgica.- El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de octubre de 2003, confirmó la opinión de que el impago de impuestos genera una ventaja patrimonial de carácter delictivo idónea para constituir objeto material del delito de blanqueo de capitales castigado en el artículo 505 CP. que penaliza el blanqueo, y admite que el delito fiscal es delito previo del blanqueo de capitales. Pero introduce la prohibición legal (inmunidad) de proceder penalmente cuando se trate del blanqueo de bienes obtenidos del fraude fiscal ordinario.
  - c) Alemania.-Se castiga el blanqueo de capitales procedentes de un delito fiscal,

pero con unas características especiales. Se excluye al autor del delito previo del círculo de posibles sujetos activos del delito de blanqueo, y en el apartado 3 del nº 1 del parágrafo 261 StGB hace expresa referencia a la sanción del blanqueo de capitales procedentes de delitos fiscales, disponiendo que constituyen delito previo del blanqueo de capitales las infracciones previstas en los párrafos 373 (contrabando realizado de forma profesional) y, cuando el autor actúe de forma profesional, 374 (receptación fiscal de mercancías) del Código tributario, también en ambos casos en relación con el parágrafo 12, apartado 1, de la Ley sobre la puesta en práctica de las organizaciones comunes de mercado. La norma penal alemana concreta más la cuestión, y advierte en el último párrafo del nº 1 del parágrafo 261 StGB que, el primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada (en banda), según el parágrafo 370 del Código tributario, respecto a los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos.

Por tanto, los bienes procedentes de un delito fiscal son idóneos para el blanqueo de capitales. El fundamento, de acuerdo con el legislador alemán, reside en la apreciación de que, normalmente las ganancias de las actividades criminales organizadas no tributan. De esta manera, el fraude fiscal aumenta el poder financiero de la delincuencia organizada y, por lo tanto, incrementa extraordinariamente su peligro. El legislador pretende así asegurarse de que resultan abarcados los bienes que, si bien no derivan ni proceden del propio delito fiscal, sin embargo se encuentran en una clara vinculación con el delito previo

- d) Italia.- La doctrina se encuentra dividida, pero la Sección 6ª de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, sentencia 4563/2009 de 26.11, se ha pronunciado en el sentido de que el delito de blanqueo previsto en el art. 648 bis CP. no contiene un listado de los delitos, sino que todos los delitos dolosos constituyen infracción previa del blanqueo. Por ello, delito previo del blanqueo pueden serlo no solo delitos funcionalmente orientados a la creación de capitales ilícitos (como la corrupción, los delitos societarios o quiebras), sino también delitos que según la versión más rigurosa y tradicionalmente acogida del fenómeno, le eran extraños, como por ejemplo los delitos fiscales.
- e) Portugal.- El delito de blanqueamiento se encuentra en el art. 368.1 CP, introducido por Ley 11/2004 de 27.3, y entre los delitos previos a los que alude (siguiendo el sistema de listado) está el fraude fiscal.

## **II.9. El principio de universalidad.**

Los actos delictivos de blanqueo serán objeto de sanción tanto si son cometidos, total o parcialmente, en el extranjero con independencia del lugar de comisión del delito del que provinieran los bienes, y además serán perseguibles y punibles tales conductas por los Tribunales españoles sea español o extranjero el sujeto activo del delito.

A través de una norma penal sustantiva se han ampliado los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal previstos en el art. 23.2, 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al indicarse en el apartado 4 del art. 301 que el hecho será objeto de sanción tanto si es cometido, total o parcialmente, en el extranjero, como cuando el delito del que provengan los bienes se cometa igualmente en el extranjero (arts. 4 de la Convención de Viena de 20-12-1988, 1 de la Directiva

Comunitaria 91/307/CEE de 10 de Junio de 1991, y 1.2 de la Ley 19/93 de 28-12). El sometimiento de estos delitos al principio de justicia universal, y por lo tanto al régimen procesal previsto por el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, está justificado si tenemos en cuenta el carácter transnacional de esta delincuencia, la existencia de zonas o espacios en los que gozan de la más absoluta impunidad (paraísos fiscales), y el hecho comprobado de que el blanqueo no es sino una parte de la actividad delictiva global de estas organizaciones criminales cuya persecución y castigo es vital para limitar su crecimiento y potenciación.

### **III. La comisión culposa del delito de lavado de activos. La normativa de prevención y su incidencia en la determinación de la responsabilidad imprudente.**

La introducción de un tipo imprudente fue una novedad tanto en el plano de la punición del tráfico de drogas como en el de la incriminación específica de la imprudencia. El párrafo 3º del art. 344 bis h) del anterior Código (introducido por ley orgánica 8/92 de 23 de Diciembre) la describía con los términos “negligencia o ignorancia inexcusables”. Por el contrario, el Código Penal en su art. 301.3 asume la descripción típica del Proyecto de 1992 al utilizar la expresión “imprudencia grave”.

Algunos autores, muy críticos con la versión culposa de este delito, han considerado que se ha ido demasiado lejos al sancionar estos comportamientos, pues ni siquiera la Convención de Viena de 1988 contempla la posibilidad de incriminar estas conductas en forma culposa. No así el Convenio Europeo sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso del producto del delito abierto a la firma en Estrasburgo el 8-11-90, que en su art. 6.3 faculta, aunque no obliga, a las Partes para tipificar como delitos las acciones de blanqueo en los casos en que el delincuente debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito. Sin embargo, nuestro país no es el único que ha optado por sancionar penalmente el blanqueo por negligencia: así, Alemania en el parágrafo 261 de su Código penal (en vigor desde el 22-9-1992) admite el blanqueo cometido mediante imprudencia grave; y Luxemburgo en el art. 8 de la Ley de 7-7-1989 contempla la comisión imprudente de este delito al sancionar a quien por incumplimiento de sus obligaciones profesionales participe en cualquier operación de emplazamiento, encubrimiento o conversión del producto del tráfico ilícito de estupefacientes. Lo cierto es que el Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada aprobado en Junio de 1997 por el Consejo Europeo de Amsterdam contempla como una de las recomendaciones dirigidas a los Estados miembros de la Unión la penalización del blanqueo cometido por negligencia (recomendación nº 26).

Esta figura culposa se diseñó en origen para que los sujetos obligados respondieran penalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones y normas de actuación que deben adoptar al objeto de prevenir la utilización del sistema financiero como habitual instrumento para el blanqueo de fondos de origen criminal, siempre que ese incumplimiento o falta de diligencia haya facilitado la ocultación, conversión, transferencia o utilización de bienes procedentes de actividades de narcotráfico y relacionadas con la delincuencia organizada. Pero el tipo penal no limita el campo de los sujetos activos a quienes ostenten responsabilidades o desempeñen funciones en una entidad financiera, de manera que sujeto activo de la infracción culposa puede ser cualquier persona, a diferencia de lo que sucede con la financiación del terrorismo del art. 576 bis cometida por imprudencia grave, en el que únicamente puede ser sujeto activo quien esté obligado legalmente a colaborar con la autoridad en la prevención de la financiación del terrorismo (precepto introducido por la ley orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal).<sup>7</sup>

Así, la sentencia de 1-6-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª), en el sumario 17/94 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, condenó a varios individuos como autores de un delito de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico cometido por imprudencia grave por haber intervenido en algunas operaciones consistentes en la recepción de elevadas cantidades de dinero en pesetas, su ingreso en cuentas de las que eran titulares en entidades bancarias, la

obtención a cambio de cheques bancarios en dólares a nombre de personas desconocidas, la alegación de actividades de importación de bienes no ejecutadas y finalmente la entrega de los cheques a las personas de quienes recibían el dinero en efectivo.

También la sentencia de 8-4-02 dictada por la misma Sala (Sección 2ª) en el procedimiento abreviado 53/96 del Juzgado Central de Instrucción nº 3 ha apreciado responsabilidad penal por imprudencia a particulares no pertenecientes al grupo de sujetos legalmente obligados que ejecutaron cambios de divisas en entidades bancarias atendiendo a idénticos argumentos jurídicos, resolución ésta que ha sido confirmada en casación por la STS de 23-12-03 (Pn. Martínez Arrieta). La cuestión, no obstante, dista mucho de ser pacífica: mientras que la STS de 14-9-2005 (Pn. Monterde Ferrer) confirma la tesis de que la infracción culposa de blanqueo de capitales no está limitada en cuanto a los sujetos activos, y la STS de 1-2-2007 (Pn. Bacigalupo) condena por comisión culposa a un particular que intervino como testaferro en una adquisición de bienes, otras como la STS de 17-6-2005 (Pn. Martín Pallín) argumentan que al construirse el delito imprudente sobre el incumplimiento de obligaciones legalmente establecidas únicamente quienes sean sujetos obligados –y no cualquier persona– podrán cometer tal delito, apuntando en esta misma línea la STS de 25-4-2007 (Pn. Colmenero).

De la lectura de los debates parlamentarios relativos a las modificaciones que introdujo la Ley Orgánica 8/92 de 23 de Diciembre –antecedente inmediato del precepto vigente–, se desprende que el legislador ha construido esta conducta culposa pensando fundamentalmente en los miembros de las entidades financieras. Sin embargo, el art. 2 de la Ley 19/93 y de su Reglamento de 9-6-95 extiende el ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo no solo las instituciones financieras tradicionales, sino también las personas físicas o jurídicas dedicadas a la actividad de cambio de moneda, y aquellas otras que ejerzan actividades profesionales o empresariales en las que sea habitual la utilización de billetes o títulos al portador tales como casinos de juego, inmobiliarias, comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades, e inversión filatélica y numismática (art. 2.2 del Reglamento). Entre los profesionales que estaban obligados a informar se encontraban los Notarios, y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (arts. 16.1 de la ley y 27 del reglamento) respecto a los contratos y actos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales, habiéndose dictado para los mismos la Instrucción de 10-12-99 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales (B.O.E. de 29-12-99).

La ley 19/2003 de 4 de Julio ha incorporado como sujetos obligados –siguiendo los dictados de la 2ª Directiva 2001/97/CE de 4 de Diciembre– a contables externos, auditores, asesores fiscales, notarios y profesionales independientes del derecho, indicando específicamente el art. 2.1.ñ) de la ley 10/2010 que los abogados, procuradores u otros profesionales independientes quedarán igualmente sujetos a las obligaciones establecidas por la legislación de prevención cuando:

1º. Participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones 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 corrientes, cuentas de ahorro o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento y la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos (trusts), sociedades o estructuras análogas, o

2º. Actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

Ahora bien, esta obligación de colaboración con las Autoridades tiene dos importantes limitaciones:

- el deber de secreto profesional que están obligados a guardar los abogados y procuradores conforme a la legislación vigente (reconocido por estatuto constitucional y legal), y

- los abogados no están sujetos a las obligaciones establecidas en los arts. 7.3, 18 y 21 de la ley 10/2010 con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

El marco jurídico básico en esta materia está constituido actualmente por la ley 10/2010 de 28 de Abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la cual ha derogado la vieja ley 19/93 de 28 de Diciembre. También ha modificado la ley 19/2003 de 4 de Julio y la ley 12/03 de 21 de Mayo de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo. Sin embargo, se mantiene la vigencia de las normas reglamentarias (Reales Decretos 925/1995 de 9 de Junio y 54/2005 de 21 de Enero) en lo que no sea incompatible con la nueva ley hasta que se produzca su desarrollo reglamentario específico.

El sistema de prevención del blanqueo de capitales –sobre el que se asienta la construcción imprudente del delito de blanqueo- se articula sobre dos soportes básicos:

- 1.- La existencia de unos órganos de la Administración -la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales y el Servicio Ejecutivo (SEPBLAC)- encargados, en particular éste último como órgano operativo, del control y del examen de las informaciones procedentes de los sujetos obligados antes citados sobre supuestas operaciones de blanqueo de capitales, como paso previo a su transmisión a las autoridades policiales y/o judiciales.
- 2.- El establecimiento de un cuadro de obligaciones (identificación de los clientes, examen de operaciones sospechosas, conservación de documentos, comunicación de las operaciones que pueden ser constitutivas de blanqueo de capitales, envío de la información que les sea requerida, reserva frente a clientes y terceros, abstención en la ejecución de las operaciones, programas de control interno y formación de los empleados, y la más recientemente incorporada de declaración sobre el origen, destino y tenencia de fondos), cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad de dos ámbitos:
  - a) en el orden administrativo con la consiguiente imposición de sanciones que pueden llegar en casos muy graves a la revocación de la autorización administrativa que la entidad en cuestión necesita para operar.
  - b) en el orden penal cuando, bien por imprudencia grave, bien por haber intervenido de manera intencionada, se haya facilitado la operación del blanqueo.La ley 10/2010 de 28 de Abril estructura los deberes legales que se imponen a los sujetos obligados en cuatro capítulos:

- el capítulo II bajo el título “De la diligencia debida”, que incluye unas medidas normales de diligencia debida en orden a la identificación de los clientes y de sus relaciones de negocio, unas medidas simplificadas de diligencia debida para determinados clientes, productos y operaciones, y unas medidas reforzadas de diligencia debida (para relaciones de negocio y operaciones no presenciales, corresponsalía bancaria transfronteriza y personas con responsabilidad pública);
- el capítulo III regula las obligaciones de información (examen especial de determinadas operaciones, comunicación de operaciones indiciariamente sospechosas, abstención de ejecutar operaciones en algunos casos, comunicación sistemática de algunas operaciones,

colaboración con la Comisión de Prevención y sus órganos de apoyo, prohibición de revelación a clientes y terceros, conservación de documentos);

- el capítulo IV describe las medidas de control interno, incluyendo formación de empleados, protección de empleados y directivos, etc.; y el capítulo V relativo a los medios de pago recoge la obligación de declarar determinados movimientos de medios de pago.

Si bien la Ley configura, en principio, un sistema en el que la comunicación de las operaciones queda sujeta a la valoración del carácter sospechoso de las mismas por parte de los sujetos obligados, circunstancia ésta que en la práctica ha determinado que la cantidad y calidad de las informaciones transmitidas a las Autoridades hayan sido manifiestamente insuficientes, el Reglamento ha optado por un sistema mixto en el que, siguiendo las directrices de la recomendación número 24 del G.A.F.I., se establece la comunicación automática –con exclusión de los clientes habituales de los que se conozca la licitud de sus actividades– de tres tipos de operaciones(art. 7.2 del Reglamento):

- las que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera, salvo que se produzcan en la cuenta de un cliente; no obstante, cuando los sujetos obligados ejerzan actividades de cambio de moneda o de gestión de transferencias deberán comunicarlas cuando su importe sea superior a 3.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.
- las operaciones con o de personas físicas o jurídicas que sean residentes, o actúen por cuenta de éstas, en territorios o países designados a estos efectos mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda (paraísos fiscales), así como las operaciones que impliquen transferencias de fondos a o desde dichos territorios o países, cualquiera que sea la residencia de las personas intervinientes cuando el importe sea superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.
- cualesquiera otras que, a propuesta de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales, se recojan en las disposiciones de aplicación del presente Reglamento.

No obstante, esta obligación de comunicación no será de aplicación cuando por tratarse de operaciones relativas a clientes habituales y respecto de los que los sujetos obligados conozcan suficientemente la licitud de sus actividades pueda descartarse su relación con el blanqueo de capitales (art.7.3 del Reglamento).

Para satisfacer las exigencias del tipo no bastará el simple descuido o negligencia leve. Algunos autores, han entendido que la imprudencia grave equivale al estado supremo de omisión de la diligencia debida, y que no todas las obligaciones previstas por el articulado de la Ley 10/2010 tienen la misma entidad a estos efectos, por lo que la responsabilidad penal bien pudiera derivarse del incumplimiento cumulativo de tales obligaciones.

En esta línea, conviene precisar, que no todo incumplimiento de los deberes y obligaciones legalmente establecidos es capaz de generar responsabilidad penal. Así ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de conservación de documentos (art. 25), de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación, y de adoptar las medidas oportunas para la adecuada formación de los empleados de la entidad en esta materia (arts. 26 a 33), cuya depuración solo será posible en el procedimiento administrativo sancionador previsto a tal efecto, ya que su falta de cumplimiento es intrascendente para integrar esa elemental ausencia de previsión determinante de la ejecución de un acto concreto de blanqueo de capitales. Son, en definitiva, obligaciones con un contenido netamente administrativo y carentes de relevancia en el campo penal.

Por el contrario, el incumplimiento de los deberes que conforman el concepto de la “debida diligencia” (arts. 3 a 14), el examen especial de las operaciones sospechosas (art.17), la comunicación de las operaciones al Servicio Ejecutivo (arts. 18 y 20), abstenerse de ejecutar las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación (art. 19), la confidencialidad de la operación (art. 24), o la obligación de declarar el origen, tenencia y destino de fondos por importe superior a la cantidad legalmente establecida (art.34) sí puede resultar determinante, bien individualmente bien cumulativamente, para la construcción de la figura imprudente.

Ahora bien, como excepción a tenor del art. 22 de la ley los abogados no están sujetos a las obligaciones establecidas en los arts. 7.3 (no entablar relaciones de negocio ni ejecutar operaciones), 18 (comunicar operaciones indiciariamente sospechosas) y 21 (envío de información a las Autoridades) con respecto a la información que reciban de un cliente u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender al mismo en procedimientos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos.

Incluso prescindiendo de los clásicos supuestos en que el empleado de una entidad financiera actúa en connivencia con los delincuentes (el ejemplo paradigmático de esta vinculación lo encontramos en el caso del BCCI -Banco de Crédito y Comercio Internacional-, entidad que fue sometida a una exhaustiva investigación llegándose a determinar la implicación de sus más altos directivos en el blanqueo de grandes sumas de dinero procedentes del narcotráfico), y en los que la responsabilidad siempre es exigible a título doloso, puede ocurrir también que el incumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por la Ley 10/2010 (antes ley 19/93) genere responsabilidades a título de dolo eventual. Me estoy refiriendo a aquellas obligaciones cuyo incumplimiento constituye “per se” una infracción administrativa muy grave (art. 51.1.a), b) y c) de la ley).

Si alguno de los sujetos obligados enunciados en el art. 2 de la Ley posee indicios u obtiene la certeza de que una operación concreta está relacionada con el blanqueo de capitales y:

- a) no comunica al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias la citada operación o
- b) revela al cliente o a terceros que se ha transmitido al Servicio Ejecutivo información sobre la citada operación, o que se está examinando su vinculación con el blanqueo de capitales, de manera que tales circunstancias propicien que el cliente o destinatario de la operación o transacción resulten beneficiados, parece evidente que la responsabilidad exigible al sujeto activo de tal comportamiento no lo será en razón de la falta de previsión que se le pueda imputar como definitiva de la culpa, sino que deberá serlo a título de dolo eventual.

Como contrapartida a todo lo dicho, el cumplimiento de las obligaciones de comunicación establecidas legal y reglamentariamente no genera ninguna clase de responsabilidad para los sujetos obligados, directivos o empleados. Con gran rotundidad, los arts. 22 de la ley y 15 del reglamento eximen de cualquier responsabilidad siempre que las comunicaciones se hayan producido de buena fe declarando expresamente que “no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa”.

Algunas legislaciones, por razones de eficacia, y sopesando las enormes dificultades probatorias que la infracción por negligencia conlleva, al tener que demostrar en todo caso que los valores patrimoniales proceden de un delito, han optado por una solución parcialmente distinta que consiste en la configuración de un delito de peligro abstracto de mera actividad: sancionar como

delito la omisión de control o el incumplimiento de las obligaciones exigidas por el ordenamiento jurídico a los operadores financieros con independencia de su resultado o de sus consecuencias.

Así, el art. 305-ter del Código Penal suizo castiga ***“al que, en el ejercicio de su profesión acepte, reciba en depósito o ayude a situar o transferir valores patrimoniales pertenecientes a un tercero sin haber verificado, conforme a la diligencia requerida por las circunstancias, la identidad de su auténtico derechohabiente”***.

En idéntica línea la legislación de los Estados Unidos de América sanciona el hecho de que las personas que realizan actividades financieras no cumplan las obligaciones de identificación de clientes y declaración a las Autoridades de las operaciones y transacciones financieras que reúnan unas condiciones previamente establecidas (ej. las de cifra superior a 10.000 dólares). El objetivo de esta reglamentación es detectar situaciones sospechosas o anómalas, mediante el análisis y contraste de todos los datos e informaciones que se posean, para su posterior investigación, e impedir que el dinero procedente de actividades delictivas pueda burlar el seguimiento y control de las Autoridades competentes, con lo que se trata de tutelar el interés de la Administración de Justicia en la investigación, persecución y castigo de estos delitos.

En síntesis, se trata de una figura delictiva que adelanta las barreras de protección penal al prescindir de un elemento normativo consustancial a cualquier modalidad de blanqueo o receptación, cual es la demostración del origen ilícito de los fondos o bienes.

## **II. ASPECTOS PROBATORIOS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. LA VALORACION DE LA PRUEBA: ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA INDICIARIA**

### **II.1. Algunas reflexiones previas sobre el significado y utilización del término “indicios” en el proceso penal.**

Desde la perspectiva de la legislación procesal española, el vocablo “indicios” es polisémico, es decir, posee significados parcialmente diferentes en función del distinto momento procesal en el que se utilizan; igualmente debe señalarse que, al contrario que en otros ordenamientos jurídicos, la diferenciación entre “prueba plena” y “prueba semiplena” ha desaparecido, y que la incorporación al proceso penal del principio de libre valoración de la prueba (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y la consecuente exclusión de cualesquiera reglas de prueba tasada, han permitido que tanto la prueba directa como la prueba indirecta o indiciaria sean en igual medida válidas y eficaces para la formación de la convicción judicial.

En un primer estadio, la ley procesal requiere la presencia de indicios de criminalidad para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos ex art. 18 CE (inviolabilidad del domicilio-arts. 546 y 550 LECr.- y secreto de las comunicaciones-art. 579 LECr.). Como quiera que estas medidas se acuerdan generalmente en la fase de investigación, antes de cualquier imputación judicial formal, el nivel de exigencia respecto a la intensidad incriminatoria de los indicios (*fumus boni iuris*) es menor que en momentos posteriores. Para esta etapa procesal, caracterizada por la necesidad de investigar y esclarecer las conductas delictivas y sus posibles partícipes, los indicios equivalen, según la doctrina del Tribunal Constitucional español (SSTC. 49/99 de 5-4 y 166/99 de 27-9), a sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo que permitan razonablemente inferir que se ha cometido o se va a cometer un delito. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos los equipara a “datos fácticos”, “buenas razones” o “fuertes presunciones” (sentencias de 6-9-78 -caso Klass- y de 15-6-92 -caso Ludi). Para una conocida resolución del Tribunal Supremo español (auto de 18-6-92 dictado en el caso “Naseiro”) los indicios de criminalidad son indicaciones, señales, notas, datos externos que, apreciados de

manera razonable, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria, pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la presunta existencia de la realidad de un hecho delictivo, y la posible participación en el mismo de la persona investigada.

También se exige la concurrencia de “indicios racionales de criminalidad” para decretar el procesamiento de una persona por un hecho delictivo en el procedimiento ordinario (art. 384 LECr.) y para abrir el juicio oral en el procedimiento abreviado (art. 790.6 LECr.). Tanto el auto de procesamiento como el auto de apertura del juicio oral son resoluciones judiciales que formalmente suponen un juicio provisional de culpabilidad del individuo sujeto al proceso por su presunta participación en un hecho delictivo. En este caso, los indicios que permiten acordar el procesamiento o la apertura del juicio oral deben poseer una consistencia y una intensidad incriminatoria superior a las de aquéllos que requiere el inicio de la investigación, así como una apariencia de legitimidad en su obtención sólo contrastable por la existencia de una actividad procesal directamente practicada y controlada por la Autoridad judicial.

Por último, nos queda la “prueba de indicios”, igualmente identificada como prueba indirecta, circunstancial, conjetural o de presunciones, es aquélla que mediante la demostración de los indicios -también llamados “hechos base”- permite deducir la ejecución del hecho delictivo y/o la participación en el mismo -el “hecho consecuencia”- siempre que exista un enlace preciso y directo entre aquéllos y éste.

## **II.2. La prueba del origen criminal y del conocimiento del origen ilícito.**

La experiencia práctica obtenida como operadores jurídicos en las investigaciones sobre el blanqueo de capitales -un comportamiento criminal de nuevo cuño desde la perspectiva del derecho positivo pero suficientemente conocido ya en los inicios de la moderna delincuencia “de cuello blanco” surgida al amparo de las asociaciones criminales de corte empresarial- nos ha llevado a sostener que la efectiva aplicación de las normas penales que regulan y definen semejante actividad criminal (arts. 301 a 304 en el Código Penal de 1995) depende esencialmente de la interpretación que los Tribunales de Justicia realicen respecto a dos cuestiones extraordinariamente relevantes para la adecuada construcción del tipo penal y para el eficaz desarrollo de las tareas de investigación de este ilícito: la determinación del origen delictivo de los bienes que son objeto de la infracción y el conocimiento del origen ilícito de los mismos.

La incidencia de estos dos problemas en la aplicación judicial de las normas reguladoras de este ilícito penal es obvia. El blanqueo es una actividad criminal muy compleja, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento, y en el que la vinculación con el delito previo que le precede no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriadad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma. La autonomía del delito de blanqueo respecto al delito antecedente es esencial para que la respuesta penal frente a las estructuras económicas de la criminalidad organizada sea realmente eficaz, y la consecuencia de su configuración como delito autónomo es que no se requiere ni condena previa ni proceso previo por el delito fuente, de manera que el origen criminal debe ser demostrado como un elemento más del delito en la propia investigación penal abierta con tal motivo.

Desde el punto de vista objetivo, la constatación de este delito es una tarea relativamente sencilla puesto que la casi obligada utilización del sistema financiero legal para dar apariencia de licitud a los productos y ganancias con un origen delictivo trae como consecuencia la constancia documental de tales operaciones. Ahora bien, las dificultades probatorias aumentan a la hora de delimitar los aspectos concretos a los que antes hemos hecho referencia.

En uno y otro caso resulta de una importancia incuestionable la denominada prueba indiciaria, también llamada prueba indirecta, circunstancial o de presunciones judiciales, (arts. 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la cual es aquella que mediante la demostración de los indicios -también llamados "hechos base"- permite deducir la ejecución del hecho delictivo y/o la participación en el mismo -el "hecho consecuencia"- siempre que exista un enlace preciso y directo entre aquéllos y éste. La debida utilización de la prueba indiciaria está sujeta, según una muy consolidada doctrina jurisprudencial (de la que son un claro exponente las SSTs de 23-5-97, 10-1-2000, 18-12-2001, 9-10-2004, 19-1-2005, 23-2-2005, 29-6-2005, 14-9-2005, 20-9-2005, 4-7-2006, 1-2-2007, 30-9-2008, 26-2-2009, 22-5-2009, 12-12-2011 y 9-7-2012 entre otras), a las siguientes condiciones:

1. Los indicios deben ser plurales (muy excepcionalmente puede bastar uno sólo siempre que revista una singular potencia incriminatoria).
2. Deben estar acreditados mediante prueba directa.
3. Deben estar estrechamente relacionados entre sí.
4. Deben ser concomitantes o, dicho de otro modo, unívocamente incriminatorios.
5. Entre los indicios y el hecho necesitado de prueba debe existir un enlace preciso y directo conforme a las reglas de la lógica, de la experiencia y del criterio humano.

Ahora bien, dado que se trata de una prueba fundada en el razonamiento judicial deductivo, para evitar la quiebra del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), es necesaria no sólo la legitimidad en la obtención de los indicios sino también la idoneidad de los mismos y la razonabilidad del proceso deductivo seguido por el órgano judicial. Ambos aspectos son revisables en las diferentes instancias jurisdiccionales, no sólo en el juicio de apelación, sino también en la vía casacional, e incluso en la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo, por entender que afecta de manera esencial al principio de presunción de inocencia que proclama el art. 24 de la Constitución.

El control casacional en la prueba indiciaria se dirige a comprobar la estructura racional del proceso valorativo seguido por el Tribunal y su adecuación a las reglas de la lógica y de la experiencia, función ésta que es mucho más limitada en el caso de la prueba directa al quedar excluido de la misma todo lo concerniente a la percepción sensorial de la prueba derivada de la intermediación.

La doctrina constitucional en la materia (SSTC 105/88, 283/94, 24/97, 45/97, 68/98, 157/98, 189/98 y 220/98 entre otras) constriñe el control en vía de amparo a la constatación de la existencia de una prueba de cargo suficiente y lícitamente practicada: la licitud requiere que no se hayan quebrantado las garantías constitucionales en su obtención e incorporación al proceso; y la suficiencia exige que la inferencia realizada por el Tribunal sea razonable, pues la irrazonabilidad de la inferencia produce la vulneración de la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo. La STC 220/98 de 16 de Noviembre (Pn. Viver Pi-Sunyer) cita como supuestos de irrazonabilidad los siguientes: 1) la falta de lógica o de coherencia en la estructura del proceso valorativo del Tribunal, y 2) el carácter no concluyente de los indicios por ser excesivamente abiertos, débiles o indeterminados (lo que posibilita conclusiones alternativas razonables).

La prueba indiciaria resulta especialmente idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa en los procesos penales relativos a estas y otras actividades delictivas encuadradas en lo que se conoce como criminalidad organizada, y evitar así las parcelas de impunidad que podrían generarse en otro caso respecto a los integrantes de estas organizaciones delictivas. La idoneidad

y legitimidad del empleo de la prueba indiciaria en los procesos e investigaciones por estas infracciones criminales tiene un fuerte respaldo jurisprudencial (SSTS. de 9-10-2004, 19-1-2005, 23-2-2005, 29-6-2005, 14-9-2005 y 20-9-2005 por citar algunas).

En la práctica procesal penal será habitual que no exista prueba directa de estas circunstancias, y al faltar ésta deberá ser inferido de los datos externos y objetivos acreditados conforme al art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba de presunciones o prueba de indicios).

En la misma línea, los arts. 3.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20-12-1988, 6.2.f) de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 13-12-2000, 28 de la Convención de Mérida contra la Corrupción de 9-12-2003 y 6.2.c) del Convenio de Estrasburgo sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito de 8-11-1990 recuerdan que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales explican la importancia y trascendencia de la prueba indiciaria para estos casos de forma meridianamente clara. La STS de 10-1-2000 (Pn. Giménez García) reconoce la habilidad de la prueba indirecta, la más usual en estos casos, para demostrar el conocimiento del origen ilícito, y la dificultad de encontrar prueba directa, debido a “la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de lavado del dinero procedente de aquéllas”. La STS de 19-1-05 (Pn. Giménez García) explica que la prueba indiciaria debe utilizarse en estos casos sin desconfianzas ni complejos, para añadir: que no es una prueba más insegura que la directa, que no es subsidiaria de ésta, y que incluso es más garantista porque exige un plus de motivación a la hora de explicitar el juicio de inferencia que conexas el hecho-base con el hecho-consecuencia, permitiendo así un mayor control del razonamiento del Tribunal a quo y una más segura interdicción de la arbitrariedad.

### **II.3. La determinación del origen criminal.**

Si la característica fundamental de esta figura delictiva, a los efectos de su aplicación práctica, es su naturaleza autónoma e independiente, sin accesoriedad respecto al delito previo, en buena lógica no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva.

Así, la STS de 29-9-01 señala que ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación, se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, y que la ausencia de semejante requisito es lógica desde una perspectiva político-criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas. En idéntico sentido se pronuncian las SSTS de 14-4-03, 19-12-03, 25-2-04, 15-12-2004, 27-1-2006, 4-6-2007, 8-4-2008, 26-2-2009 y 2-11-2011. Tampoco es necesaria la identificación de un acto delictivo concreto como delito antecedente, ni la existencia de un procedimiento judicial previo en relación con la infracción criminal generadora de los bienes que son blanqueados (SSTS de 10-1-2000, 10-2-2003, 23-2-2005, 5-10-2006, 8-4-2010 y 22-7-2011 entre otras).

La determinación de la procedencia criminal de los bienes que son objeto de los actos típicos de blanqueo no requerirá, por tanto, otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto

delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo. Así, la STS de 23-2-2005 (Pn. Martín Pallín) señala que no es necesario determinar la autoría del delito previo o antecedente (en el caso concreto era un delito contra la salud pública) para considerar probado el origen criminal. La sustitución del término “delito” por el de “actividad delictiva” en el art. 301.1, reformado conforme a la ley orgánica 5/2010, refuerza esta tesis y favorece una aplicación más razonable de la norma penal.

En la misma dirección se pronuncia la más reciente doctrina jurisprudencial:

La STS de 8-4-2008 dice “basta con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo”

La STS de 21-3-2011 (caso Kalashov) indica que “la sentencia no señala los delitos de los que se derivarían los caudales blanqueados, ni los tribunales que han juzgado tales delitos precedentes ni las condenas impuestas. Hay que recordar que se está en presencia de un delito autónomo e independiente de los delitos precedentes, no interesando conocer ni los concretos delitos anteriores, ni las condenas, antes bien, el único dolo que se requiere y alrededor del que se vertebra el delito está constituido por la existencia de datos o indicios bastantes que en una valoración integrada y no desvirtuada por pruebas o indicios de descargo permita afirmar tal conocimiento y consentimiento del agente”

Por último, la STS de 22-7-2011 señala que “nos hallamos, por consiguiente, ante un delito autónomo cuya declaración no depende de la previa acreditación de ninguno otro anterior, por lo que ha de bastar para afirmar el presupuesto objetivo del origen delictivo de los bienes con la existencia de prueba indiciaria bastante de acuerdo con los criterios genéricos aplicables a esta clase de pruebas....”

Obviamente, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas de tráfico ilícito de drogas, o con otras actividades criminales, o con personas o grupos relacionados con las mismas, que como tendremos ocasión de comprobar es uno de los presupuestos básicos para la aplicación de este tipo penal, no requerirá que supere el plano indiciario, ya que la demostración plena de esos vínculos nos conduciría inevitablemente a la valoración de la conducta del presunto autor como una forma de participación en el delito antecedente (STS de 29-9-01). Así, para las SSTs 154/2008 y 2-11-2011 basta con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero en función de los datos disponibles.

Únicamente en aquellos supuestos en los que el origen determine una agravación punitiva, en la medida en que tal circunstancia determinará la aplicación de un subtipo agravado (art. 301.1 párrafos 2º y 3º) será imprescindible un mínimo presupuesto indiciario que apunte hacia esa actividad delictiva concreta. La ya citada STS de 10-1-2000 (Pn. Giménez García), aun reconociendo que la sentencia de instancia consideraba probado el hecho de desconocer las concretas operaciones de tráfico de drogas de las que procedía el dinero, estima suficiente a estos efectos la afirmación de que ese era el origen del dinero y que era conocido por el recurrente, “sin que el conocimiento del autor exija, ni por lo tanto sea precisa prueba al respecto, el cumplido y completo conocimiento de las anteriores operaciones de droga generadoras de tal beneficio, pues ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución”. En idéntico sentido se pronuncia la STS de 10-2-03 (Pn. Ramos Gancedo) al afirmar que no es necesaria la plena identificación de los hechos delictivos generadores de tales ganancias –como ya sostuvo la STS de 10-1-00- cuya probanza puede obtenerse de datos indiciarios que permitan afirmar la existencia de una actividad criminal antecedente.

En varios casos los órganos judiciales han valorado la incautación de droga como elemento determinante de la acreditación del origen ilícito, aun cuando tales incautaciones carezcan de relación directa con el producto o ganancia objeto del delito de blanqueo e incluso aunque las incautaciones se produzcan con posterioridad a la ejecución de los actos de blanqueo (SSTS de 28-7-01, 5-2-03, 14-4-03 y 29-11-03 entre otras); también tiene una relevante carga incriminatoria a estos efectos el hecho de que se haya producido una condena por tráfico de drogas (y por ende de cualquier otro delito), aunque el delito en cuestión no sea la fuente directa de los bienes de origen ilícito (SSTS de 20-9-2005 y 12-12-2011).

En el mismo sentido la STS de 19-1-2005 (Pn. Giménez García) ha indicado que la existencia de antecedentes penales por tráfico de drogas es un dato de una singular potencia acreditativa en cuanto a la prueba del origen ilícito y del conocimiento.

La casuística ha contribuido a identificar algunas circunstancias que suelen ser determinantes a la hora de declarar probado el origen ilícito: las incautaciones de drogas, las condenas en procedimientos penales distintos, la sujeción a procedimientos judiciales, la vinculación con otras investigaciones criminales (incluso de naturaleza policial), el contenido de conversaciones telefónicas, la documentación sobre contabilidades paralelas o clandestinas, etc.

#### **II.4. El conocimiento del origen ilícito.**

El elemento subjetivo del tipo penal del delito de blanqueo se identifica por las expresiones “sabiendo” y “a sabiendas”, expresiones comprensivas tanto del dolo directo como del dolo eventual, respecto al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. Como acertadamente indica la STS de 29-9-01 (Pn. Jiménez Villarejo) la modalidad del dolo eventual debe ser acogida sin reservas en la construcción dogmática del blanqueo de dinero, al contemplarse específicamente la forma culposa.

Consecuentemente, puede afirmarse ese conocimiento “cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita... sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho... en otras palabras basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social” (STS de 5-2-03, Pn. Martínez Arrieta). En esta línea, son varios los pronunciamientos jurisprudenciales que insisten en que no es necesario un conocimiento preciso y detallado de la infracción precedente, lo que nos sitúa en el terreno de la aceptación del dolo eventual para integrar el conocimiento de la ilicitud de los bienes y la integración del mismo en la expresión “a sabiendas” (SSTS. de 10-1-2000, 23-12-2003, 2-10-2004, 2-12-2004, 19-1-2005, 1-3-2005, 14-9-2005, 19-10-2006, 29-5-2007, 8-4-2008, 26-2-2009, 10-3-2011, 2-11-2011, 12-12-2011 y 9-7-2012 entre otras). En definitiva que basta un conocimiento no preciso ni detallado de la infracción precedente, siendo suficiente la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito, entendiéndose que el sujeto actúa con dolo eventual cuando considera seriamente y acepta como altamente probable que el dinero tenía su origen en un delito (incluye la llamada ignorancia deliberada)-STS de 9-7-2012.

Especialmente interesante es la STS de 19-1-2005 (Pn. Giménez García) respecto a la prueba del conocimiento, pues tras recordar que el tipo básico sólo exige en el autor el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero, señala que el tipo agravado requiere el conocimiento de que la procedencia es el tráfico de drogas, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse “el mundo de la droga”, sin que sea necesaria la existencia de un dolo directo, bastando el dolo eventual o incluso es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada (es decir, quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del

acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, y no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar).

Igualmente resulta muy significativa la STS de 26-6-2012, que establece tres importantes conclusiones:

- valorar la inexistencia de una explicación asumible sobre los incrementos patrimoniales o movimientos de dinero como un indicio más es legítimo, pues se trata de una deducción lógica en virtud de la técnica de la prueba indiciaria
- esto no significa ni invertir la carga de la prueba ni dañar la presunción de inocencia sino de aplicar un razonamiento lógico a los datos objetivos y obtener unas conclusiones que cualquiera puede extraer
- no es incompatible con un proceso justo que una vez probada la relación con negocios vinculados con el tráfico de drogas deducir que unas ganancias no justificadas proceden de esa actividad si no se aporta una explicación creíble y satisfactoria de la situación financiera

Como elementos indiciarios de interés, será necesario valorar para demostrar el conocimiento del origen ilícito, entre otros muchos, datos tales como:

- la utilización de identidades supuestas
- la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero
- la presencia de sociedades interpuestas
- la utilización de testaferros sin disponibilidad económica real sobre los bienes
- la vinculación con sociedades ficticias carentes de actividad económica alguna, muy especialmente si radican en países conceptuados como paraísos fiscales
- la realización de alteraciones documentales
- el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía
- la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido
- la simulación de negocios u operaciones comerciales que no responden a la realidad
- la percepción de elevadas comisiones por los intermediarios, el uso de cheques bancarios nominativos con beneficiarios desconocidos
- los transportes clandestinos de dinero
- la ejecución de transferencias “en cascada” a entidades bancarias del exterior

y en definitiva cualesquiera otras circunstancias concurrentes en la ejecución de tales actos que sean susceptibles de ser calificadas como irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil, y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención o voluntad de ocultar o encubrir los bienes y productos del delito. Así las SSTS de 25-1-2008, 23-9-2010, 22-7-2011 y 26-6-

2012 consideran como indicios más habituales:

- a) la importancia de la cantidad del dinero blanqueado;
- b) la vinculación de los autores con actividades ilícitas, o con personas o grupos relacionados con aquellas;
- c) lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto;
- d) la naturaleza y características de las operaciones económicas;
- e) inexistencia de justificación lícita de los ingresos;
- f) debilidad de las explicaciones sobre el origen ilícito de los bienes;
- g) existencia de sociedades pantalla o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas lícitas.

Otra cuestión de gran interés, por la frecuencia de su producción en los procesos penales por blanqueo de capitales, es ni más ni menos que –como precisa la STS de 28-2-03 (Pn. Saavedra Ruiz)- la apreciación como indicio adicional del sentido de las alegaciones exculpatorias de los imputados, de modo que cuando se trata de manifestaciones inverosímiles, absurdas o faltas de todo apoyo objetivo, no supone invertir la carga de la prueba su consideración como elementos corroboradores de la prueba de los elementos objetivos del tipo o de la participación del acusado, de manera que cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión de que no existe explicación alternativa alguna. Ahora bien, no es posible construir el método indiciario sólo a base de manifestaciones autoexculpatorias del acusado, aun entendidas como inverosímiles o ilógicas, pero si existen otros indicios sobre su participación en los hechos, aquellas pueden servir de indicio adicional o de refuerzo para consolidar estos.

La STS de 23-12-03 (Pn. Martínez Arrieta) recuerda que el silencio del acusado, en el ejercicio de su derecho a no declarar, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación por su parte de los hechos, de manera que, conforme a la doctrina jurisprudencial (SSTEDH de 8-2-96, caso Murray; y de 2-5-00, caso Condrom; SSTC 137/98 de 7 de Julio y 202/2000 de 24 de Julio) no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el tribunal que la juzga; por el contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado pueden ser utilizados como elemento corroborador de las pruebas de cargo aportadas, pues la ausencia de una explicación o la falta de coherencia de la aportada equivale a que no hay explicación posible.

Para la STS de 19-1-05 (Pn. Giménez García) –que analiza un caso de blanqueo consistente en la compra de varias embarcaciones y vehículos por un elevado importe de dinero sin existir fuentes de ingreso de procedencia lícita- la ausencia de toda explicación sobre tales adquisiciones y el destino que se les iba a dar es un elemento relevante, pues la falta de explicación plausible equivale a que no hay explicación posible, sin que esto deba ser interpretado como una manifestación de la inversión de la carga de la prueba, recordando finalmente que el silencio o la explicación inverosímil confirman y refuerzan la potencia incriminatoria de los indicios.

Y la STS de 17-11-2010 al analizar el valor de la ausencia de explicaciones suficientes sobre el

origen lícito de los ingresos nos dice “cuando existen pruebas de cargo de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación reclamada por la prueba de cargo y que solamente él se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión –por simple sentido común- de que no existe explicación alternativa alguna” (citando en su apoyo las SSTEDH de 23-9-2008 -caso Grayson y Barnahm- y de 1-3-2007 -caso Geerings-).

## **II.5. Breve síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los elementos que conforman el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos. La experiencia judicial en la materia**

Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS. de 7-12-96, 23-5-97, 15-4-98, 28-12-99, 10-1-00, 31-3-00, 28-7-01, 18-9-01, 29-9-01, 14-4-03, 29-11-03, 19-12-03, 25-2-04, 9-10-04, 2-12-04, 19-1-05, 1-3-05, 14-4-05, 29-6-05 y 14-9-05, 29-5-2007, 8-4-2008, 26-2-2009 y 22-5-2009, 16-12-2010, 10-3-2011, 21-3-2011, 29-11-2011 y 26-6-2012 entre otras) –de entre más de un centenar largo de resoluciones dictadas hasta la fecha por el órgano jurisdiccional casacional con un porcentaje de confirmación de condenas próximo al 90 %- ha consagrado la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales sobre tres pilares o elementos, manifiestamente reveladores de la importancia y trascendencia de la prueba de indicios:

1. Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas.
2. Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales.
3. Vinculación, relación o conexión con actividades delictivas, o con personas o grupos relacionados con ellas.

Esta formulación doctrinal, que desarrolla el método de la prueba indiciaria en los delitos de blanqueo de capitales, había sido expuesta con anterioridad en algún trabajo doctrinal.<sup>8</sup>

En cuanto al segundo presupuesto debe hacerse constar que no se puede interpretar como un modo de invertir la carga de la prueba, tal y como sugiere algún sector de la dogmática penal, siendo especialmente interesantes a estos efectos las reflexiones que realiza la STS de 25-2-2004 que dice textualmente: “Ninguno de los implicados ha conseguido acreditar que su origen era lícito y que procedía de transacciones mercantiles. Los implicados, ante la investigación realizada, no han podido justificar su origen. La transparencia del sistema financiero, para el bien de la vida mercantil, exige que **ante una imputación administrativa o penal sobre la procedencia ilícita de los capitales, los investigados asuman la carga de facilitar los datos que acrediten su verdadero origen. Ello no supone invertir los presupuestos de la prueba, ni obligar a nadie a realizar actividades imposibles, diabólicas o costosas, para demostrar un extremo, tan fácilmente demostrable, como es el de la procedencia del dinero.** El derecho al silencio o la negativa a confesarse culpable nada tienen que ver con la facilitación de datos que, sin entrar en la autoinculpación, permitan a la administración tributaria o a los jueces comprobar, si los hechos que constituyen el objeto de la investigación están acreditados o no. La valoración jurídica de esta actitud obstaculizadora está ligada al hecho de la negativa a facilitar un dato que está en condiciones de proporcionar el acusado de manera única e insustituible. La exculpación está en sus manos acreditando que el dinero es limpio y transparente.”

En el mismo sentido la STS de 19-1-05 al analizar la ausencia de una explicación coherente que justifique la licitud de la operación señala que “no se trata de que tenga que probar su inocencia, lo que supondría una inadmisibles manifestación de la inversión de la carga de la prueba, y que ante la existencia de prueba de cargo vía indicios, le era exigible ofrecer una explicación exculpatoria que eliminara o disminuyera la naturaleza inculpativa de aquellos indicios, por lo que el silencio manifestado o las explicaciones inverosímiles refuerzan la potencia inculpativa de los indicios”

Será la STS de 23.5.97 (Pn. Conde-Pumpido Tourón), la que desarrolle por primera vez la construcción probatoria del delito de blanqueo de capitales al precisar que “en los supuestos, como el actual, en el que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes concretamente del tráfico de estupefacientes, los indicios más determinantes han de consistir en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones ordinarias; en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas extrañas a las prácticas comerciales”.

*Para añadir que “tanto por la importancia de las cantidades como por la dinámica de las transmisiones y el manejo inusual de efectivo, incluso con maletas repletas de billetes, se pone de manifiesto que se trata de operaciones absolutamente extrañas a las prácticas comerciales propias de los negocios legítimos, lo que constituye efectivamente un primer indicio de especial relevancia para apreciar la concurrencia de un delito de blanqueo de capitales y la participación del recurrente en el mismo; por lo que se refiere al segundo elemento indiciario relevante en este tipo de delitos (inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos patrimoniales o transmisiones dinerarias) ha quedado acreditada suficientemente la falta de realidad de las pretendidas operaciones de importación a que se referían supuestamente las transmisiones dinerarias, constatando incluso certificación de la Dirección General de Aduanas acreditativa de la inexistencia de dichas operaciones”.*

El análisis de los más importantes casos que han llegado a nuestros órganos judiciales nos pueden dar una impresión más correcta del gran aporte jurisprudencial a la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales.

- a. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª) en el procedimiento abreviado 101/94 instruido por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, en sentencia de fecha 23.11.95 (Pn. De No-Louis Magalhaes) condenó a los hermanos Manuel y Germán G.C. como autores de un delito de receptación (blanqueo) del art. 546 bis f) del Código Penal anterior.

Los hechos delictivos que el Tribunal de instancia consideró probados son en síntesis los siguientes:

- El acusado Manuel G.C. siguiendo instrucciones de terceras personas procedió a la apertura en España de cuentas bancarias operando con ellas para revertir a dichas terceras personas los beneficios obtenidos ilícitamente del tráfico de drogas.
- Así, el 2.4.92 abrió una cuenta en una entidad bancaria de Sevilla y, hasta su cancelación el 3.12.92, realizó en la misma ingresos en efectivo y de forma fraccionada (en 90 ocasiones) por un importe total de 129.189.000.-Ptas. adquiriendo de modo inmediato cheques bancarios cifrados en moneda extranjera (dólares U.S.A.) por un importe de 1.509.997 dólares declarando para su obtención pretendidos pagos exteriores originados por la importación de diversos productos que no se efectuaron, aportando a este efecto facturas previamente confeccionadas como justificativas, o para pretendidas ayudas familiares. En la mayoría de los casos los cheques bancarios eran nominativos figurando como beneficiarios, personas físicas y jurídicas colombianas y presentados al cobro en entidades bancarias de ese país.
- El 27.01.93 abrió otra cuenta en una entidad bancaria de Palma de Mallorca donde hasta el 19.1.94 en que se canceló realizó indistintamente con su hermano el acusado Germán G.C. ingresos en efectivo en forma fraccionada (en 59 ocasiones) por un importe total de

275.981.855. ptas. adquiriendo cheques bancarios en moneda extranjera por un importe de 1.945.077 dólares U.S.A. declarando en el documento de solicitud de pagos al exterior importaciones que nunca se efectuaron. También en la mayoría de los casos los beneficiarios de los cheques eran personas físicas y jurídicas domiciliadas en Colombia, y como en los hechos anteriores allí eran presentados al cobro los talones.

- Igualmente el acusado Germán G.C. siguiendo instrucciones de su hermano Manuel abrió el 5.1.93 otra cuenta en otra entidad bancaria de Palma de Mallorca, que canceló el 28 del mismo mes, período en el que ingresó en 13 ocasiones cantidades de dinero en efectivo por importe de 46.000.000.-Ptas. adquiriendo cheques bancarios en moneda extranjera para el pretendido pago de la importación de géneros que nunca se llevó a efecto.

En esta sentencia la relación de estas actividades de blanqueo con el tráfico ilegal de drogas como conducta criminal de la que traía origen el dinero manejado se sustentó en las siguientes circunstancias:

- Manuel G.C. fue visto en Valencia por funcionarios policiales en compañía de J.L.G., J.U.A. y G.S.W., todos ellos objeto de vigilancia policial por su implicación en el tráfico de cocaína.
- Manuel G.C. realizó viajes a Colombia y dos hermanos suyos fueron detenidos por las Autoridades de Venezuela en Mayo de 1.991 por la posesión de 25 kgrs. de cocaína.
- Algunas entidades o sociedades vinculadas al blanqueo en otras investigaciones y uno de los sujetos antes referidos que habían sido investigados por tráfico de cocaína, aparecía como beneficiario de alguno de los talones en dólares.

Pues bien, la sentencia en cuestión funda el pronunciamiento condenatorio en la valoración como indicios evidentes del conocimiento del origen ilícito del dinero de circunstancias como la apertura de cuentas por cortos períodos de tiempo, la ausencia de movimientos basados en actividades comerciales legítimas, el fraccionamiento de los ingresos que se realizaban en aquellas cuentas, la conversión inmediata en talones bancarios nominativos y la utilización de falsos documentos que pretendían justificar importaciones inexistentes.

La Sentencia del T.S. de 23.5.97 (Pn. Conde-Pumpido Tourón), resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia antes citada, confirma la interpretación de la Sala de instancia diseñando una doctrina jurisprudencial novedosa y sólidamente consolidada en la actualidad, como ya se ha indicado anteriormente.

- c. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 7.12.96 (Ponente Delgado-García), resolutoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 27.9.94 dictada por la Audiencia Nacional en el caso "Nécora" (Sumario 13/90 del Juzgado Central de Instrucción núm 5), pese al pronunciamiento absolutorio de dos individuos condenados por el delito de receptación de bienes procedentes del narcotráfico previsto en el art. 546 bis f) fundado en la vulneración del principio de contradicción, viene a reconocer que circunstancias tales como la presencia de elevados ingresos de dinero en divisas, la ausencia de negocios legales que justifiquen tales ingresos, la ocultación de la identidad en documentos y operaciones bancarias, la utilización de sociedades de fachada constituidas en paraísos financieros, etc., son suficientemente demostrativas del origen ilícito de los bienes.
- d. En la misma línea que las anteriores resoluciones judiciales se sitúa la sentencia de 24.9.97 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª-Pn. Díaz Delgado) en el procedimiento abreviado 123/92 instruido por el Juzgado Central de Instrucción nº3. Expuestos de una forma resumida, los hechos que se declaran probados en esta sentencia,

son los siguientes:

- A finales de Mayo o primeros de Junio de 1992 Luis Alberto V.V. con la finalidad de introducir en el sistema financiero legal y dar apariencia de licitud a elevadísimas cantidades de dinero provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes que llegaban a su poder, ideó y creó una estructura perfectamente organizada para tal fin en la que estaban integrados H.E.S., M.G.F. y J.J.G., quienes sabían que su única actividad generadora del dinero que iban a recibir, era el tráfico de drogas.
- El citado Luis Alberto V.V. comenzó a entregar diferentes cantidades de dinero por un importe aproximado de 300.000.000.-Ptas. a Miguel G.F. en diferentes puntos de la geografía española, quien a su vez hacía entrega del mismo también en distintos lugares a José J.G., quien era el encargado de trasladar físicamente el dinero de forma clandestina hasta el Principado de Andorra.
- El dinero era ingresado en varias cuentas abiertas en distintas entidades bancarias de Andorra desde donde a su vez era transferido a entidades bancarias del exterior para su cobro por diversas sociedades, o bien se obtenían cheques bancarios de los que eran beneficiarios también empresas domiciliadas en países sudamericanos.
- El citado Luis Alberto V.V. fue condenado en sentencia de 27.9.94, firme el 20.12.96 por un delito contra la Salud pública referido a unos hechos ocurridos durante los años 1989 y 1990, y en diciembre de 1992, le fue revocada la situación de libertad provisional en la citada causa.

En la fundamentación jurídica destaca el razonamiento seguido por el Tribunal para concluir que el dinero procedía del tráfico ilícito de drogas y que los condenados conocían tal origen:

- Se considera acreditado que el dinero poseía un origen ilícito, excluyendo cualquier otra procedencia que pudiera justificar su disposición, por la concurrencia de las siguientes circunstancias: 1) el responsable de la red Luis Alberto V.V. se encontraba en las fechas de comisión de los hechos encausado por un delito contra la salud pública presuntamente cometido entre los años 1989 y 1990 (la sentencia condenatoria que se dictó contra el citado por ese delito y la firmeza de la misma son de fechas posteriores); 2) el referido Luis Alberto V.V. carecía de fuentes de ingreso conocidas que justificaran el manejo de tan elevadas cantidades de dinero; y 3) las coartadas que ofreció en sus respectivas declaraciones no convencieron al Tribunal por sus manifiestas contradicciones.
- El conocimiento del origen ilícito del dinero que era, sin duda, el objeto fundamental de la probanza respecto al resto de los condenados lo deriva el Tribunal de las circunstancias objetivas concurrentes en la ejecución de los hechos: recepción de elevadas cantidades de dinero en efectivo, entrega de las mismas en diferentes lugares de la geografía española, traslado clandestino del dinero al Principado de Andorra, ingreso en cuentas bancarias abiertas exclusivamente para tal fin, salidas inmediatas del dinero mediante transferencias y cheques bancarios a favor de personas físicas y jurídicas diversas, cobro de elevadas comisiones por su intervención en las diferentes operaciones que realizan como intermediarios, etc.

Como ya hemos indicado, la STS de 10-1-2000(Pn. Gimenez García), ha rechazado el recurso de casación interpuesto por los acusados y ha confirmado íntegramente la sentencia de instancia.

- e. La sentencia de 10-12-98 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª

- Pn. Díaz Delgado), en el procedimiento abreviado 15/97 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, condenatoria para las tres personas que eran acusadas, sigue los mismos criterios ya expuestos en las anteriores resoluciones judiciales.

Los hechos que se declaran probados en la sentencia como constitutivos de la actividad delictiva de blanqueo de capitales prevista en el art. 546 bis f) del Código Penal vigente en el momento de su comisión son los siguientes:

- 1.- Los acusados durante los años 1992 y 1993 realizaron determinadas operaciones financieras, como cambios de divisas, transferencias de dinero a entidades financieras radicadas generalmente en Colombia, y abonos de servicios.
- 2.- El dinero les era entregado por un individuo que se dedicaba al tráfico ilícito de drogas y que era miembro de una importante organización internacional dedicada a la introducción en Europa de grandes cantidades de cocaína, el cual resultó detenido en París el 16-5-93 ocupándosele una maleta que contenía 13,180 kilogramos de cocaína.
- 3.- Los acusados estaban emparentados -uno de ellos- y mantenían una estrecha relación de amistad -los dos restantes- con el individuo que les entregaba el dinero.

La ilicitud del origen del dinero que manejaron los acusados la deriva el Tribunal de dos circunstancias:

- el individuo que les proporcionaba el dinero fue detenido en París con una importante cantidad de cocaína, resultante de la investigación que por tráfico de drogas había desarrollado respecto al mismo la Policía española.
  - la absoluta falta de acreditación de las actividades de compraventa de joyas u oro que los acusados atribuían al individuo en cuestión como actividad que generaba tales fondos.  
La STS de 31-3-00 (Pn. Puerta Luis) ha rechazado el recurso de casación interpuesto contra esta sentencia y ha confirmado íntegramente la fundamentación jurídica recogida por el Tribunal de instancia.
- f. Con posterioridad la sentencia de 1-6-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª- Pn. Cezón González) en el sumario 17/94 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, fundamenta que el origen del dinero era el tráfico ilegal de estupefacientes en las siguientes circunstancias:
- el procesado rebelde G.A.R., de nacionalidad colombiana manejaba importantes cantidades de dinero en metálico, sin que consten ingresos propios, renta, fortuna o medio conocido de vida del mismo.
  - el citado G.A.R. fue detenido ocupándosele en su poder un kilogramo de cocaína y otros 39 kgs. más en un apartamento que utilizaba.
  - la relación de dependencia de G.A.R. con otro individuo residente en Colombia llamado "Pacho", personaje éste que encargó su defensa y la de otros colombianos presos en España por tráfico de drogas al Abogado J.S.C., quien también ha resultado condenado en el procedimiento.

La mecánica operativa seguida en este caso y que ha revelado claramente que algunos acusados, al menos los condenados por un delito doloso de blanqueo, conocían el origen ilícito del dinero

era la siguiente: disposición de elevadas cantidades de dinero en pesetas sin origen constatado, ingreso de las mismas en cuentas bancarias para cambio inmediato en divisas, obtención de cheques nominativos en dólares que figuraban a nombre de personas irreales o a nombre de los propios adquirentes en cuyo caso eran endosados sin intervención del titular, alegación de falsas importaciones, cobro de los cheques en el extranjero por personas y sociedades distintas, y cobro de comisiones elevadas por tales gestiones. La más reciente sentencia de 11-10-99 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª- Pn. Choclán Montalvo) que condena como autor de un delito doloso de blanqueo de bienes derivados del narcotráfico previsto por el art. 301 del Código Penal vigente al empleado de una entidad bancaria, por su comportamiento absolutamente irregular y manifiestamente contrario a las más elementales normas que disciplinan el sector bancario, deriva el conocimiento de su origen de esta singular circunstancia, significando que la estrecha relación que le unía con el cliente permite afirmar que conocía, al menos con dolo eventual, la actividad de tráfico ilegal de hachís de la que dimanaban aquellos capitales.

- g. La sentencia de 10-4-2000 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª- Pn. Gómez Bermudez), confirmada en sede casacional por la STS de 26-6-01 (Pn. Giménez García), condenó a varios individuos pertenecientes a una organización que blanqueaba dinero procedente del tráfico de cocaína -mediante la obtención de divisas, transferencias de dinero al extranjero, e incluso transportes físicos de dinero- basándose en los datos o indicios que a continuación se relacionan:

1º.- El manejo inusitado de grandes cantidades de dinero y divisas, con continuos cambios de moneda y envíos de dinero al extranjero (utilizando personas interpuestas) por un importe próximo a los 350 millones de pesetas.

2º.- El modo de operar, tendente a ocultar no sólo la procedencia real del dinero, sino quién lo poseía en cada momento y quien es el verdadero titular del mismo, siendo especialmente destacable el hecho de que los transportes de efectivo no excedían del límite de dinero a partir del cual era obligado dar cuenta al Banco de España, para lo que tuvieron que utilizar a múltiples personas.

3º.- La ausencia de actividad lícita que justifique ese manejo de dinero no constando en la causa contabilidad alguna de los negocios que dicen tener los encausados.

4º.- La relación con actividades de narcotráfico queda probada por el hallazgo de cocaína (46 gramos) en la vivienda que ocupaba el jefe de la organización, y de documentos con coordenadas sobre punto de encuentro de buques, claves para comunicaciones por radio, mapas, el contenido de algunas conversaciones telefónicas, el hallazgo de una balanza de precisión en un domicilio, etc.

- h. La sentencia de 12-7-00 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) apreció la existencia de un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico fundado en la ejecución de varias operaciones de cambio de más de 50 millones de pesetas a marcos alemanes entre los meses de Enero y Octubre de 1997 por quienes finalmente fueron detenidos, y posteriormente condenados, en relación con la aprehensión el 28-10-97 de 84 kilogramos de heroína. En trámite casacional, la STS de 18-9-01 (Pn. Delgado García), considera que la incautación de esa importante cantidad de heroína en el momento final de la investigación es prueba más que suficiente de la conexión de las operaciones dinerarias realizadas anteriormente con el tráfico de drogas, y que si a esta circunstancia unimos, como así sucede en el caso concreto, el manejo de cantidades importantes de dinero y la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen la procedencia de esas cantidades, quedan probados de manera fehaciente los tres presupuestos o indicios en los que se sustenta el tipo penal del blanqueo de capitales según reiterada doctrina jurisprudencial.

- i. La sentencia de 31-10-00 dictada por el Juzgado Central de lo Penal (Sr. Vázquez Honrrubia) analiza un interesante caso en el que un individuo, E.P.B., abrió en el año 1992 una cuenta en una entidad bancaria de Suiza, en la que ingresó durante los años 1992 y 1993 cantidades de dinero por importe aproximado de 287.000.000 pts., declarando probado el órgano judicial que la cuenta se había abierto con el objeto de depositar en la misma las ganancias obtenidas por su hermano, J.R.P.B., quien entre los años 1990 y 1991 se había dedicado al tráfico ilegal de cocaína, resultando condenado en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 por tales hechos a la pena de 20 años de reclusión menor y multa. En el fundamento jurídico 2º de la citada sentencia se afirma que la constatación de los vínculos con personas relacionadas con el narcotráfico viene dada por una triple vía: 1) El condenado es hermano de J.R.P.B., condenado a su vez por tráfico ilegal de drogas por la Audiencia Nacional en relación con actividades ejecutadas durante los años 1990 y 1991, y ambos tenían relación con la compañía panameña RIPRA (el condenado como representante legal y su hermano J.R.P.B. como constituyente); 2) La cotitularidad de la cuenta con la compañera sentimental de su hermano J.R.P.B.; y 3) La relación laboral en la época de los hechos con J.A.A.M., también condenado en el sumario 8/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 como colaborador en la gestión económica de su hermano J.R.P.B.. A todo ello se une la insuficiencia de la prueba respecto a la coartada alegada en el juicio, rechazada por el órgano sentenciador, que pretendía acreditar que tales cantidades procedían de un préstamo otorgado por otra compañía panameña a la sociedad RIPRA.
- j. Es preciso citar también la sentencia de 31-01-2002 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) en el procedimiento abreviado 52/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 1, confirmada en casación por la STS de 25-2-2004 (Pn. Martín Pallín). Son tres los aspectos más destacables de esta resolución:
- 1) en ella se acuerda el comiso de una finca de alto valor—cuya confiscación ha sido considerada emblemática en la lucha contra el narcotráfico—al declarar probado que fue adquirida con dinero de procedencia criminal, aplicando para ello la doctrina del levantamiento del velo mediante la atribución en la realidad histórico-judicial de la propiedad y dominio de la finca no a quien ostenta la titularidad jurídico-formal sino a quien detenta la disponibilidad real.
  - 2) la intervención de un Abogado en la constitución de un entramado societario que sirvió para que la finca fuera adquirida finalmente con capitales de origen criminal es un comportamiento que a juicio del Tribunal de instancia tiene un encaje preciso y directo en el tipo penal del blanqueo de capitales de los arts. 301 y siguientes del Código Penal
  - 3) la aplicación de la ya conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba indiciaria en el delito de blanqueo de capitales: en la resolución se expresa que las elevadísimas cantidades de dinero que fueron utilizadas para la adquisición de la finca, ante la ausencia en el proceso de una actividad mercantil legal que las justifique, por exclusión sólo pueden tener su origen en la ejecución de determinados hechos ilícitos graves, entre los que el narcotráfico según las reglas de la experiencia ocupa un lugar preferente, máxime si tenemos en cuenta que el verdadero dueño fue condenado, aunque en fechas muy posteriores a la operación de compra de la finca, por un delito de tráfico ilícito de hachís.
- k. En los últimos años se han dictado por la Audiencia Nacional algunas sentencias que resuelven casos de blanqueo de dinero verdaderamente paradigmáticos. La sentencia de 22-10-2002, dictada por la Sección 1ª (Pn. Gómez Bermúdez) en el procedimiento abreviado 449/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 3, resuelve un caso en el que bajo la cobertura de operaciones comerciales de compra y venta de oro, usando empresas que realmente se dedicaban a tal ramo del comercio y otras meramente instrumentales, simulaban vender

oro –previamente adquirido en el mercado a proveedores reales- a sociedades ficticias creadas para encubrir su verdadero destino, obtener facturas falaces que dieran apariencia de veracidad a esas ventas inexistentes, ocultar la recepción de dinero en efectivo procedente del contrabando de tabaco y del tráfico ilícito de hachís –como si se tratara del cobro de esas ventas inexistentes- y reintroducir en el mercado el dinero de origen ilícito como si procediera de operaciones reales y lícitas. Estas operaciones eran posteriormente declaradas a la Hacienda Pública junto con las reales obteniendo sustanciales devoluciones del I.V.A., circunstancia ésta que ha motivado la condena de varios de los acusados no sólo por el delito de blanqueo de dinero, sino también por los delitos de falsedad en documento mercantil y contra la Hacienda Pública.

- I. La sentencia de 31-01-2003 dictada por la Sección 3ª (Pn. Gómez Bermúdez) en el procedimiento abreviado 207/95 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 resuelve una investigación sobre blanqueo de dinero relacionada con una de las organizaciones gallegas que más activamente se han dedicado al tráfico ilícito de cocaína desde finales de la década de los años 80.

La investigación fue iniciada en Septiembre de 1994 por la Fiscalía Especial Antidroga al amparo de lo dispuesto en el art. 18 bis.1.d) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En el mes de Noviembre de 1995, tras una exhaustiva investigación económica y patrimonial sobre un importante número de miembros del conocido como “Clan de los Charlines”, se remitieron las actuaciones al Juzgado Instructor que, a solicitud del Ministerio Fiscal, acordó diversas medidas cautelares, unas de carácter personal respecto a gran parte de los investigados, otras de carácter real respecto al patrimonio y bienes presuntamente pertenecientes a los imputados y a sus testaferros.

Debe destacarse que en este procedimiento se utilizó el entonces vigente Decreto-Ley 18/69 de 20 de Octubre regulador de la intervención judicial de empresas, con sujeción al cual se adoptó en el marco de la causa la intervención y administración judicial de las empresas, sociedades y bienes pertenecientes a los inculcados, cuyo decomiso ha sido interesado por el Ministerio Fiscal y cuya valoración aproximada asciende a unos 30 millones de euros.

Los presupuestos indiciarios que propiciaron la apertura del proceso penal por la presunta comisión de actividades delictivas susceptibles de ser encuadradas en los arts. 301 y ss. del Código Penal vigente (arts. 546 bis f), 344 bis h) a j) del anterior) son los siguientes:

- 1) Algunos de los investigados, la mayor parte de ellos unidos por vínculos familiares, habían sido condenados o se encontraban procesados por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes referidos a grandes cantidades de cocaína y hachís.
- 2) La realización por los investigados de una intensa actividad económica y comercial consistente en la compra de un abundante número de propiedades, suscripción de bonos del Tesoro, adquisición de participaciones de lotería y otras apuestas del Estado previamente premiadas, y financiación irregular de las actividades comerciales de las empresas y sociedades del grupo, algunas creadas “ad hoc” para tales fines. A tales efectos, dispusieron de importantísimas cantidades de dinero en efectivo de origen, en principio, desconocido porque carecían de sustento en actividades comerciales y mercantiles legales.
- 3) Los bienes y participaciones sociales fueron puestos a nombre de los miembros del grupo, en algunos casos menores de edad, que no eran objeto de reclamaciones judiciales ni estaban incurso en procedimientos penales por tales actividades ilícitas, quienes actuaban a modo de testaferros con titularidad jurídica formal para evitar que tan cuantioso patrimonio fuera relacionado con los integrantes del grupo condenados y reclamados judicialmente por tráfico ilícito de estupefacientes, obstaculizar la aplicación de las leyes penales a tales hechos y garantizar el disfrute de lo ilícitamente obtenido.

La investigación judicial permitió obtener y aportar a la causa claras evidencias probatorias de la existencia de la actividad delictiva de blanqueo de capitales, así como la constatación de una continua actividad defraudatoria contra la Hacienda Pública. La acusación se había formulado por ambos delitos contra 16 individuos. El juicio oral respecto a 15 acusados se inició en el mes de Marzo y concluyó en el mes de Septiembre, ambos del 2002, desarrollándose aproximadamente en unas 40 sesiones.

Esta sentencia a la que nos referimos, dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ha condenado a 14 de los 15 acusados por los delitos de blanqueo de capitales procedentes del tráfico ilegal de drogas [arts. 344 bis h) a j) del Código Penal anterior] y contra la Hacienda Pública [art. 349 del Código Penal anterior]. El fallo acuerda el comiso de todos los bienes conforme lo había solicitado el Ministerio Fiscal, a excepción de los pertenecientes a la acusada absuelta, y siguiendo el criterio iniciado por la sentencia de 27-9-94 dictada por la misma Sala en el proceso conocido como “Operación Nécora”, y asumido por el Tribunal Supremo en diferentes resoluciones (SSTS de 7-12-96, 21-12-99-caso Roldán, y 28-3-01-caso Urralburu), afirma la compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo y por el delito contra la Hacienda Pública.

m. La STS de 19-1-05 (Pn. Giménez García) rechaza un recurso contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz en la que se condena por un delito de blanqueo de bienes procedentes del narcotráfico a un individuo consumidor de heroína y cocaína que entre los años 1999 y 2001 adquirió 4 embarcaciones (dos de ellas de alta velocidad) y un vehículo por una cantidad de dinero ligeramente superior a los 125.000 euros, con la particularidad de que había sido condenado en el año 1991 por tráfico ilegal de drogas. La sentencia tras reconocer la singular potencia acreditativa de este último dato a la hora de demostrar el conocimiento de su ilícito origen, añade que en el caso en cuestión también se valoraron otros datos:

- a) que el dinero se lo facilitaron unos ciudadanos de Marruecos;
- b) que la excusa que facilitó de que ellos no podían adquirir tales bienes por sí mismos es de extrema debilidad;
- c) que no facilitó la identidad de tales personas;
- d) la situación estratégica de Ceuta en relación al tráfico de drogas y
- e) la adicción al consumo de drogas del condenado.

Durante el último año un buen número de sentencias del Tribunal Supremo han resuelto en trámite casacional situaciones prácticamente idénticas falladas previamente por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta. Se trata de asuntos en los que individuos carentes de ingresos económicos suficientes adquirirían embarcaciones de alta velocidad, vehículos, motores, etc. por elevadas cantidades de dinero, con la circunstancia adicional de la vinculación de algunos tripulantes de tales lanchas con operaciones de tráfico ilegal de hachís. Como regla general los pronunciamientos de casación (SSTS 2-2-05, 16-2-05, 24-2-05, 1-3-05, 13-4-05, 14-4-05, 29-6-05, 5-10-05, 18-10-05, 25-10-05 entre otras), han confirmado las sentencias condenatorias dictadas por la Sección citada, salvo casos muy excepcionales en los que se estimó que la prueba de la vinculación con actividades de tráfico ilícito de drogas era inexistente.

Estas sentencias, cuyo contenido hemos tratado de sintetizar, son un valioso punto de referencia para el futuro de las investigaciones relativas al blanqueo de capitales y claros ejemplos de como debe construirse el tipo penal del blanqueo de capitales y de qué manera deben orientarse en

el ámbito policial y judicial los esfuerzos dirigidos a la investigación de estos comportamientos delictivos.

Lo cierto es que los pronunciamientos judiciales en asuntos penales por blanqueo de capitales han aumentado considerablemente en los últimos años, y que a buen seguro la investigación de estas conductas criminales adquirirá en un futuro próximo la normalidad que necesita en su tratamiento judicial y se extenderá a los productos y bienes que originan otras actividades criminales diferentes del narcotráfico, particularmente las que desarrolla la criminalidad organizada.

Conviene, igualmente, mencionar algunas sentencias del Alto Tribunal que han terminado con fallos absolutorios, originados en buena medida por la insuficiencia fáctica y/o argumentativa de las resoluciones del Tribunal de instancia: en particular, las SSTS de 19-11-01 (Pn. Giménez García) y de 18-12-01 (Pn. Conde-Pumpido Tourón). La primera de ellas reprocha a la Sala de instancia el hecho de no haber valorado la prueba de descargo ofrecida por el condenado por el delito de blanqueo, sobre todo porque, a la vista de la misma, los indicios incriminatorios pierden la virtualidad probatoria que se les otorgó. La segunda simplemente constata que los hechos probados por la Audiencia de origen carecen de encaje típico en los arts. 301 y ss. del Código Penal, pues el propio hecho probado no llega a describir un comportamiento típico de blanqueo: el hecho probado se limita a establecer que el recurrente fue detenido cuando la policía registró la mochila que transportaba en su moto, comprobando que contenía 18 millones de pesetas, pero ni se especifica que el dinero transportado procediese de un delito relacionado con el tráfico de drogas, ni que el acusado conociese dicha ilícita procedencia ni que estuviese tratando de convertir, transmitir u ocultar los bienes o de encubrir su origen ilícito; en definitiva, el hecho de la ocupación de una cantidad de dinero en efectivo tan elevada en una mochila y las confusas explicaciones del acusado sobre la procedencia del dinero, no son fundamento suficiente para la condena, pues en los hechos probados debe hacerse constar la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo, y no un mero relato de las circunstancias de la detención y de las sospechas policiales.

## Notas

- 1 Vid. el estudio titulado “Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero”. (Número doble 34 y 35 del Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal, Naciones Unidas, Nueva York, 1999).
- 2 Estas Decisiones Marco ya han sido implementadas en la legislación española: la ley 18/2006 de 5 de Junio relativa a la eficacia de las resoluciones sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas desarrolla la Decisión de 22-6-2003; la ley 4/2010 de 10 de Marzo relativa a la eficacia de las resoluciones judiciales sobre decomiso de bienes hace lo propio con la Decisión de 6-10-2006; y la ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio de reforma del Código ha incorporado el decomiso ampliado de bienes siguiendo las directrices de la Decisión de 24-2-2005
- 3 En idénticos términos define el blanqueo el artículo 6.1 de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada el 13-12-2000 y el art. 23 de la Convención de Mérida contra la Corrupción aprobada el 9-12-2003.
- 4 La reciente reforma del Código Penal llevada a cabo por ley orgánica 5/2010 ha sustituido la expresión “delito” por la de “actividad delictiva”. Con ello se trata de dejar meridianamente claro que en cuanto a la prueba del delito antecedente ni es necesario acreditar una condena previa, ni la existencia un procedimiento judicial por el delito subyacente, y ni siquiera un delito concreto o específico.
- 5 Los argumentos contrarios, que fundamentan esta posición, pueden sistematizarse de la siguiente manera:
  - 1) Argumento relacionado con el objeto material: la cuota defraudada no es la originada en el delito de fraude fiscal, y el art. 301 CP exige que los bienes que se blanqueen procedan de un delito o tengan su origen en el mismo.

Estas expresiones sirven a parte de la doctrina a entender que el dinero negro o B no declarado no se genera en el delito de fraude fiscal, luego no tiene su origen en un delito. El objeto material del delito de blanqueo está constituido por bienes que el autor adquiere a raíz, exige una relación causal, del delito previo. El hecho de que traen causa los bienes debe ser típico y antijurídico. No puede apreciarse delito de blanqueo cuando el origen de fondos es conocidamente lícito, aunque en su ocultación se hayan utilizados medios típicos para el blanqueo.

Otros autores consideran que la defraudación tributaria punible tiene la configuración típica de un delito de omisión y no puede ser delito previo del blanqueo aquel cuya configuración típica responda a los delitos de omisión, pues no puede establecerse relación causal entre la acción omitida (el pago de tributos) y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito (verdadera causa de la incorporación del bien). No cabe, en este ámbito recurrir a una eventual causalidad hipotética en el sentido de considerar ilícita la ganancia por la circunstancia de que de haberse realizado la acción debida (el pago de un impuesto) la parte de patrimonio afecta al cumplimiento de la obligación no formaría parte del activo patrimonial del sujeto activo.

Se dice que una cosa es un incremento ilícito de patrimonio y otra que éste no disminuya por razón del incumplimiento de una obligación legal. No es posible imputar la ganancia a la omisión (ilícita) cuando natural u antológicamente puede hacerse a una acción lícita. Por eso, si la ganancia tiene por causa un hacer positivo lícito, no cabe considerarla de origen ilícito por el hecho de que el autor haya omitido típicamente una acción que hubiera mermado la ganancia. La ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por la sola circunstancia de que no se tribute por ello, ni siquiera porque se oculte con el fin de evitar el pago de un tributo. Ello podía dar lugar al delito fiscal (agravado, en su caso, por la interposición de personas) o incluso, al de alzamiento de bienes, cuando las maniobras de ocultación tienen como finalidad evitar la responsabilidad que en su caso pueda declararse por el delito fiscal.

- 2) Argumento relacionado con la conducta típica. La vulneración del principio non bis in idem. Se afirma que al menos que el defraudador se arrepienta y tras el fraude pague el dinero a la Hacienda Publica, algo tiene que hacer con el dinero no declarado, o lo transmite, o lo convierte u “oculta su ubicación, conductas previstas en el delito del art. 301·, es decir, parece obvio que el tipo de defraudación fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo, en vez de declarar e ingresar en las arcas del Estado, el dinero que le corresponda pagar conforme a la normativo tributaria, se lo gasta en otros menesteres. En definitiva no parecen existir lagunas punitivas en estos casos que justifiquen la necesidad de recurrir al delito de blanqueo para castigar acciones que ya encajan en el tipo art. 305 CP, y que pueden ser castigadas con penas de hasta 5 años prisión y multa del séxtuplo de lo defraudado.
  - 3) Argumento político criminal. El delito de blanqueo de capitales ha perdido su sentido original dirigido a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas (tráfico de drogas, corrupción, crimen organizado...), y se ha convertido en instrumento de control y recaudación fiscal. Esto, según este sector doctrinal, supone un entendimiento político criminal del delito “incoherente y técnicamente inconsistente” y lleva a una pérdida de su orientación político criminal originaria, trivializando y paralizando su eficacia frente a las conductas que realmente justifican su aplicación. Se alega también el error que supone asignar al delito de blanqueo la finalidad de evitar que el delincuente se beneficie del botín, pues ello supone una “clara confusión” entre las funciones político-criminales de la figura del blanqueo y la del comiso de ganancias cuya significación y mecánica son radicalmente distintas.
- 6 La postura favorable a que el delito fiscal pueda ser antecedente del delito de blanqueo parte de una premisa básica cual es que no se debe confundir el blanqueo de la cuota defraudada con el blanqueo de los fondos que dan lugar a la cuota defraudada.

El delito de tráfico de drogas está en el origen histórico del blanqueo en la legislación penal española, y tradicionalmente se ha considerado que el bien objeto del blanqueo es distinto del bien objeto del tráfico de drogas, que son, precisamente, esas sustancias (SSTS. 1070/2003 de 22.7, 1426/2005 de 3.12).

En la actualidad, superado todo límite respecto a la naturaleza del delito antecedente, no puede consentirse que esa lógica diferenciación entre el objeto del tráfico de drogas y el objeto del blanqueo, se extrapole para dejar impunes blanqueos de ganancias de un delito anterior cuyo objeto era también patrimonial.

Por tanto, el primer problema es determinar el concepto de esos “bienes”. Los convenios internacionales diferencian entre “bien” y “producto”. Así los dos Convenios del Consejo de Europa relativas al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito firmados en Estrasburgo en 1990 y en Varsovia en 2005 (ésta última referida también a la financiación del terrorismo) al definir el blanqueo (artículo 6 del Convenio de 1990 y artículo 9 del Convenio de Varsovia) se refieren a blanquear “bienes que son producto del delito anterior” (“biens” y “produits” en la traducción francesa y “property” y “proceeds” en la traducción inglesa). Al ratificar España esos Convenios se recoge que el blanqueo se produce sobre “bienes” cuyo origen es un “producto” del delito.

Pues bien, en la legislación nacional el artículo 301 habla de “bienes cuyo origen es un delito”, luego de acuerdo con la literalidad del Código Penal puede suscitarse la controversia sobre si el bien objeto del delito antecedente y el bien objeto del blanqueo pueden ser idénticos.

Este aparente problema se reconduce, al entender que los bienes objeto del blanqueo son los “ganancias” obtenidas de esa previa actividad delictiva que constituyen el “producto” del delito antecedente y que pueden ser “activos de cualquier naturaleza”.

De esta forma en el tráfico de drogas se blanquean los beneficios de esa ilícita actividad, en los delitos patrimoniales se blanquean las “ganancias” obtenidas y en el caso de los delitos fiscales, se blanquea la cuota defraudada.

Por tanto son rechazables los argumentos de quienes niegan que el delito fiscal pueda ser antecedente del blanqueo, por los siguientes motivos:

- 1º) En el caso del delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del blanqueo es la ganancia procedente del delito fiscal, esto es, la cuota defraudada. No es bien objeto de blanqueo los rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota. En definitiva es la cuota la que se puede lavar.

El argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio “ne bis in idem” no puede ser compartido, por cuanto, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude al erario público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir la cuota tributaria.

Por otro lado, los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos. En el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes” o bien “la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”. El sistema de economía de mercado está garantizado por los poderes públicos (art. 38 CE). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia, por lo que el sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se generan al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado. Algún autor apunta que el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, pero entendido como preservación del orden público, es decir el interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, como la delincuencia organizada

cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes nucleares.

Realmente nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito.

La STS. 643/2005 de 19.5, tras valorar que algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública, y aceptar que al final el perjuicio es económico, mantiene en línea de las concepciones más funcionales que la justificación de semejante delito y pena, radica en la inadmisibles vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática, lo que conduce a un bien jurídico protegido basado en los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y los cargos públicos, por lo que cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra ellos.

Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuricidad del hecho.

- 2º) En segundo lugar la norma administrativa de prevención del blanqueo de capitales, que es una transposición de la Directiva 60/2005 fue más allá de la redacción del texto europeo al recoger específicamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y así el art. 1.2 de la Ley 10/2010 de 28.4, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo –en vigor desde el 30.04.2010- dice:

“a los efectos de esta Ley” se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, “con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”.

Es cierto que esta Ley no estaba en vigor cuando los hechos imputados al recurrente tuvieron lugar, pero la admisión de la cuota defraudada como objeto del blanqueo no se justifica solo por la Ley de Prevención, sino atendiendo a la pura aplicación del Código Penal.

En efecto en la redacción inicial del art. 301, vigente cuando sucedieron los hechos, se hablaba de delito “grave” como antecedente de un ulterior blanqueo, y desde la reforma LO. 15/2003 de 25.11, cualquier delito puede ser antecedente, hasta llegar a la reforma LO. 5/2010 de 22.6, en virtud de la cual el párrafo 1º del art. 301 utiliza la expresión “actividad criminal” en vez de delito, significándose en la doctrina que la razón de tal expresión es el criterio jurisprudencial de no ser necesaria una condena anterior, para sustentar su posterior condena por blanqueo de capitales.

Por tanto, según la legislación penal española, un delito fiscal, en principio, no está excluido para poder ser delito precedente de un blanqueo, dada su consideración, en todo caso, de delito grave.

- 3º) La cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo
- Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.

El Código Penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia (arts. 3.1 a/b) de la Convención de Viena y art. 9 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y de la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16.5.2005, considera objeto material del delito de blanqueo los bienes que tengan su origen (art. 301.1) o “procedan” de un delito grave en la actualidad de una actividad delictiva (art. 301.2). Ambas expresiones alusivas al origen o procedencia de los bienes son equivalentes desde un punto de vista semántico. La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en un delito grave.

Ahora bien será necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuando un bien, en este caso la cuota tributaria, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito fiscal.

La conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal, en el momento en que esto sea así, se dice que los bienes están “contaminados”.

Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación de causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa, y así se puede afirmar que existe conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva –en este caso el delito grave (delito fiscal)- el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquel delito. Los autores que niegan que el delito fiscal puede ser delito precedente

del blanqueo señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes, pero es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), -argumenta el sector doctrinal favorable- el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Y ello viene avalado por la propia descripción del art. 305 CP, que cuantifica la cantidad de dinero que constituye la cuota defraudada en más de 120.000 euros, que son los que incrementan el patrimonio del defraudador. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado a la Hacienda Pública y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito fiscal.

El delito fiscal del art. 305 CP genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a la cuota tributaria defraudada, que debe superar los 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo.

Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales. Así también en las insolvencias punibles los bienes ya están en el patrimonio del deudor, y ello no impide considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. El art. 257 n° 1 CP castiga a quien se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, bienes, por lo tanto, expresamente mencionados en el tipo penal y que resultarán contaminados al menos en la cuantía de las deudas que tenga con aquellos. Y también se encuentran los bienes en poder del delincuente (aunque no le pertenezcan) en la apropiación indebida, en la que el sujeto activo los ha recibido antes de apropiárselos, y ello no impide considerarlos bienes idóneos para el blanqueo por constituir el objeto del delito.

En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria.

El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.

Siendo así, hemos de partir de que el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria. Hasta este momento, existe un período de temporal durante el que no es posible determinar si existe o no delito fiscal, y por ello, todo acto realizado sobre tal dinero no puede ser considerado delito de blanqueo de capitales, porque los bienes no tienen —todavía— carácter delictivo.

Una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material.

El blanqueo de capitales exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva, lo que no resulta fácil cuando se trata de dinero, bien éste fungible por excelencia.

La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. En algunos casos sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria.

1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. Ello sucederá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota tributaria impagada. En estos casos puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo.

2. Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos. La cuota tributaria se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable (art. 56 LGT), y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (art. 55 LGT). Por lo tanto, dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

- 7 Art. 576 bis. CP:1. El que por cualquier medio, directa o indirectamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo o para hacerlos llegar a una organización o grupo terroristas, será castigado con penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Si los fondos llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos, siempre que le correspondiera una pena mayor.

2. El que estando específicamente sujeto por ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de

las conductas descritas en el apartado primero de este artículo, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.”

- 8 Vid. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER-ALBERTO, “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, Cuadernos de Derecho Judicial I, 1994, C.G.P.J., págs. 131 y siguientes.





“...Las pruebas sugieren que los nuevos desarrollos en materia de lavado de activos siempre están un paso más adelante que los esquemas legales formulados para combatirlos, lo cual significa que estos últimos tienen que ser constantemente revisados y reemplazados. Para avanzar en este frente se debe considerar fortalecer las capacidades del Estado para la investigación y adopción de sanciones más severas, aun cuando esto pueda traducirse en nuevas medidas de control para el sector financiero...”

Insulza, José Miguel.

El problema de las drogas en las Américas, p. 59.



Organización de los  
Estados Americanos



ISBN: 978-0-8270-5186-7